



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



HUGO LEONARDO RODRIGUES SANTOS

**POR UMA HISTÓRIA CRÍTICA DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAIIS:
fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre
Michel Foucault e Reinhart Koselleck**

Recife

2015

HUGO LEONARDO RODRIGUES SANTOS

**POR UMA HISTÓRIA CRÍTICA DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAIIS:
fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre
Michel Foucault e Reinhart Koselleck**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Professor Doutor Alexandre Ronaldo da Maia de Farias.

Recife

2015

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

S237p

Santos, Hugo Leonardo Rodrigues.

Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais: fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck / Hugo Leonardo Rodrigues Santos. -- Recife, 2015.
271 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2015.

Inclui referências.

1. Direito penal - Brasil. 2. Direito penal – História. 3. Crime – História.
4. Conceitos. I. Farias, Alexandre Ronaldo da Maia de (Orientação). II. Título.

345.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2023-19)

HUGO LEONARDO RODRIGUES SANTOS

**POR UMA HISTÓRIA CRÍTICA DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAIIS:
fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel
Foucault e Reinhart Koselleck**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Aprovado em: 18/12/2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Torquato Castro Júnior (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca (Examinador Externo)
Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr. Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (Examinador Externo)
Faculdade Damas de Instrução Cristã – FADIC

Prof. Dr. José Luciano Gois de Oliveira (Examinador Externo)
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

Profa. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Melo (Examinadora Externa)
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

AGRADECIMENTOS

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, nas pessoas das servidoras Carminha e Gilca, sempre extremamente atenciosas no atendimento dos discentes e zelosas para com as atividades da instituição.

Aos vários amigos que contribuíram para o desenvolvimento desta tese de doutoramento, por meio de discussões e críticas de cunho acadêmico ou ainda pelo incentivo pessoal e confiança depositada. É impossível nomear todo o conjunto dessas pessoas queridas, mas seria imperdoável deixar de mencionar alguns em especial, em nome dos quais estendo os agradecimentos a todos. Agradeço, portanto, a Ricardo Cícero, Érica Babini, José Ribeiro, Aristóteles Câmara, Vitor Monteiro, Cristiano Araújo Luzes, Bruno Leitão, França Júnior, Thiago Mota, André Sampaio, Elaine Pimentel e Suzann Cordeiro.

Aos meus familiares, sobretudo meus pais, pelo apoio irrestrito.

Aos professores que, durante meu percurso acadêmico, instigaram-me a vontade de desenvolver uma carreira acadêmica. Alguns deles, para minha sorte e felicidade, puderam compor a banca de avaliação desta tese e oferecer críticas e opiniões abalizadas, que foram essenciais para o aprimoramento do trabalho. Muito obrigado aos Professores Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, José Luciano Gois de Oliveira, Marília Montenegro Pessoa de Melo e Torquato Castro Júnior.

Ao Professor Ricardo Marcelo Fonseca de Melo, que gentilmente participou da banca de defesa da tese, na condição de examinador externo, e cujos ensinamentos foram extremamente importantes para o deslinde do projeto.

Ao Professor Alexandre Ronaldo da Maia de Farias, que generosamente aceitou orientar o trabalho e contribuiu enormemente para o seu resultado final.

Finalmente, agradeço à Maria Raquel, pela paciência, compreensão, estímulo e, principalmente, por estar ao meu lado.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a estruturação de fundamentos teóricos e metodológicos, visando ao estabelecimento de uma história crítica do direito penal, particularmente focada na historicização dos conceitos jurídico-penais. Para tanto, foram elencados os preceitos da ciência histórica, necessários para um aperfeiçoamento das pesquisas nesse campo, tendo em vista chegar-se a uma desejável autonomia epistemológica dos estudos histórico-jurídicos, no âmbito criminal. Nesse sentido, propõe-se um modelo de história crítica que não seja limitado à tradicional preocupação com o desenvolvimento histórico da legislação criminal, defendendo-se uma percepção mais ampla da experiência jurídica relativa ao direito penal, de forma a abarcar também preceitos da criminologia e política criminal. Com esse intuito, foram revisados os conceitos da Escola dos Annales e da Nova História, com uma explicação minuciosa sobre o percurso da historiografia francesa, até alcançar a história cultural, tomando-se o cuidado de indicar quais seriam as repercussões desses fundamentos para a pesquisa histórica do direito penal. Além disso, foram desenvolvidas considerações detalhadas sobre o modelo de história do discurso proposto por Michel Foucault. Ao fazer isso, a pesquisa enfoca o papel que os conceitos desempenhariam, na formação do saber criminal. Em seguida, estuda-se a história conceitual, inicialmente verificando a importância de se observar historicamente a dinâmica dos conceitos jurídicos. Logo após, verifica-se alguns preceitos da Escola de Cambridge, sempre com a preocupação de demonstrar como seriam úteis essas lições para a história do direito penal. Com maiores detalhes, são explicadas as ferramentas heurísticas desenvolvidas pela história dos conceitos propugnada por Reinhart Koselleck, problematizando o modo como poderiam ser aproveitadas pela história do direito penal brasileiro. Após essas observações, desenvolve-se um estudo sobre o papel das metáforas, na construção da retórica do saber criminal, a partir da teoria da não conceitualidade de Hans Blumenberg. Ao fim, pretende-se dar uma contribuição para o aperfeiçoamento da história do direito penal brasileiro, ensaiando uma aproximação entre os fundamentos contidos nas teorias de Michel Foucault e Reinhart Koselleck. Para isso, explica quais seriam os requisitos para concretizar esse fim, e como isso poderia ser útil para o desenvolvimento de trabalhos históricos sobre os conceitos jurídico-penais, relacionados ao pensamento criminal brasileiro.

Palavras-chave: história do direito penal; história dos conceitos; história criminal; fundamentos teórico-metodológicos; teoria da história; ciências criminais integradas.

ABSTRACT

This work aims to establish theoretical and methodological grounds in order to implement a critical history of criminal law, particularly focused on the historicity of legal and criminal concepts. For that, we list the precepts of historical science, needed for improvement of research in this field, in order to arrive at a desirable epistemological autonomy of historical legal studies, in the criminal context. In this sense, we propose a model of critical history that is not limited to the traditional concern with the historical development of criminal norms, defending a broader perception of legal experience relating to criminal law, in order to encompass principles of criminology and criminal policy. To that end, the concepts of the Annales school and the New History were reviewed, with a thorough explanation of the route of French historiography, to achieve cultural history, indicating to what would be the repercussions of these fundamentals for historical research of criminal law. In addition, we develop detailed considerations on the history of the discourse theory proposed by Michel Foucault. In doing so, the research focuses on the role that the concepts would play, in the development of criminal knowledge. Then we study the conceptual history, initially checking the importance of historically observe the dynamics of legal concepts. Soon after, we observed some precepts of the Cambridge School, always with a view to demonstrate how these lessons would be useful for the history of criminal law. In greater details, we explained heuristic tools created by the history of the concepts advocated by Reinhart Koselleck, questioning how they could be exploited by the history of Brazilian criminal law. Following these observations, we made a study on the role of metaphors, on the rhetoric construction of the criminal knowledge, from the theory of non-conceptuality of Hans Blumenberg. Finally, we intend to contribute to improving the history of Brazilian criminal law, rehearsing a rapprochement between the fundamentals contained in the theories of Michel Foucault and Reinhart Koselleck. For this, we explain what are the requirements, to achieve this end, and how this could be useful for the development of historical work on the legal and criminal concepts, related to the Brazilian criminal thinking.

Keywords: history of criminal law; conceptual history; criminal history; theoretical and methodological grounds; theory of history; integrated criminal sciences.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	ALARGANDO O TERRITÓRIO DO HISTORIADOR DO DIREITO: POR UMA HISTÓRIA CRÍTICA DO DIREITO PENAL.....	21
2.1	UM DIÁLOGO ENTRE CLIO E TÊMIS: AS CONDIÇÕES PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UM SABER HISTÓRICO-JURÍDICO.....	21
2.2	AS ESPECIFICIDADES DE UMA HISTÓRIA CRÍTICA DO DIREITO PENAL.....	35
2.3	A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	44
3	HISTÓRIA DO DIREITO PENAL E A NOVA HISTÓRIA: FORMATAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA ANÁLISE HISTÓRICA DO DISCURSO PENAL.....	68
3.1	A REVOLUÇÃO FRANCESA NA CIÊNCIA HISTÓRICA: ESCOLA DOS ANNALES E SUA INFLUÊNCIA NA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL.....	68
3.2	DO PORÃO AO SÓTÃO: NOVA HISTÓRIA E A HISTÓRIA CULTURAL.....	96
4	ABRINDO A CAIXA DE FERRAMENTAS: MICHEL FOUCAULT E A ARQUEOGENEALOGIA DO SABER JURÍDICO-PENAL.....	128
4.1	FOUCAULT HISTORIADOR?.....	128
4.2	ARQUEOLOGIA DO SABER CRIMINAL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS FORMAÇÕES DISCURSIVAS NO CAMPO PENAL.....	143
4.3	GENEALOGIA DO PODER DE PUNIR E A HISTÓRIA DO PRESENTE: OUVINDO O RONCO SURDO DA BATALHA.....	170
5	HISTORICIZAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAI.....	181
5.1	OS CONCEITOS JURÍDICOS E SUA HISTORICIDADE.....	181
5.2	A TEMPORALIDADE DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAI: ENTRE EXPERIÊNCIA E EXPECTATIVA.....	202

5.3	O HIATO DE RACIONALIDADE NO DISCURSO CRIMINAL: METAFOROLOGIA E TEORIA DA NÃO CONCEITUALIDADE APLICADAS À HISTÓRIA DO DIREITO PENAL.....	224
6	UTILIZANDO AS FERRAMENTAS: OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS APLICADOS À HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO (À GUIA DE UMA CONCLUSÃO).....	244
	REFERÊNCIAS.....	253

1 INTRODUÇÃO

A história do direito no Brasil passou por um longo período de crise, no qual não houve um volume satisfatório de produção de historiografia jurídica, sendo que os temas históricos somente eram abordados “dentro dos marcos e das preocupações teóricas da própria filosofia do direito”¹. Isso se explica, entre outras razões, pelo desinteresse pela disciplina, que havia sido eliminada das grades curriculares das Faculdades de Direito em 1901, após pouco mais de uma década e meia de sua inclusão, no conteúdo obrigatório dos cursos jurídicos (nas Reformas Franco de Sá e Benjamim Constant, respectivamente em 1885 e 1891). Somente no ano de 2004, a Resolução do Conselho Nacional de Educação 09 estabeleceu a obrigatoriedade de conteúdos relativos à história do direito nas Faculdades de Direito brasileiras, o que resultou no progressivo aumento do interesse pelos temas da historiografia jurídica. Conforme observou Ricardo Marcelo Fonseca, “foi necessária, assim, a virada do século XXI para que a história do direito pudesse finalmente ocupar um lugar ao sol no amplo espectro do ensino jurídico brasileiro”².

Esse *deserto* da produção científica na história do direito, por certo, era mais perceptível no campo penal. A história do direito penal sempre foi mais precária, comparando-se com os estudos históricos que tinham como objeto outras áreas do direito – em especial o direito privado, influenciado pela tradição romanística. Talvez por essa razão, a renovação do interesse pela história do direito penal brasileiro também tenha chegado com um pouco de atraso, ao menos, com relação à história do direito civil ou constitucional. Isso repercutiu no amadurecimento das técnicas históricas, utilizadas na historiografia jurídico-penal, que, de modo geral, permanecem aquém do que se observa em outros ramos jurídicos. No direito penal, ainda são bastante comuns aquelas análises históricas meramente formais, que frequentemente encontramos nos primeiros capítulos dos livros, teses e dissertações. Nesses estudos, a *impureza metodológica* é marcante, pois os erros históricos mais primários são cometidos, como o anacronismo, a descrição cronológica e linear, o simplismo míope do enfoque exclusivamente normativo, a utilização da ideia de progresso histórico, entre muitos

¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. O Deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a história do direito no Brasil. **Forum historiae iuris**, n. 1. Disponível em: <<http://www.forhistiur.de/zitat/1206fonseca.html>>. Acesso em 26/09/2015.

² FONSECA, Ricardo Marcelo. **O Deserto e o vulcão...**

outros³. Como lembrou Ricardo Freitas, “embora os autores desses textos possam eventualmente acreditar, com sinceridade, que estão dedicados à história do direito penal, isto nos parece duvidoso”⁴.

Felizmente, há alguns anos, vem crescendo o interesse pela análise histórica da questão criminal, no Brasil, como pode-se perceber a partir da recente realização de diversas pesquisas enfocando as práticas punitivas, a construção normativa do direito penal, além de outros temas afeitos ao campo criminal⁵. Entretanto, existem ainda problemas sérios no campo da história do direito penal. Como lembrou Andrei Koerner, referindo-se aos trabalhos históricos dessa natureza, “as perspectivas são otimistas, mas a produção é ainda incipiente e, nesse vasto campo de pesquisa, há muito a se conhecer e pesquisar”⁶. Complementando a opinião do autor, acreditamos que ainda necessitamos de um aprimoramento epistemológico, no âmbito da história do direito penal. Por essa razão, faz-se necessário o desenvolvimento de instrumentos teóricos e metodológicos, os quais devem ser elaborados especificamente para a pesquisa histórica da questão criminal.

Com a exceção de uns poucos trabalhos louváveis, pioneiros no campo da história do direito penal, a maior parte das pesquisas publicadas, antes da recente *virada* na historiografia jurídica brasileira, era composta ora de estudos simplistas, limitados à cronologia de legislações criminais, ora de trabalhos realizados exclusivamente a partir do instrumental teórico da criminologia – o que significava, em algumas situações, que os conceitos e métodos específicos da história do direito eram ignorados ou subutilizados. A crítica que fazemos não tem como alvo a criminologia em si mesma, que foi importantíssima para a história do direito penal, principalmente por mostrar claramente a importância de se analisar aspectos que ultrapassam as questões estritamente legais – práticas punitivas, circunstâncias políticas e econômicas relacionadas ao sistema criminal, entre outros. Não obstante, superada essa fase inicial da história do direito penal brasileiro, entendemos que existe uma

³ OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004, p. 146-147.

⁴ FREITAS, Ricardo. Quando os caminhos de Têmis e Clio se encontram: o direito penal e as possibilidades do conhecimento histórico das ideias penais. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (orgs.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 460.

⁵ Somente para citar exemplos bem recentes: PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O Saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na primeira República: o Brasil em defesa da sociedade**. Tese de doutoramento. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2015. RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁶ KOERNER, Andrei. Introdução. KOERNER, Andrei. (org.). **História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 16.

necessidade urgente de aperfeiçoamento nesse campo de estudos, o que pressupõe a estruturação de um instrumental teórico-metodológico, capaz de enriquecer a pesquisa histórica jurídico-penal com a análise apropriada das fontes históricas.

Cumpramos lembrar que a tradição da historiografia criminal tem se modificado, como podemos perceber pela crescente preocupação com o entendimento da construção histórica do discurso criminal e com a forma como se deu a recepção e tradução de ideias provenientes de teorias penais estrangeiras no contexto sociopolítico latino-americano⁷. Isso implica em uma análise acurada do pensamento jurídico-penal, com a observação de ideias provenientes da matriz criminológica europeia, mas também, a percepção de como essa cultura criminal resultou em práticas punitivas, que eram desenvolvidas no contexto sociopolítico brasileiro.

Como já dito, parece que ainda não há uma suficiente racionalização teórica, acerca da epistemologia da história do direito penal brasileiro. Com essa opinião, Ricardo Freitas afirmou não conhecer “a existência de estudos de maior envergadura que se proponham a refletir sobre os problemas epistemológicos relacionados à história do direito penal concebida como um campo relativamente autônomo de conhecimento”⁸. Ao iniciarmos o estudo da história do direito penal, percebemos rapidamente essa carência, que se agrava, ainda, pelo fato de a maior parte dos criminalistas – os quais, por vezes, ocupam-se da historiografia jurídico-penal, no cenário brasileiro – não terem familiaridade alguma com as técnicas da ciência histórica. Isso se dá em razão da já comentada ausência de amadurecimento da história do direito no ensino jurídico brasileiro ou mesmo da falta de interesse pela epistemologia histórica.

Assim, pareceu-nos essencial uma reflexão acerca dos pressupostos teóricos e metodológicos da historiografia jurídico-penal. Somente trilhando esse Norte, seria possível a emancipação da história do direito penal. Conforme observou Antônio Manuel Hespanha, “a adoção pela historiografia jurídica de um modelo metodológico cientificamente fundado representa, por sua vez, a aquisição de um novo sentido para esta disciplina no quadro das disciplinas sociais e jurídicas – não um sentido apoloético, não um sentido mistificador, *mas um sentido libertador*”⁹. Acreditamos que o comentário do historiador português é ainda mais

⁷ SOZZO, Maximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

⁸ FREITAS, Ricardo. **Quando os caminhos de Têmis e Clio se encontram...** p. 460.

⁹ HESPANHA, Antônio Manuel. **A História do direito na história social**. Lisboa: Livros horizonte, 1978, p. 16-17, grifos nossos.

oportuno no âmbito da história do direito penal, que tem apresenta maiores deficiências metodológicas que outros ramos da historiografia jurídica.

Por essa razão, decidimos desenvolver essa tese de doutoramento, com a finalidade precípua de ensaiar uma contribuição por meio do desenvolvimento de instrumentos teóricos e metodológicos, requeridos para o aprimoramento de uma historiografia jurídico-penal. Na verdade, partimos da premissa de que um dos pressupostos para a construção de uma história crítica do direito penal seria a *instigação de uma forte consciência metodológica*¹⁰. A intenção foi oferecer um auxílio, para os juristas e historiadores que desejem pesquisar o campo criminal – entendido no sentido mais amplo possível – e, especialmente, subsidiar trabalhos históricos que tenham como objetivo a análise dos conceitos criminais disseminados pela cultura jurídica brasileira. Este trabalho, portanto, seria uma espécie de contributo para o fortalecimento de uma historiografia crítica do direito penal – meta que requer, para a sua concretização, um desenvolvimento epistemológico desse campo de estudos.

Algumas observações são necessárias para esclarecer melhor nossa proposta. Inicialmente, cumpre esclarecer que teoria e metodologia não se confundem. O método histórico seria o caminho epistemológico pelo qual o historiador desenvolveria seu construto científico, a partir da análise de fontes históricas, o que inclui a forma de selecionar, compreender e organizar essas fontes. De outro lado, a teoria histórica seria o conjunto de conhecimentos prévios, necessários para uma abordagem das fontes históricas analisadas. A teoria “é a chave conceitual, a ferramenta que o teórico utiliza para tratar de determinado tema na ciência em geral (e na história ou direito em particular)”¹¹. Entretanto, a despeito de tal distinção conceitual, na prática da pesquisa por vezes é difícil separar a teoria do método, pois “o manejar teórico e o manejar metodológico se confundem um pouco”, considerando que não se pode estruturar uma teoria sem método, nem tampouco seria possível desenvolver uma metodologia sem um aparato teórico¹².

Continuando, neste trabalho, procuramos trazer aspectos teóricos e metodológicos essenciais para a realização de uma pesquisa de história do direito penal. Porém, pode-se afirmar que, de certo modo, a tese enfatiza os aspectos teóricos. Essa opção se explica, pela exigência de a metodologia ter de se adaptar, sempre que possível, ao objeto de estudo

¹⁰ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 24, grifos do autor.

¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito...** p. 29.

selecionado pelo historiador do direito, considerando que *não há métodos absolutos*¹³. No mais, é sempre bom lembrar que uma certa dose de *anarquia* é sempre útil para a metodologia científica¹⁴, que deve evitar modelos canonizados, com a finalidade de garantir uma melhor construção do conhecimento. Por isso, seria menos produtivo um trabalho focado tão-somente na metodologia, pois acreditamos que o historiador do direito penal deve ter certa flexibilidade, no que diz respeito ao método, podendo escolher aquele que se apresente como o mais indicado para o estudo do tema e devendo, inclusive, adaptar a metodologia, em benefício dos resultados científicos a que almeja. A disponibilização de ferramentas teóricas garante uma compreensão do tema escolhido a partir de fundamentos epistemológicos, mas também possibilita a escolha adequada do método a ser utilizado – ainda que, como já explicamos, ambos, teoria e metodologia, frequentemente estejam intrinsecamente vinculados. Como esclareceu Ricardo Marcelo Fonseca, “a intenção é formular um discurso que contribua mais para a reflexão e compreensão teórica que à operacionalização metodológica (embora, como se disse, às vezes isso possa se confundir até mesmo nos argumentos que possamos desfiar mais adiante)”¹⁵.

Outra observação importante diz respeito ao especial direcionamento da tese para as pesquisas históricas que tenham como objeto os conceitos jurídico-penais ou mesmo o pensamento criminal. Como já explicamos acima, a criminologia se especializou em trabalhos que têm como principal preocupação o desvelamento de relações entre o sistema punitivo e demais fatores da sociedade – em especial os socioeconômicos – como podemos perceber pelo considerável número de textos clássicos nesse campo de estudos com essa característica¹⁶. Entendemos que esses trabalhos foram essenciais para o aprimoramento da história jurídico-penal, mas que é necessário também desenvolver pesquisas preocupadas com o entendimento histórico da lógica própria do direito penal, entendida como um campo autônomo do pensamento – por certo, influenciado pelos demais aspectos da sociedade, mas não um mero reflexo mecânico daqueles, não uma superestrutura opaca e sem relevância para o historiador. Isso não significa, em absoluto, ignorar os relevantes vínculos do penal com os demais aspectos da sociedade, mas sim, considerá-los sempre em função da cultura jurídica, que é própria desse domínio. Em outras palavras, o que se pretende é estruturar uma história

¹³ SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **História do direito pelos movimentos sociais**: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 18.

¹⁴ FEYERABEND, Paul. **Contra o método**, 2ªed. São Paulo: UNESP, 2011, p. 31.

¹⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito...** p. 29.

do pensamento jurídico-penal, procurando-se trabalhar conjuntamente com a historicização das práticas punitivas e dos conceitos surgidos no campo do direito penal.

Consequentemente, a dimensão do que se entende por história do direito penal não pode se resumir ao estudo das legislações criminais pretéritas – muito embora as pesquisas dessa natureza também tenham sua importância. Para chegar a uma configuração crítica da história do direito penal, temos que forçosamente incluir entre os objetos de estudo desse saber as práticas punitivas, as manifestações do sistema criminal – incluindo-se aquelas ilegais, que contrariam o regular funcionamento do direito penal – e, com especial ênfase no nosso trabalho, as formações discursivas e construções conceituais desenvolvidas no domínio do saber criminal. Com essa preocupação, aproximamo-nos da chamada história cultural, que tem como pressuposto a relativização da *verdade histórica* e do *real*, bem como a concentração da análise nos discursos.

A importância dos discursos criminais para a história do direito penal é enorme, pois a cultura jurídico-penal é construída a partir desses diálogos, travados especificamente no campo jurídico ou mesmo com outros domínios de saberes – como a política e a medicina. Isso não significa um relativismo radical, negando-se a existência de quaisquer elementos da sociedade, a partir de uma análise histórica exclusivamente discursiva. Nesse sentido, Marcelo Gantus Jasmin e João Feres Júnior afirmaram que “a separação entre linguagem e história não implica a recusa *tout court* do caráter linguístico constitutivo da realidade social e política, mas a busca de um modelo teórico no qual os significados linguísticos criam, ao mesmo tempo que limitam, as possibilidades da experiência política e social”¹⁷.

E é por isso que as *práticas*, subjacentes a tais discursos, também devem ser analisadas, enquanto realidades – que existem de fato, independentemente da linguagem – condicionadoras do próprio discurso. Tais práticas determinam o objeto da análise, na medida em que se interconectam com o discurso. O estudo das práticas é essencial, quando se toma por objeto da pesquisa o sistema punitivo. Isso, porque na análise das práticas punitivas – que são uma expressão do poder de punir – a conexão com o discurso em torno do direito penal torna-se ainda mais evidente. As práticas punitivas moldam os saberes em torno da punição,

¹⁶ Somente para citar dois exemplos óbvios: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

¹⁷ JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs.) **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: Loyola/PUC Rio/IUPERJ, 2006, p. 27.

considerando que “não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder”¹⁸. Portanto, devem ser tratadas pela pesquisa exatamente como se manifestam na sociedade, sem o intermédio de aparatos interpretativos, tais como *ideologias* ou teorias estruturais macro, simplesmente devem ser visualizadas exatamente como são¹⁹. Tais práticas decorrem das mudanças históricas, refletem a sociedade em cada momento analisado²⁰. Desse modo faz-se possível uma arqueologia, “um estudo das circunstâncias em que se desenvolve a sua *prática*; prática a partir da qual e para a qual se constitui o seu discurso e que é, portanto, o *princípio* deste”²¹.

O entendimento das práticas punitivas históricas é, portanto, um requisito para a compreensão do discurso penal. O estudo não poderia focar atenções apenas e tão-somente nos textos criminais do período – ignorando a forma como se dava o policiamento, a execução da pena, os julgamentos criminais, dentre outras práticas – sob pena de se obter um resultado míope, desvinculado da realidade histórica. Cumpre lembrar que as práticas penais, que são manifestações concretas do poder punitivo, muitas vezes se realizam de modo absolutamente afastado do sistema punitivo formal, às margens mesmo da legalidade. Essas práticas foram denominadas por Eugênio Raul Zaffaroni de *direito penal subterrâneo* e ocorrem quando as instâncias formais de controle punitivo abusam discricionariamente de suas funções, exercendo o poder de punir “com marcos legais questionáveis, mas sempre fora do poder jurídico”²². Mesmo nessas situações – talvez, principalmente nesses casos – tais práticas devem ser estudadas. A experiência jurídica a ser analisada pelo historiador do direito não se coaduna exclusivamente com aquilo que é lícito ou moralmente correto. Nesse sentido, não podemos nos olvidar de que “o direito pode ser visto não apenas como instrumento de civilização, mas também como instrumento de barbárie. O direito e suas experiências (...) não estão alheios ao desvalor, *ao injusto*, à violência que a norma também pode conter”²³.

Existem relações invisíveis entre os discursos²⁴ e, por esse motivo, mesmo focando-se na análise do debate criminal, não se pode descuidar de conexões existentes entre discursos de

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, 22ªed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 27.

¹⁹ VEYNE, Paul. **Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história**, 4ªed. Brasília: UNB, 1998, p. 251.

²⁰ VEYNE, Paul. **Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história...** p. 251.

²¹ HESPANHA, Antonio Manuel. **A História do direito na história social...** p. 71, grifos do autor.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**, 2ª.ed. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 25.

²³ SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **História do direito pelos movimentos sociais...** p. 82.

²⁴ FOUCAULT, Michel. **L’archeologie du savoir**. Paris: Gallimard, 1969, p. 42-43.

outra natureza (racial, político etc.), pois a delimitação inicial do estudo de um domínio discursivo específico significa apenas uma primeira aproximação epistemológica em direção ao aprofundamento do tema. Além disso, o discurso manifesto sempre está assentado sobre um discurso ausente, algo oculto e que lhe é anterior²⁵. É bom frisar que quando nos referimos ao *discurso penal* estamos usando o termo a partir do significado encontrado nos estudos de Michel Foucault. Segundo essa acepção, *discurso* seria uma prática imposta a alguma coisa²⁶, sendo portanto, relacionada ao poder, a uma vontade de verdade. De onde se chega à conclusão de que toda prática discursiva é um ato de poder e de que, para analisar os discursos, “deve-se considerar a relação do discurso com as relações de força do momento em que o mesmo surge e durante o qual se mantém vigente”²⁷. A preocupação em encontrar a origem oculta de todo o discurso declarado, em desvelar seus interesses implícitos, é consonante com os ensinamentos de Friedrich Nietzsche, segundo o qual “todos os fins, todas as utilidades são apenas *indícios* de que uma vontade de poder se assenhoreou de algo menos poderoso e lhe imprimiu o sentido de uma função”²⁸. Observar as práticas punitivas que estão em desacordo com aquilo que é construído discursivamente, e entender a lógica invertida do direito penal subterrâneo, é uma maneira de acessar essa esfera silente, do *não-dito*.

Seguindo essa linha de pensamento, fica evidente a filiação da pesquisa proposta com as premissas da *criminologia crítica*, na medida em que os fundamentos teórico-metodológicos oferecidos são esforços para que, entre outras finalidades, seja possível desvelar as *funções latentes* do sistema punitivo – exatamente aquelas que não são declaradas pelo discurso penal *oficial*. Aliás, uma análise histórica do sistema punitivo brasileiro tem que se assegurar desses fundamentos, porque qualquer criminologia que tenha por objetivo compreender a realidade punitiva latino-americana tem que ser, necessariamente, crítica²⁹. Assim, há no sistema punitivo brasileiro “um profundo déficit histórico de cumprimento das funções declaradas da Dogmática penal, ao mesmo tempo do cumprimento excessivo de outras funções (simbólicas e instrumentais) não apenas distintas, mas inversas às oficialmente declaradas, que seu próprio paradigma, latente e ambigualmente, tem potencializado desde a sua gênese histórica”³⁰.

²⁵ FOUCAULT, Michel. *L’archeologie du savoir...* p. 36.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do discurso*, 23ªed. São Paulo: Loyola, 2013, p. 50.

²⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 22.

²⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das letras, 1998, p. 66.

²⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Themis, 2003, p. 21.

³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 221.

Continuando, o discurso deve ser apreendido na pesquisa por meio da observação das práticas punitivas que o compõem. Por isso, faz-se necessário o estudo dos conceitos que lhes são próprios, vez que são eles que possibilitam uma regularidade no discurso penal. Tais conceitos estão vinculados à própria formação discursiva³¹. Como já dito, não é o caso de se analisar dedutivamente esses conceitos, mas sim “de considerar as regras que tornaram possível o aparecimento e a transformação dos conceitos, isto é, a organização do campo discursivo em que se encontram os conceitos analisados, em um nível mais elementar do que os próprios conceitos, e que Foucault chama de *pré-conceitual*”³².

Daí a justificativa de emprendermos esforços em direção a uma conciliação entre a história cultural – especificamente, nos moldes propugnados por Michel Foucault –, com as diretrizes da história dos conceitos – seguindo o modelo de Reinhart Koselleck. Muito embora tenham origem absolutamente distintas e partam de premissas diversas, acreditamos que existem semelhanças teórico-metodológicas, que possibilitam a aproximação das duas teorias, sempre com vistas ao aprofundamento histórico dos conceitos discursivos. Justamente por reputarmos essa questão teórico-metodológica importante para a compreensão do trabalho, deve-se explicitar os fundamentos metodológicos da investigação.

Com esses objetivos em tela, iremos abordar no primeiro capítulo da tese as condições para uma epistemologia da história do direito penal. Para tanto, verificaremos como se dá o saber histórico-jurídico, quais as suas premissas, como se construiu sua autonomia científica. Também detalharemos o que se pretende com um domínio específico para a história do direito penal, quais seriam os objetos de estudo desse campo, como os temas criminais devem ser abordados historicamente e qual seria a importância deste saber histórico para a compreensão da problemática criminal. Ainda no primeiro capítulo, verificaremos a importância da história do direito penal para a criminologia crítica por meio da análise de duas obras fundamentais, *Punição e estrutura social*, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, e *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault. Também destacaremos uma possível saída para a aporia representada pelas exageradas ênfases nos aspectos econômico e político da questão criminal, a partir da consideração da análise histórica do pensamento jurídico-penal.

O segundo capítulo se ocupará dos desdobramentos da ciência histórica, dando-se atenção à tradição francesa da *Escola dos Annales*, demonstrando como os preceitos desse

³¹ FOUCAULT, Michel. *L’archeologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969, p. 53.

³² MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*, 3ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 147.

movimento historiográfico são essenciais para um amadurecimento da história do direito penal. O que se pretende, abordando os fundamentos básicos da teoria da história, é demonstrar como a história do direito penal, de modo geral, está epistemologicamente defasada, por desprezar as várias contribuições surgidas na historiografia francesa. Também iremos nos preocupar com a passagem para a *Nova História*, que expandiu as possibilidades de estudo do historiador, ao trazer novos objetos e metodologias – os quais, inclusive, possibilitaram a autonomia científica da história do direito penal. Iremos ainda nos desdobrar a respeito da passagem da *Nova História* para a história cultural, verificando o crescimento das preocupações com as análises históricas dos discursos. Para nossos objetivos, importa reconhecer a importância de se estudar o discurso criminal a partir desses referenciais teóricos, objetivando identificar o componente próprio da cultura jurídico-penal associado aos demais fatores imbrincados na questão criminal.

No terceiro capítulo, teremos a missão de demonstrar como a análise do discurso propugnada por Michel Foucault pode ser utilizada como um instrumento da história do direito penal. Nesse sentido, inicialmente, será explicada a relação entre o autor francês e a ciência histórica, considerando que muitos não o entendem como um historiador. Contrapondo-se a esse posicionamento, desenvolveremos argumentos para demonstrar que a obra de Michel Foucault pode ser entendida como uma espécie bastante peculiar de historiografia cultural, que tem como objeto a elucidação dos mais variados discursos. Na sequência, trataremos da arqueologia do saber criminal e de como as formações discursivas relacionadas a esse campo específico podem ser analisadas, por meio do estudo de seus enunciados e das regularidades discursivas decorrentes das formações de objetos, modos de enunciação, conceitos e estratégias.

Daremos mais ênfase à elucidação das criações conceituais que possuem um papel importante no estudo histórico do pensamento jurídico-penal. Para melhor exemplificar a utilização dessas categorias, apontaremos sua utilidade, sempre relacionando-as ao campo jurídico-penal. Como as rupturas são importantes para o método de Michel Foucault, procuraremos demonstrar suas afirmações por meio da análise da recepção do paradigma do positivismo penal no Brasil, que representou certamente um câmbio de perspectivas, nessa área do pensamento.

Ao fim, trataremos do método genealógico, tentando identificar como o discurso pode ser utilizado como uma estratégia política e de que maneira ele se relaciona com as práticas

não-discursivas – especialmente as punitivas. Também destacaremos a utilização da história do presente, desenvolvida por Michel Foucault, com a meta de demonstrar de que modo a análise histórica poderia nos oferecer o entendimento do funcionamento do sistema punitivo atual. É importante mencionar que ensaiaremos uma aproximação entre a arqueologia e a genealogia, entendendo que as formações discursivas não podem ser ignoradas no estudo do direito penal e que, por isso, devemos utilizar as ferramentas conceituais de Michel Foucault como uma arqueogenealogia do saber criminal.

No quarto capítulo, demonstraremos a utilidade dos fundamentos teóricos e metodológicos da história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*), para o estudo histórico do direito penal. Com esse objetivo, analisaremos a contribuição ímpar de Reinhart Koselleck para a historiografia, destacando a utilidade de seu pensamento para a análise dos conceitos criminais. Também serão observados como seria possível o estudo das metáforas, comumente utilizadas pelo direito penal, por meio de sua historicização. Por fim, exemplificaremos como as categorias da obra de Reinhart Koselleck poderiam ser utilizadas para o estudo do direito penal brasileiro. Nesse momento, aplicaremos conceitos como *espaço de experiência*, *horizonte de expectativas*, *tempo-sela*, entre outros, na tentativa de um melhor entendimento da formação do campo jurídico-penal brasileiro.

Por fim, a pretexto de uma conclusão, demonstraremos como o aprimoramento da historiografia do direito penal depende inexoravelmente de um aperfeiçoamento epistemológico, com a utilização de ferramentas teóricas e metodológicas adaptadas para a pesquisa nesse campo delimitado do saber jurídico. Para isso, focando-se no estudo histórico dos conceitos criminais, pretende-se a utilização conjunta de categorias da arqueogenealogia, de Michel Foucault, e da história dos conceitos, de Reinhart Koselleck. Muito embora, aparentemente, as teses possuam incompatibilidades que inviabilizariam sua utilização a um só tempo, somos da opinião de que, para a pesquisa histórico-jurídica, seria perfeitamente possível aproveitar-se de toda a experiência epistemológica dessas duas teorizações. Desse modo, utilizando livremente as obras dos dois autores como ferramentas para a pesquisa, não restaria nenhum óbice epistemológico para a instrumentalização dessa proposta teórico-metodológica.

Uma última observação, com relação às referências às fontes analisadas. Traremos, sempre que se fizer oportuno, trechos dos textos originais, principalmente para garantir que o leitor possa fazer suas próprias observações sobre o conteúdo dos mesmos e se posicionar

sobre nossa análise desses trabalhos. Por isso, pede-se a vênia para trazer para o leitor, em alguns momentos da pesquisa projetada, citações mais extensas, já que esses excertos são fundamentais para a concretização dos objetivos desta pesquisa. Quando for o caso, esses trechos serão sempre colacionados com a redação (tipografia) atualizada para os padrões atuais, com a finalidade de tornar a leitura mais simples. Com a mesma preocupação, os textos serão citados em português e, por isso, quando da utilização de trabalhos escritos originalmente em outras línguas, faremos a tradução livre dos trechos citados.

2 ALARGANDO O TERRITÓRIO DO HISTORIADOR DO DIREITO: POR UMA HISTÓRIA CRÍTICA DO DIREITO PENAL

(...) não se insistirá nunca o suficiente em reclamar do dogmático uma vasta educação histórica³³.

Aos juristas e aos historiadores do direito, eu digo que a história do direito é indispensável à ciência jurídica, assim como à ciência histórica, e que ela não pode permanecer encerrada em si mesma³⁴

2.1 UM DIÁLOGO ENTRE CLIO E TÊMIS: AS CONDIÇÕES PARA A ESTRUTURAÇÃO DE UM SABER HISTÓRICO-JURÍDICO

Um dos papéis, e certamente não o último, do historiador do direito junto ao operador do direito positivo é o de servir como sua consciência crítica, revelando como complexo o que na sua visão unilinear poderia parecer simples, rompendo as suas convicções acríticas, relativizando certezas consideradas absolutas, insinuando dúvidas sobre lugares comuns recebidos sem uma adequada confirmação cultural³⁵.

A análise histórica de conceitos jurídico-criminais parte de alguns pressupostos, sem os quais decerto se tornaria inviável, dentre eles a própria existência de uma história do direito penal, enquanto saber autônomo e dotado de características próprias. Por isso, este capítulo inicial tem como objetivo maior desenvolver o tema – que não é exatamente isento de polêmicas – da epistemologia da história do direito, particularmente da historicização do direito criminal. Trata-se, em outras palavras, de explorar o território – por vezes inóspito, ou ainda, desconhecido – da história do direito, observando a possibilidade de lhe traçar novas fronteiras, a partir da expansão dos estudos históricos para os problemas relativos ao fenômeno jurídico-penal³⁶.

A história do direito é uma daquelas disciplinas que apresentam enormes desafios, considerando que seus conceitos e metodologia são decorrentes de saberes diversos, a saber, a

³³ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 26.

³⁴ LE GOFF, Jacques. *Histoire medievale et histoire du droit: un dialogue difficile*. GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica**: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Milano: Giuffrè, 1986, p. 60.

³⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**, 2ªed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 13.

história geral e o direito (ciência jurídica). Por essa razão, há quem defenda que não existiria propriamente uma história do direito, sendo a mesma na realidade uma visão particular da história geral. Não obstante, conforme iremos explicar com mais detalhes, parece-nos que a desejada interdisciplinaridade da história jurídica – no sentido de utilizar-se, necessariamente, de dados provenientes da dogmática jurídica, da história e, ainda, de outras ciências sociais – não invalidaria a sua autonomia, em absoluto, já que se trata de um conhecimento específico, com técnicas e finalidades especiais. Portanto, afirmamos a existência autônoma desse saber peculiar que, apesar de não possuir método e objeto de todo diferenciados, respectivamente, daqueles relativos aos da história e ciência jurídica, por certo não pode ser confundido com essas disciplinas.

No mais, é importante que sejam delineadas as características e funções de um tal saber histórico-jurídico. Nesse particular, entendemos que a história do direito não pode mais ser utilizada com finalidades de mera legitimação do sistema jurídico, devendo assumir em definitivo uma postura crítica. Somente dessa maneira seria possível compatibilizar-se com um novo modelo de historiografia, focando-se em problemas e afastando-se, de uma vez por todas, da antiquada história tradicional, construída formalmente, com base em fatos e datas. De modo que se faz conveniente uma explicação mais aprofundada acerca dos elementos que compõem essa renovada história do direito.

Esclareceremos, em seguida, as particularidades do estudo histórico do direito penal. Se é possível afirmar a autonomia da história do direito, então, consequentemente, as características especiais do saber jurídico-penal tornariam forçosa a especialização do seu estudo histórico. Importante frisar que, nesse particular, o significado de *direito penal* deve ser o mais amplo possível. Isso, porque a compreensão histórica do fenômeno punitivo depende do entendimento de aspectos propriamente normativos (ou estritamente jurídicos), mas também da consideração de outros dados – sociais, políticos e econômicos – que também estão intrinsecamente vinculados à configuração do sistema penal. Isso torna a questão penal interdisciplinar – e, por isso, mais complexa. Assim, ao falarmos em uma história criminal, estaremos nos referindo à análise histórica de aspectos os mais variados das manifestações

³⁶ A metáfora é de Le Roy Ladurie, desenvolvida em obra clássica, na qual dissertou sobre as potencialidades do trabalho historiográfico. LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973.

punitivas, incluindo aquelas punições informais, que acontecem fora do âmbito delimitado pelo direito – as quais dão origem ao que se entende por *direito penal subterrâneo*³⁷.

Por fim, abordaremos o modo pelo qual uma pesquisa crítica de história do direito penal pode ser útil – ou mesmo necessária – para os estudos da criminologia crítica. É sabido que o discurso criminológico tradicional, desde as suas primeiras manifestações científicas no século XIX, estruturou-se como uma forma de legitimação da instrumentalização do poder punitivo. Nesse sentido, o próprio discurso criminológico possui historicidade³⁸, motivo pelo qual não é inusitado lançar mão da história para compreender o significado dos conceitos jurídico-penais. A crítica histórica, nesse sentido, pode desvelar as finalidades ocultas do sistema criminal, ao esclarecer os vínculos não declarados entre o discurso penal e interesses político-econômicos – aproximando-se assim das finalidades da criminologia crítica, podendo servir-lhe de instrumento conceitual. Entretanto, para isso, não é possível desconsiderar a análise histórica dos conceitos internos dos discursos penais, porque o saber ideológico legitimador, representado pelo direito penal, também influencia diretamente no funcionamento dos sistemas punitivos.

Com o objetivo de esmiuçar de que modo a história pode servir à criminologia crítica, analisaremos com brevidade duas das mais importantes obras da história do direito penal, *Punição e estrutura social* e *Vigiar e punir*. Contudo, esses trabalhos não serão comentados nos seus pormenores, já que teremos em vista, sobretudo, elucidar algumas possíveis limitações metodológicas dessas obras, observando com um olhar crítico os eventuais problemas dessas análises históricas da punição. Isso, porque desejamos propor um método de estudo histórico mais apegado à análise do discurso criminal, assumindo como eixo central a compreensão da historicidade dos conceitos fundamentais do direito penal. Trata-se de um complemento para as visões demasiado economicistas ou políticas da história do direito penal: uma proposta de história do direito penal que não descuida dos aspectos político-econômicos das práticas do sistema punitivo, porém os considerando a partir de sua interação com os conceitos estruturantes do discurso jurídico-penal.

Ao falarmos de uma história do direito, partimos da premissa bastante elementar de que o direito *per se*, enquanto realidade social, é um fenômeno histórico. A historicidade do direito se dá tanto considerando-o sob o aspecto formal, enquanto conhecimento técnico – a

³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**, t. I, v. I, 2^a. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 70.

³⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 32.

teoria do direito (dogmática jurídica) pode ser compreendida historicamente —, como também por uma aceção mais ampla, tomando-se o direito como saber jurídico e manifestação cultural³⁹. Por isso, entendemos que o direito pode ser utilizado como instrumento de controle social, exatamente pelo fato de ter raízes profundas na cultura da sociedade e, nesse sentido, nada é mais pernicioso que se reduzir o jurídico a um mero texto legal, subtraindo-se a dimensão social mais complexa do direito ao simplismo de uma regra escrita⁴⁰.

É sabido que, a partir do projeto de modernidade, o Estado cumpriu com o papel de disciplinamento do direito, com a pretensão de monopolizar a criação de regras jurídicas. Não obstante, a visão de que a historiografia deve se limitar tão-somente às fontes estatais de produção do direito é equivocada, por se basear em uma ideia de poder vinculada exclusivamente ao exercício da *potestas* estatal. O poder não é uno, advindo somente do Estado, pelo contrário, é ramificado, e se manifesta socialmente nas mais variadas formas. Molda as subjetividades e, portanto, não se exerce somente enquanto reflexo da soberania, mas também como disciplinamento das pessoas⁴¹.

Tal discussão tem repercussão no que diz respeito ao conteúdo da história do direito. Assim, dentro da concepção estatal de poder jurídico, a produção histórica das regras do direito é um tema fundamental para a compreensão da dimensão jurídica de uma sociedade. Não por outra razão, tradicionalmente se elenca como um importante objeto da história do direito a história das fontes jurídicas. Nesse particular, devem elas ser historicizadas, tomando-se como referência os aspectos incluídos na sua classificação tradicional de *fontes existendi*, *fontes manifestandi* e *fontes cognoscendi*. O primeiro desses aspectos refere-se à análise dos órgãos que produzem as normas jurídicas ao longo da história. Depois, teríamos a preocupação com a observância das diferentes manifestações das normas jurídicas, dentre as quais se destacam a lei em sentido amplo, o costume e a jurisprudência. Por fim, temos a verificação dos textos pelos quais podemos conhecer o direito, tais como codificações e ordenações⁴².

A história das fontes é bastante importante para o historiador do direito, mas isso não significa que seja prescindível a análise daquelas fontes havidas fora do Estado,

³⁹ SALDANHA, Nelson. **O Problema da história na ciência jurídica contemporânea**. Porto Alegre: Escola Osvaldo Vergara, 1978, p. 79.

⁴⁰ GROSSI, Paolo. **La primera lección de derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 70.

⁴¹ FOUCALT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2011.

⁴² MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro...** p. 33.

particularmente o costume jurídico. No mais, sem querer adentrar na longa discussão a respeito de ser ou não a doutrina uma fonte do direito, entendemos que, independentemente dessa celeuma, os textos doutrinários naturalmente devem ser considerados objeto da história do direito, já que por meio deles tomamos conhecimento do direito. Afirmamos isso porque, ainda que o seu estudo eventualmente não seja considerado inerente a uma teoria das fontes jurídicas, a doutrina deve ser ao menos incluída entre os temas a serem relacionados à análise histórica do pensamento jurídico. Assim, a produção doutrinária seria, no mais das vezes, o significativo dos discursos jurídicos e, por essa razão, sempre de grande importância para uma pesquisa histórico-jurídica.

Outro destacado objeto da história do direito seria o estudo das instituições jurídicas. O direito cria suas realidades próprias⁴³, para atender a finalidades específicas, e por isso o pesquisador deve se ocupar do seu estudo histórico, caso queira compreender em profundidade o fenômeno jurídico. Nesse sentido, devem ser estudados conceitos basilares para o direito, tais como a propriedade (para o direito civil) ou o fundamento da responsabilidade penal (para o direito criminal). O historiador do direito deve se preocupar não somente com os institutos em si, mas também com a efetividade dos mesmos, analisando com rigor em que medida seriam vivos, conhecidos e praticados cotidianamente na sociedade, ou ainda, se seriam considerados letra morta, sem efetividade alguma⁴⁴. No mais, deve-se atentar para o fato de que alguns desses institutos podem encontrar séria resistência da população interessada, o que impacta na sua efetividade.

Somente há pouco iniciou-se a recuperação da consideração da complexidade do fenômeno jurídico, com a superação de um paradigma simplista, que se limitava ao estudo da norma estatal⁴⁵. Abandonou-se um historicismo incompleto, preocupado apenas com a observação do desenvolvimento do regramento jurídico oficial e que não chegava a ultrapassar a epiderme do jurídico⁴⁶. Em consonância com esse novo contexto de complexificação do direito, a história jurídica passou a ocupar-se de outros temas relacionados ao próprio pensamento jurídico. Isso, porque “à história do direito pertence analisar não só o modo histórico de pensar o direito, mas também os diferentes modos como a história o foi pensando. Naturalmente, um modo diverso de o pensar em harmonia com o

⁴³ OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. Mexico: Fontamara, 2010.

⁴⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**, 3ª.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 30.

⁴⁵ GROSSI, Paolo. **O Direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3-4.

⁴⁶ SALDANHA, Nelson. **O Problema da história na ciência jurídica contemporânea...** p. 49.

contexto de cada época”⁴⁷. A história do pensamento jurídico deve ainda ter como foco de suas análises as correntes científicas e doutrinárias que influenciaram o direito, a formação dos juristas de determinada época, entre outros⁴⁸.

O saber histórico-jurídico, por isso, deve pautar-se por uma ideia de pensamento jurídico, ou *cultura jurídica*, que pode ser bem definida como as “representações padronizadas da (i)legalidade na produção das ideias, no comportamento prático e nas instituições de decisão judicial, transmitidas e internalizadas no âmbito de determinada formação social”⁴⁹. A cultura jurídica é, como a própria história, relativa, e por isso, dependente de uma série de dados contingenciais. De modo que seria possível falarmos de uma cultura jurídica medieval ou moderna, europeia⁵⁰ ou latino-americana, e, certamente, de uma cultura jurídica brasileira⁵¹. Ao tomar como seu objeto a cultura jurídica, a história do direito estende seus temas de pesquisa, indo bem além da tradicional preocupação com a formação e desenvolvimento do sistema normativo, passando a abarcar os discursos jurídicos em geral. Nesse ponto, percebe-se a relevância da historiografia dos conceitos jurídico-penais, bem como da análise histórica das práticas punitivas que se relacionam aos mesmos, sendo todos eles aspectos da cultura jurídica.

Assim, as tarefas da história do direito – seu objeto de pesquisa – podem ser resumidas, para fins meramente didáticos, como o conjunto de três áreas fundamentais de estudo: a história das fontes, a história das instituições e a história do pensamento jurídico, ou da cultura jurídica⁵². Dito isso, é fácil perceber a enorme abrangência da história do direito, o qual, almejando dar explicações razoáveis para algo tão complexo como o direito, deve ocupar-se dos mais variados campos da experiência jurídica. Cumpre reiterar, portanto, que

⁴⁷ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro...** p. 35.

⁴⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português...** p. 31.

⁴⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**, 6ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 19.

⁵⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Lisboa: Almedina, 2015.

⁵¹ SALDANHA, Nelson. O Pensamento jurídico brasileiro contemporâneo. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 23. Milano: Giuffrè, 1994. SOUZA, André Peixoto de. Uma historiografia para a cultura jurídica brasileira. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**, 2ª.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 22-25. MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro...** p. 33. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português...** p. 29.

esse saber “não é exclusivamente normativo e não é somente estatal”⁵³, e que suas possibilidades de investigação são abundantes⁵⁴.

Ainda com relação ao conteúdo da história do direito, classifica-se com frequência esse saber por meio de uma dicotomia entre história interna e externa. A primeira corresponde a uma história do direito em sentido estrito, representando todas as possíveis variantes de uma historiografia dos sistemas jurídicos pretéritos. De outro lado, a história externa seria formada pelo estudo dos fatores extrínsecos ao fenômeno jurídico (meta-jurídicos) – de natureza política, econômica, cultural, entre outros – os quais de alguma forma o determinam ou influenciam. Em síntese, pode-se afirmar que “na história interna, procura-se o conhecimento do próprio sistema jurídico em si; e, na história externa, realiza-se a análise dos elementos exteriores a um sistema jurídico, mas que nele repercutiram direta ou indirectamente”⁵⁵.

Como é possível notar, a configuração de uma história interna seria exclusivamente pertinente aos juristas, uma forma de delimitar claramente o campo de atuação daqueles historiadores com formação técnico-jurídica. Reputamos essa classificação como antiquada. A partir dela, ignora-se que o âmbito jurídico é, antes de tudo, um autêntico reflexo da sociedade, em toda a sua riqueza e diversidade. Ainda sobre essa classificação, em uma acepção mais recente, defendeu-se que a história interna teria como objeto as instituições jurídicas, enquanto a história externa se ocuparia das fontes do direito passadas. Também nesse sentido, a definição se mostra inútil e mesmo equivocada, pois ignora o estudo da cultura jurídica⁵⁶, que se constitui como um importante elemento da historiografia do direito, como já indicado.

Um requisito indispensável para o desenvolvimento da história do direito foi admitir a sua autonomia enquanto disciplina. Para isso, a crise que atingiu ambas as ciências – do direito e histórica – parece ter impulsionado esse campo específico de estudos, tendo proporcionado que se formasse uma espécie de *autoconsciência da historiografia jurídica*⁵⁷. Reconheceu-se nesse saber uma unidade própria, ainda que caracterizada por fundamentos teóricos e metodológicos de ambas as ciências matrizes, história e direito. Não se deve olvidar o fato de que os interesses da história do direito são comuns às duas outras ciências que lhe

⁵³ BOTERO, Andrés. **Estudos de história e filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 35.

⁵⁴ COING, Helmut. Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas). GONZÁLEZ, María del Refugio (org.). **Historia del derecho: historiografía y metodología**. México: Instituto Mora/Universidad autónoma metropolitana, 1992, p. 90.

⁵⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português...** p. 32.

⁵⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português...** p. 33.

antecederam e, por isso, haveria uma similitude de objetos entre esses saberes. Exatamente por essa razão, a identidade da história do direito não decorre de seu objeto peculiar – considerando que possui objeto semelhante ou ao menos aproximado ao dos saberes jurídicos – mas sim de um interesse especial do historiador, “em função de uma experiência jurídica que lhe estimula a destacar, na matéria comum, a significação propriamente jurídica”⁵⁸. A partir da assunção do direito, enquanto fenômeno complexo, como elemento direcionador dos esforços de pesquisas histórico-jurídicas, já se torna óbvia a especialidade desse saber, não podendo o mesmo ser confundido com a história (geral), nem tampouco com a ciência jurídica, ou a filosofia do direito.

Logicamente que a autonomia desse saber não implica em uma surdez do historiador do direito com relação às vozes credenciadas dos historiadores e dos juristas. Muito pelo contrário, deve haver um diálogo profícuo entre todas essas ciências⁵⁹, que devem se estruturar conjuntamente, baseando-se na interdisciplinaridade. Ocorre que ainda é dificultosa a interação entre tais disciplinas. Com respeito a esse problema, Jacques Le Goff chegou a afirmar que “o principal pecado dos historiadores em face da história do direito é a ignorância”, emendando ainda que existiriam enormes preconceitos dos historiadores com relação aos juristas e historiadores do direito, mas que também os juristas costumam ser despreocupados da problemática e questões levantados pelos historiadores⁶⁰.

Parece-nos que a origem dessas dificuldades se situa no entrevero, correspondente à indagação sobre qual dessas ciências – história ou direito – teria proeminência, na configuração da epistemologia da história do direito. Ainda que se reconheça o pressuposto da autonomia do saber histórico-jurídico, há quem afirme que a história jurídica seria uma espécie peculiar de história; outros, defendem que seria ela, na verdade, um ramo especial da ciência jurídica. Tal celeuma poderia parecer, à primeira vista, um mero preciosismo sem maiores desdobramentos. Contudo, não se trata de uma discussão bizantina, pois a definição da natureza da história do direito pode influenciar negativa ou positivamente no já conturbado diálogo entre juristas e historiadores. De onde se compreende a importância desse debate.

Começando por aqueles que defendem ser a história do direito um ramo da ciência histórica, cumpre esclarecer que essa posição não desmerece a especificidade da pesquisa

⁵⁷ PARADISI, Bruno. **Apologia della storia giuridica**. Bologna: Il mulino, 1973, p. 15.

⁵⁸ D’ORS, Alvaro. Sobre historiografia jurídica. **Anuario de historia del derecho español**, n. 47. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1977, p. 811.

⁵⁹ GROSSI, Paolo. **O Direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 183.

histórico-jurídica⁶¹. Constatamos isso, por exemplo, na lição de Marc Bloch, para quem “o direito, no sentido estrito do termo, é portanto o envoltório formal de realidades em si mesmas extremamente variadas para fornecer, com proveito, o objeto de um estudo único”, sendo que a existência de peculiaridades no estudo histórico do direito é justificável, considerando que “há na noção do fato jurídico como distinto dos outros, algo de exato”⁶². De todo modo, a classificação da história do direito como uma história especializada, bastante frequente entre historiadores em geral, mas também entre historiadores do direito, reforça a convicção da necessidade de um profundo conhecimento das técnicas e pressupostos teóricos da *história total*. Nesse sentido, a história do direito estaria situada “nos limites da disciplina da *história*”⁶³. Inclusive, já se defendeu que ela pertenceria às disciplinas históricas especiais⁶⁴, e ainda, que “desempenha um papel fundamental na amplificação da consciência histórica e valorização da ciência histórica”⁶⁵. Com uma posição parecida, mas cheia de peculiaridades, Bruno Paradisi afirma que o direito não é uma realidade *per se*, mas sim um dos elementos da cultura de uma época e por isso o objeto da história do direito não seria a norma, mas sim a própria sociedade, a realidade da qual o direito faz parte⁶⁶. Nesse sentido, a história do direito se aproximaria mais de uma história geral que da ciência do direito.

Por outro lado, existem aqueles que adotam uma concepção purista da história do direito, acreditando que, nos moldes da teoria kelseniana, o direito deveria ser filtrado de quaisquer elementos próprios de outros saberes, tais como a sociologia, filosofia do direito e, de especial interesse nesse ponto, a história social. Reiteremos o significado da proposta: a história do direito, enquanto disciplina jurídica, não poderia se imiscuir com a história social, pois “não é de modo algum qualquer história dos factos sociais jurídicos, como factos sociais. É a história das formas jurídicas duma sociedade, como *formas jurídicas*, isto é, desligadas dos condicionalismos sociológicos”⁶⁷. Como pode-se perceber, tal concepção vai ao encontro da ideia de uma duvidosa e limitada história interna, comentada acima, além de servir

⁶⁰ LE GOFF, Jacques. **Histoire medievale et histoire du droit...** p. 60.

⁶¹ COSTA, Pietro. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, n. 47. Curitiba: UFPR, 2008, p. 21.

⁶² BLOCH, Marc. **Apologia da história**: ou o ofício do historiador. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 130-131.

⁶³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 22, destaques no original.

⁶⁴ COING, Helmut. **Las tareas del historiador del derecho...** p. 59.

⁶⁵ CHORÃO, Luís Bigotte. História e direito: perspectivas de um combate necessário. RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. **Outros combates pela história**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 176.

⁶⁶ PARADISI, Bruno. **Apologia della storia giuridica...** p. 46 e 266.

claramente para a legitimação dos sistemas jurídicos do presente, sendo desse modo uma historiografia tradicional –acrítica – absolutamente desvinculada do paradigma da história contemporânea. Com esse pensamento, não se esconde a intenção de distanciar a história geral da história do direito, pois somente assim essa última disciplina poderia ser útil para os juristas, ocupando um papel importante no ensino jurídico das faculdades de direito⁶⁸. Essa era a opinião de García-Gallo, que chegou a afirmar, reivindicando o domínio dos juristas sobre a disciplina, que “a integração da história do direito na história total, na qual já não se constitui como um capítulo, mas nela se dilui, não trouxe nenhuma contribuição para nossa ciência”⁶⁹. Em síntese, os puristas defendem que a abordagem histórica é apenas um dos modos de conhecimento, uma espécie de método geral que, por isso, poderia ser utilizado por qualquer ciência. A utilização da história como método não converteria a ciência jurídica em histórica, longe disso, apenas serviria como um instrumento para o estudo do direito. Nesse caso, a ciência do direito deveria ser o fundamento dessas análises históricas, e essa seria uma condição para o pleno desenvolvimento da história do direito⁷⁰.

Formando uma posição conciliadora, há aqueles que acreditam que a história do direito é *sui generis*, já que, com sua autonomia assegurada, não poderia se enquadrar perfeitamente como uma disciplina estritamente jurídica em razão de seus fundamentos ancorados na ciência histórica; mas tampouco poderia ser entendida somente como disciplina histórica, por exigir um conhecimento jurídico especializado, próprio da formação acadêmica oferecida nos cursos de direito. As perspectivas mais jurídica ou mais histórica não se excluíam mutuamente, antes seriam complemento uma da outra. Assim, a história do direito pode ser considerada uma disciplina tributária de ambos os domínios, conjuntamente⁷¹, pois “assume, graças à peculiaridade epistemológica de que a disciplina se reveste, o caráter de ciência plenamente jurídica, mas que também lança âncora de modo pertinaz num sólido estatuto científico-histórico”⁷².

⁶⁷ MONCADA, Cabral de. O Problema metodológico na ciência da história do direito português: critério para uma nova divisão cronológica. **Anuario de historia del derecho español**, n. 10. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1933, p. 155, grifos no original.

⁶⁸ MONCADA, Cabral de. **O Problema metodológico na ciência da história do direito português...** p. 156-157.

⁶⁹ GARCÍA-GALLO, Alfonso. Cuestiones de historiografía jurídica. **Anuario de historia del derecho español**, n. 44. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1974, p. 749.

⁷⁰ GARCÍA-GALLO, Alfonso. História, derecho e historia del derecho: consideraciones em torno a la escuela de Hinojosa. **Anuario de historia del derecho español**, n. 23. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1953, p. 23.

⁷¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português...** p. 25.

⁷² MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro...** p.32-33.

Simpatizamos mais com a primeira posição indicada, pois parece-nos que a história do direito é uma espécie particular de história, com sua unidade assegurada pela necessidade de o pesquisador, dotado de um conhecimento do direito e utilizando técnicas históricas e método próprio, abordar a historicidade do fenômeno jurídico. Frise-se a necessidade do conhecimento jurídico, para a estruturação da história do direito. Lembramos ainda que o historiador tradicional pode não ter familiaridade com o âmbito do jurídico, de onde se conclui pela autonomia desse saber específico, que exige uma formação peculiar do pesquisador, ao demandar conhecimento do direito, mas também da metodologia da história⁷³. Entretanto, acatamos a interessante sugestão de Mário Sbriccoli de que se deve atenuar a especialização da história do direito, tendo em vista uma conveniente integração interdisciplinária. Mais importante que definir se a história do direito é história ou direito, é tratá-la como um campo de conhecimento complexo no qual são importantes ambos os saberes matrizes. Assim, ressaltando-se a autonomia da história do direito, cumpre comemorar “o fim da história do direito como ramo isolado da pesquisa histórica e/ou da reflexão jurídica”⁷⁴. Essa posição, de certo modo, impulsiona a história do direito a um movimento constante de problematização de seu objeto e de seus limites⁷⁵. Com isso, fortalece-se o necessário diálogo entre história e direito.

O vínculo intrínseco entre ambos os saberes parece ter se fortalecido com o tempo, se considerarmos o desenvolvimento da ciência do direito. Não passa despercebido, por exemplo, o fato de que a formação da dogmática jurídica – bem como a da própria epistemologia jurídica – tem relação próxima com o pensamento histórico, sobretudo a partir do desenvolvimento da *escola histórica romântica*, de Savigny. Conforme afirmava o método histórico romântico – inaugurado por esse autor numa tentativa de desvincular a evolução dos institutos jurídicos de uma concepção naturalista do direito – o direito seria, sobretudo, uma ciência histórica⁷⁶. Essa afirmação tem como premissa a constatação de que a evolução do direito se assemelharia à dos povos, do Estado, dos costumes⁷⁷. Essa pode ser considerada a primeira grande aproximação entre a história e o direito. A contribuição da escola histórica

⁷³ SBRICCOLI, Mário. *Storia del diritto e storia della società: questioni di método e problemi di ricerca*. SBRICCOLI, Mário. **Storia del diritto penale e della giustizia**, t. 2. Milano: Giuffrè, 2009, p. 1127.

⁷⁴ SBRICCOLI, Mário. **Storia del diritto e storia della società...** p. 1123.

⁷⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. L'Interdisciplinarità di fronte a una definizione relazionale dell'oggetto della storia giuridica. GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagini e ipotesi di lavoro**. Milano: Giuffrè, 1986, p. 313.

⁷⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 6ª.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012, p. 9.

⁷⁷ SALDANHA, Nelson. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea...** p. 30. Segundo o autor, essa ideia romântica não teria sido uma criação original da escola histórica ou de Savigny, mas teria sido levada por esses às últimas consequências.

romântica para a evolução da dogmática jurídica é inegável. Com suas ideias, acabou possibilitando o surgimento da jurisprudência dos conceitos⁷⁸, de Puchta e Jhering (em sua primeira fase). Ademais, foi o primeiro esforço racional de sistematização do direito, com pretensões declaradamente científicas, no sentido de se criar os pressupostos epistemológicos para um saber jurídico coerente e estável.

Indo além da mera descrição dessa escola jurídica, entendemos ser mais importante, no momento, apontar para a defesa empreendida por Savigny de uma ciência do direito entranhada de conhecimento histórico. Parece que houve uma percepção da importância de se compreender o fenômeno jurídico, relacionado necessariamente com os demais aspectos humanos – de ordem social e política – sendo que tal visão *integracionista* resultava em se “entender o direito na história e valorizar a história do direito como manifestação por excelência da realidade deste”⁷⁹. Segundo essa lógica romântica, “a história do direito não é apenas um ramo do conhecimento científico do direito, é a sua substância”⁸⁰. Em conformidade com os pensamentos românticos da época, Savigny se fundamentou em conceitos nacionalistas e ufanistas, como as ideias de *povo* e *nação*. De onde surgiram várias críticas a essa corrente do pensamento jurídico. Nesse sentido, Nelson Saldanha afirmou que, no seu apego exagerado a uma *nova metafísica*, representada por essas ideias vagas e imprecisas – como, por exemplo, o costume, o *Zeitgeist* etc. – a escola histórica romântica apresentava problemas prementes, pois apresentava um historicismo com indubitáveis limitações⁸¹. Dando razão a essas críticas, chegou-se mesmo a afirmar que seria necessário, para o desenvolvimento da história do direito, suspeitar-se da história romântica. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, a escola histórica de Savigny não se preocupou com aspectos econômicos ou sociais e teria sido tão-somente nacionalista e tradicional. Conforme os preceitos dessa escola, o povo não teria voz porque seriam incontáveis os pontos de vista na sociedade, muitos dos quais eram solenemente desconsiderados, o que fazia com que os doutos professores falassem em seu nome. Desse modo, a escola histórica teria se vinculado a uma expressão de poder nitidamente antidemocrática⁸². A partir da superação da escola romântica de Savigny, a história do direito se manifestou de outras formas. Com o advento do

⁷⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito...** p.15.

⁷⁹ SALDANHA, Nelson. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea...** p. 35, grifamos. O termo *integracionismo* também é utilizado pelo autor.

⁸⁰ HOMEM, Antônio Pedro Barbas. História do pensamento jurídico: considerações metodológicas. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo de Brito A.P. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

⁸¹ SALDANHA, Nelson. **O problema da história na ciência jurídica contemporânea...** p. 34.

⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história...** p. 19-20.

positivismo jurídico, fortaleceu-se a visão purista da história jurídica, explicada acima, a qual tinha como seu objeto apenas os sistemas jurídicos e normas pretéritas. Por essa ótica limitada, a função da história do direito seria essencialmente auxiliar na compreensão do desenvolvimento da dogmática jurídica, com fins de aceitação do direito vigente.

Nesse ponto, parece assentada a ideia de que existe um vínculo entre a história do direito e a ciência do direito. Mas isso não seria suficiente para o amadurecimento da historiografia jurídica, pois existiria o risco iminente de que tal disciplina fosse utilizada apenas como uma ferramenta auxiliar da ciência jurídica – um apêndice, ainda que de reconhecida utilidade. Não é esse o sentido que pretendemos dar à história do direito. Muito pelo contrário, fazemos questão de ressaltar a autonomia científica e as peculiaridades desse saber, além de sua importância, que ultrapassam a sua pretensa utilidade para com a dogmática jurídica.

A historiografia jurídica não serve apenas como um instrumento para o estudo do desenvolvimento histórico da dogmática jurídica, vai muito além dessa função modesta, justificando-se por si mesma. E é exatamente por essas razões que a história não pode ter uma função singela de ratificação do sistema jurídico atual, na forma de uma espécie de suporte ideológico para a manutenção do *status quo*. Essa seria a finalidade de uma *história oficial*, formalista por essência, a qual serviria como uma justificativa do sistema normativo atual, tal qual se apresenta⁸³. Essa legitimação do direito posto se dá em regra por meio das estratégias de naturalização, a partir da tradição – com a defesa de um modelo de direito que se vincula às suas origens mais remotas – ou de progresso – as regras jurídicas se justificariam pelo fato de serem o resultado de uma lenta evolução histórica. Nada mais equivocado, pois desse modo a história do direito torna-se anacrônica, considerando que os aspectos jurídicos pretéritos são interpretados a partir de uma percepção ancorada em critérios do presente. O historiador do direito, dessa maneira, molda inopinadamente suas explicações, conforme suas observações do direito atual⁸⁴.

Essa concepção tradicional perdurou por bastante tempo e infelizmente ainda encontra espaço na academia. Tal modelo de história do direito acabou favorecendo uma ciência “erudita e passadista, que tendia a refugiar-se nas épocas históricas mais remotas e em

⁸³ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil...** p. 29.

⁸⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia...** p. 21.

discussões meramente teórico-acadêmicas de cunho idealista/abstrato”⁸⁵. Perdida em elucubrações no mais das vezes absolutamente inúteis e despida de caráter crítico, a história do direito acabou por perder muito de sua importância e utilidade⁸⁶. Necessitava urgentemente sofrer uma transformação profunda.

Por isso destacamos a importância de uma nova proposta de história do direito, surgida aproximadamente no início da década de 70, e que fez emergir, paulatinamente, uma renovação crítica nos estudos histórico-jurídicos. A partir desse momento, a ciência histórica assumiu novos pressupostos metodológicos, os quais foram incorporados à história do direito, ocasionando uma verdadeira mudança de paradigmas. Adotou-se um viés crítico, não mais considerando o direito apenas por uma ótica legislativa ou dogmática, e concebendo-se o fenômeno jurídico em seus aspectos culturais – e não somente institucionais como outrora⁸⁷. Que fique bem claro que essas transformações epistemológicas foram o resultado de novas premissas nas ciências sociais – em especial na teoria da história – não sendo um reflexo de alterações na dogmática jurídica. Assim, a história do direito adaptou-se a um novo formato de história, o qual se apresentava, a um só tempo, como problematizante, interdisciplinar e humanista⁸⁸.

Por esse motivo, preferimos recusar o desenho de uma história jurídica tradicional, que se limita simplesmente a apontar o modo pelo qual a dogmática jurídica foi desenvolvida e que resulta em uma historiografia apologética, formalista e antiquada. Se nos satisfizéssemos com essa reduzida finalidade, estaríamos uma vez mais acatando uma história *oficial* do direito, instrumento construído exclusivamente para a legitimação da ordem jurídica vigente e nada mais que isso. Pelo contrário, filiamo-nos a uma nova concepção da história do direito, renovada em sua metodologia, problematizante e, acima de tudo, crítica do sistema jurídico. Tal modelo de história do direito tem por objetivo romper com os exageros do culturalismo elitista e dogmatismo positivista, permitindo que a historiografia jurídica se desvincule de um “sentido apologético e ilusório da ordem tradicional dominante, adquirindo sentido desmistificador, social e libertário”⁸⁹.

⁸⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros horizontes, 1978, p. 12.

⁸⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil...** p. 35.

⁸⁷ REGO, George Browne. Uma introdução à história do direito. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo de Brito A.P. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

⁸⁸ Vide capítulo 3.

⁸⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil...** p. 44.

2.2 AS ESPECIFICIDADES DE UMA HISTÓRIA CRÍTICA DO DIREITO PENAL

Atualmente, os estudos em história do direito penal são considerados legítimos, inclusive pelos dogmáticos do direito penal, muito embora, no seu caso, partam da concepção equivocada de que a história do direito penal é tão somente uma disciplina auxiliar da ciência do direito penal, o que desfavorece a concepção interdisciplinar no que diz respeito à produção do conhecimento⁹⁰.

(...) A história criminal constitui uma espécie de ponto de fusão entre fontes, objetos e metodologias pertencentes em partes equilibradas à história jurídica e à social⁹¹.

Apesar de ser enorme a importância da historicização do direito penal, parece que ainda existe certa relutância quanto ao desenvolvimento desse saber e mesmo uma relativização de sua utilidade. Tal pensamento decorreria de uma visão tradicional, de que a história do direito penal teria finalidades limitadas, normalmente concernentes à demonstração da *evolução histórica* do ordenamento jurídico-penal. A adoção desse entendimento promove um equívoco, não somente porque restringe as potencialidades da pesquisa histórico-jurídica mas também por resultar na propagação de uma visão histórica evolucionista – no sentido de que a legislação criminal hodierna seria fruto de um *progresso* do direito penal – e, por isso, anacrônica e anticientífica.

Observa-se também que essa relativização do saber histórico-penal decorre de uma característica fundamental do direito criminal – apegado à uma legalidade estrita – que é a vedação do costume como fonte primária de suas normas. Esse dado fez com que muitos achassem desnecessária a análise histórica das práticas e institutos jurídico-penais, de modo diverso da atenção conferida às construções históricas nos ramos do direito privado, onde sabidamente o costume tem maior utilização. Em conformidade com esse entendimento, Jimenez de Asúa chegou a afirmar que a história do direito penal não é desdenhável, muito embora não possua a mesma relevância que tem a história para o direito privado⁹². Essa observação do penalista espanhol chama a nossa atenção para o destaque tradicionalmente

⁹⁰ FREITAS, Ricardo. Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram: o direito penal e as possibilidades do conhecimento histórico das ideias penais. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 482.

⁹¹ SBRICCOLI, Mário. **Storia del diritto e storia della società...** p. 1133.

⁹² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, t. 1, 5ª.ed. Buenos Aires: Losada, 1992, p. 237.

conferido à história dos ramos jurídicos privatistas, em especial o direito civil. Mas também pode ser interpretada como uma justificativa para uma certa omissão – e até mesmo desleixo – no tratamento histórico da questão punitiva efetuado por boa parte dos penalistas. Note-se, nesse particular, que nem mesmo na Alemanha – que exerceu um papel notório na formação da dogmática penal – foi atribuída a devida importância aos estudos de história criminal⁹³, de onde se conclui que houve, sem dúvidas, um certo afastamento entre os saberes criminais normativo e histórico.

Seguindo essa premissa, a história do direito penal terminou sendo ignorada por boa parte dos estudiosos do direito criminal e, quando aparecia nos livros e tratados, costumava ser abordada de modo breve ou bastante formal. No mais das vezes, tratava-se de uma história interna, compreendendo apenas a reunião de alguns dados sobre o desenvolvimento da legislação penal ou ainda uma ligeira descrição das leis criminais pretéritas⁹⁴. Nada de análises aprofundadas e críticas tampouco de investigações com metodologia histórica própria. Tais textos no geral não se esforçaram para contextualizar o suficiente as normas penais ou mesmo indicar o seu significado político-social mais amplo no período histórico estudado. Neles, o direito penal foi tratado apenas como um conjunto de regras jurídicas, o que fez com que se reduzisse a dimensão e complexidade do fenômeno jurídico-penal resultando no embargo de uma análise histórica apropriada.

Cumprir lembrar que é compreensível, até certo ponto, essa subutilização do saber histórico nos textos clássicos do direito criminal, levando em conta que a história do direito penal somente passou a ser praticada, nos moldes mais críticos e com um maior rigor metodológico, há poucas décadas. Por sua vez, entende-se que a aparição recente de tais pesquisas críticas, foi um reflexo de mudanças substanciais na epistemologia histórica. Nesse sentido, após a superação do modelo de história *total* disseminado pela escola dos Annales⁹⁵ – no qual a história teria uma ousada pretensão de abarcar a totalidade dos fenômenos humanos – somente em anos mais recentes a ciência histórica passou a ter um objeto fragmentado,

⁹³ RADBRUCH, Gustavo; GWINNER, Enrique. **Historia de la criminalidade**: ensayo de una criminología histórica. Barcelona: Bosch, 1955, p. 3. Esse cenário tem mudado paulatinamente, com a recente realização de pesquisas críticas de história do direito penal alemão, como por exemplo: VORMBAUM, Thomas. **A Modern history of german criminal law**. Berlin: Springer, 2014.

⁹⁴ Por exemplo, excetuando comentários paralelos, Nelson Hungria tratou da história do direito penal brasileiro na sua obra mais conhecida em uma nota de rodapé, na qual historiou rapidamente a evolução legislativa das normas penais pátrias. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, v. 1, t. 1, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 39 a 78. Também Vincenzo Manzini, apesar de reconhecer a importância da disciplina, se resumiu a traçar um panorama do desenvolvimento histórico da dogmática penal. MANZINI, Vincenzo. **Diritto penale italiano**, v. 1. Torino: Utet, 1950, p. 53-75.

⁹⁵ DOSSE, François. **A História em migalhas**: dos Annales à nova história. Bauru: EDUSC, 2003. Vide 3.2.

focado em aspectos problemáticos pontuais da sociedade. O delineamento resultante dessa transformação epistemológica, conhecido como *Nova História*, possibilitou o estudo de aspectos específicos da sociedade, por meio de abordagens alternativas e inovadoras⁹⁶. Conforme a lição de Ricardo Freitas, com o intuito de obter uma maior qualificação do saber histórico, a nova história pretendeu apontar um novo horizonte de preocupações, na medida em que optou por “substituir o exame, por parte do historiador, da totalidade dos aspectos da vida social, pela observação de realidades que ainda não foram suficientemente consideradas dignas de atenção pelos historiadores, ou, em outras palavras, por novos objetos de estudo”⁹⁷. Dessa maneira, a história criminal tornou-se possível, do ponto de vista epistemológico, sendo reconhecida como um saber autônomo e legitimado. A história do direito penal, a partir de então, situou-se dentro do território do historiador, que teve suas fronteiras expandidas, delineadas pela nova história.

A especificidade da história do direito penal advém, entre outras razões, do fato de que este saber resulta de uma combinação entre história geral (social e cultural) e história jurídica⁹⁸. Assim, é tarefa do historiador criminalista identificar e contextualizar historicamente os dados políticos, econômicos e sociais que compõem a estrutura do sistema punitivo de dado período; e ainda, historicizar o próprio pensamento penal, por meio de um tipo especial de história cultural⁹⁹. Também é um de seus objetivos rastrear as ideias fundamentais que formam os sistemas de pensamento criminal¹⁰⁰. Essas ideias devem ser esmiuçadas, sobretudo, a partir da análise das fontes históricas. Por essa razão, reveste-se de especial importância para a história do direito penal o estudo dos textos legais e doutrinários, por meio dos quais se possibilita o entendimento da cultura jurídico-penal de um período histórico determinado. Percebe-se, desse modo, que é necessário historicizar os conceitos fundamentais do discurso criminal, os quais são determinantes para o modo de funcionamento do sistema penal.

Como será visto adiante, a expressão *história do direito penal* pode ser mal compreendida, caso não se indique especificamente o que se quer dizer com *direito penal*. Exatamente por isso, antes de continuarmos a dissertar sobre as características da história do direito penal, cumpre esmiuçar qual seria o significado do termo *direito penal*, o qual é

⁹⁶ Vide 3.2.

⁹⁷ FREITAS, Ricardo. **Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram...** p. 473.

⁹⁸ SBRICCOLI, Mário. **Storia del diritto e storia della società...** p. 1133.

⁹⁹ FREITAS, Ricardo. **Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram...** p. 480-481.

¹⁰⁰ FREITAS, Ricardo. **Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram...** p. 481.

polissêmico, podendo ser lido de distintas maneiras. E as várias interpretações da expressão não se resumem apenas aos conceitos dualistas tradicionais, o direito penal objetivo, de um lado – entendido como o conjunto de regras punitivas, o ordenamento jurídico-penal – e o direito penal subjetivo, de outro lado – no sentido de um poder de punir que teria o Estado, diante do cometimento de uma infração penal. Aliás, a existência de uma categoria de direito subjetivo do Estado, relacionado à necessidade ou dever de imposição de pena, parece-nos inadequada¹⁰¹. Para além dessa dicotomia clássica, entendemos que o significado de direito penal, enquanto saber humano, depende da extensão que se dá a esse tipo de conhecimento. Este pode ser considerado de forma limitada, com uma feição jurídico-normativa – dogmática penal – ou ainda ser vislumbrado como o repertório de saberes relacionados à criminalidade, para além de aspectos meramente jurídicos.

Com relação à última acepção, cumpre lembrarmos da elaboração tradicional de uma enciclopédia das ciências criminais, conjunto de saberes criminais necessários para uma compreensão integral do fenômeno criminal. A sua composição clássica seria tripartida, elencando-se a criminologia, política criminal e direito penal (dogmática ou ciência jurídico-penal) como correspondentes aos saberes integrantes da *gesamte Strafrechtswissenschaft*. O direito penal seria o saber normativo, que toma como ponto de partida (dogma) as regras jurídicas estatuídas pelas leis penais e os princípios constitucionais penais. Em razão do princípio da legalidade, as considerações dogmáticas referem-se tão-somente às possibilidades advindas da hermenêutica de tais normas penais, as quais são o ponto de partida do jurista. Por outro lado, tradicionalmente a criminologia e a política criminal foram definidas como saberes que se ocupavam, respectivamente, do entendimento dos fatores criminógenos, originadores do comportamento delituoso, e das respostas possíveis para a resolução desses problemas sociais, sendo a punição criminal uma via excepcional, devendo ser utilizada apenas subsidiariamente. Segundo o modelo original das ciências criminais conjuntas, a criminologia e a política criminal desempenhavam um mero papel secundário de saberes *auxiliares* do direito penal. Isso, porque a dogmática penal destacava-se como eixo fundamental, na tripartição das ciências integradas¹⁰².

Não obstante, o paradigma positivista de criminologia foi superado, tendo sido substituído por um modelo de explicação da delinquência focado na reação social a ela

¹⁰¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**, 12ª.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 48.

¹⁰²Essa é a interpretação de von Liszt, quando aponta a criminologia como ciência auxiliar do direito penal. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão, t. 1**. Campinas: Russel, 2003, p. 146-147.

oferecida, segundo o qual o delito não teria existência natural ou ontológica; pelo contrário, seria o crime resultante de um processo de criminalização, entendido como uma construção social específica. Nesse sentido, a delinquência seria criada pela própria sociedade¹⁰³. Essa mudança de rumo no saber criminológico – iniciada nos anos cinquenta, nos Estados Unidos e aprofundada nas décadas seguintes – fez com que o primeiro modelo de ciências integradas sofresse duras críticas. A criminologia não mais poderia mais ser vista como um rele auxiliar do direito penal. Isso, porque a dogmática criminal e o sistema de justiça penal é que passaram a ser objetos de estudo do saber criminológico¹⁰⁴, que com isso teve suas preocupações científicas alargadas.

Tal saber assumiu, desse modo, um enfoque externo de crítica da estrutura interna do fenômeno criminal e dos processos de criminalização¹⁰⁵. Essa posição de crítico externo do sistema possibilitou à criminologia trabalhar com as variáveis ocultas no discurso interno da dogmática criminal – tais como interesses políticos e econômicos que se refletem nos processos de criminalização – as quais foram problematizadas e relacionadas com o fenômeno criminal. Em outras palavras, conforme esse modelo crítico de ciências criminais conjuntas, “as instâncias do sistema (legislação, dogmática, jurisprudência, polícia e senso comum), não são assumidas como pontos de partida, mas sim como problema e objeto de averiguação”¹⁰⁶.

Além disso, houve uma aproximação entre a criminologia e a política criminal na medida em que, afastado de um método etiológico, o saber criminológico cada vez mais se estruturou de forma propositiva, não se limitando a tecer afirmações meramente descritivas sobre a delinquência. A deontologia da política criminal, inserida na criminologia, relaciona-se com o objetivo primordial de respeito aos direitos humanos, na elaboração de uma prevenção à violência criminal¹⁰⁷. Essa *criminologia dos direitos humanos* assentou-se, portanto, como um crítico externo do sistema de justiça criminal, relacionando-se intrinsecamente com a dogmática jurídico-penal. Tal relação não é de subordinação – a criminologia não é mera auxiliar – mas sim de coordenação e, por isso, tanto o penalista quanto o criminólogo encontram-se em um mesmo terreno, “em um trabalho fordista de

¹⁰³ BECKER, Howard. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: Free press, 1963, p. 8.

¹⁰⁴ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 128.

¹⁰⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 142-143.

¹⁰⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal...** p. 145.

¹⁰⁷ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminología de los derechos humanos...** p. 128.

aporte, assimilação e reelaboração. O criminólogo, com os pés no chão, traz o dado crítico externo. O penalista o converte em tendências modernas da dogmática”¹⁰⁸.

Esse é o modelo de ciências criminais conjuntas que adotamos, de feição crítica e no qual se considera a autonomia científica do saber criminológico, que por sua vez assume uma natureza política propositiva. É por essa razão que a história do direito penal, em consonância com esse desenho das ciências criminais, não poderia somente se ater ao estudo das legislações criminais pretéritas, já que a crítica do direito penal deve ser feita por meio da criminologia. Desse modo, as preocupações entendidas como mais concernentes à criminologia, ao serem analisadas historicamente, seriam também componentes da história do direito penal.

Entretanto, também é importante uma explicação a respeito da historiografia criminológica tradicional, que delineia as ideias e teorias criminológicas pretéritas e que já foi denominada de *criminologia histórica*. Este saber já teve por finalidade identificar historicamente as causas do crime¹⁰⁹ e, portanto, relacionava-se a um modelo etiológico de criminologia, hoje considerado superado. Não obstante, é possível desenvolver estudos críticos acerca da história da criminologia¹¹⁰ sendo certo que é extremamente útil a historicização das ideias e práticas criminológicas para que se compreenda melhor o sistema punitivo atual.

Muitos faziam uma distinção entre a história do direito penal e a criminologia histórica¹¹¹, mas entendemos serem inúteis tais esforços. Tal diferença somente poderia ter alguma utilidade ao se conceber ambos os saberes de modo acrítico e positivista. Ou seja, segundo essa posição, que rechaçamos, a história do direito penal somente cuidaria de estudar as normas penais pretéritas enquanto a criminologia histórica se ocuparia das teorias que explicavam a criminalidade. Trata-se de um modo retrógado de se conceber a história do fenômeno criminal, por não adotar uma visão crítica das ciências criminais conjuntas. Por isso, entendemos a história do direito penal com uma acepção mais ampla, abarcando também a criminologia histórica, sem preocuparmo-nos demasiadamente com a questão da definição dos limites entre essas disciplinas.

¹⁰⁸ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminología de los derechos humanos...** p. 128.

¹⁰⁹ RADBRUCH, Gustavo; GWINNER, Enrique. **Historia de la criminalidade...** p. 6.

¹¹⁰ Por exemplo ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos...** *passim*.

¹¹¹ RADBRUCH, Gustavo; GWINNER, Enrique. **Historia de la criminalidade...** p. 6.

Segundo essa visão, a história do direito penal, de certo modo, abarcaria a historiografia criminológica, mas vai além dela, em razão da aproximação metodológica com a história social e cultural. Alguns denominam essa nova vertente de estudos de *história criminal*, saber que engloba os aspectos jurídicos, sociais e culturais relacionados ao crime. Assim, Mário Sbriccoli ensina que “depois de uma fase na qual o campo permaneceu (longamente) realizado por estudos de criminologia histórica – projeções historiográficas de teorias criminológicas nos moldes positivistas – a nova história criminal começou a firmar-se como ramo bastante prolífico da história social e, ao mesmo tempo, como parte muito significativa da história penal”¹¹². Preferimos utilizar a expressão *história do direito penal*, exatamente por entender o conceito de direito penal de modo amplo, não limitado aos aspectos estritamente jurídicos. Contudo, mais importante que a terminologia empregada é assumir algumas das características epistemológicas dessas pesquisas históricas acerca da criminalidade, bem como a preocupação com a consideração de fatores culturais e sociais relacionados à questão criminal.

Parece-nos que a indicação de uma história do direito penal restrita, resumida ao estudo das normas pretéritas, peca por não reforçar um modelo zetético, problematizante e interdisciplinar de história. Por essa proposta, não seria possível chegarmos a uma história (do direito) penal crítica. Pelo contrário, com essa posição conservadora, haveria uma considerável limitação da história criminal, reduzindo-se imensamente o seu objeto. Com a mesma opinião, Nilo Batista aponta os perigos de uma concepção limitada da história do direito penal, afirmando que “a narrativa histórica *interna* está sujeita a todos os riscos das dissimulações ideológicas que frequentam o discurso jurídico”¹¹³. Por isso, o estudo das normas penais do passado, não obstante sua inegável importância, não pode ser considerado a única tarefa do historiador do direito penal. Na verdade, esse saber histórico especial “tem por objeto específico não somente o direito penal objetivo, mas, igualmente, o crime como fato social histórico”, o que faz com que lhe seja importante “toda e qualquer matéria que possa estar relacionada ao fenômeno criminal em suas manifestações através dos tempos”¹¹⁴. Longe de uma concepção reducionista, devemos conceber a história do direito penal como sendo o estudo de quaisquer aspectos pretéritos relacionados ao crime. Por isso, o seu objeto não seria somente o funcionamento pretérito da justiça penal, em um sentido estrito. Para além desse

¹¹² SBRICCOLI, Mário. *Storia del diritto e storia della società...* p. 1131.

¹¹³ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, v. I, 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 25, grifos no original.

¹¹⁴ FREITAS, Ricardo. *Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram...* p. 467-468.

campo limitado de preocupações, esse saber também englobaria outros questionamentos igualmente importantes, tais como “as práticas sociais de punição e controle, dos processos de normalização aos de disciplinamento, das estratégias de ordem àquelas que concernem ao movimento de recursos, o governo da opinião pública, a relação entre pena e mercado de trabalho”¹¹⁵.

Portanto, ao falarmos em história do direito penal, estamos nos referindo a uma acepção ampla do termo, na qual são incluídos no conceito não somente uma história interna do direito – análise das regras e sistemas jurídico-penais do passado – mas também uma historicização preocupada com os fatores sociopolíticos que influenciaram na questão criminal pretérita. Parece-nos que ao utilizar tal denominação não estamos priorizando o direito penal (enquanto dogmática) diante dos outros saberes criminais: não se trata de desmerecer a importância da criminologia. Mesmo porque, como se sabe, o direito penal, enquanto sistema de controle social também seria objeto de estudo da criminologia. Além do mais, de certo modo as preocupações da história do direito penal e da criminologia se confundem¹¹⁶ visto que a criminologia poderia ser entendida como o conjunto de conhecimentos relacionados ao crime como fenômeno social¹¹⁷, enquanto que a história do direito penal estuda historicamente o crime enquanto fenômeno social. Exatamente por isso, a história do direito penal é uma importante ferramenta para a criminologia, como será defendido mais à frente, existindo entre ambos os saberes um vínculo estreito.

O saber criminológico também seria próximo à sociologia, ao menos em seu formato contemporâneo. Alguns chegam a afirmar que existiria, na verdade, uma relação de continência entre ambos, sendo a criminologia uma espécie de sociologia aplicada¹¹⁸. De onde se pode concluir que existiria também uma relação intrínseca entre a história do direito penal e a sociologia. A aproximação entre tais saberes não é nenhuma novidade, principalmente considerando o exemplo da história geral, pois vários historiadores já frisaram a existência dessa relação. Entre eles, Fernand Braudel chegou a afirmar que a história e a sociologia se identificam, a ponto de se confundirem, já que seriam as únicas ciências humanas “suscetíveis

¹¹⁵ SBRICCOLI, Mário. *Storia del diritto e storia della società...* p. 1132.

¹¹⁶ EMSLEY, Clive. Historical perspectives on crime. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. *The Oxford handbook of criminology*. New York: Oxford university press, 2007, p. 122.

¹¹⁷ SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology*, 5ª.ed. Chicago: J.B. Lippincott company, 1955, p. 3.

¹¹⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 21-28.

a estender sua curiosidade a não importa que aspecto do social”¹¹⁹. Também Michel Foucault apontou a necessidade de aproximar a história do direito penal das demais ciências humanas¹²⁰.

Essa aproximação entre os saberes teve consequências importantes: quando se iniciou o desenvolvimento do estudo histórico da questão penal, a partir de meados dos anos 60, agregou-se às abordagens jurídicas mais tradicionais uma perspectiva mais crítica, proveniente das ciências sociais¹²¹. De outro lado, os sociólogos criminais também recorreram aos estudos históricos, como uma forma de superar um impasse teórico. Para sair dessa situação incômoda, lançaram mão da história, que apareceu “como um possível resultado, diante da insuficiência manifesta das abordagens unicamente *atualistas*”¹²². A história do direito penal se mostrou bastante útil, seja para comprovar que a questão penal atual não pode ser considerada como algo *naturalizado*, podendo ser relativizada ao se observar historicamente o fenômeno criminal; seja para reforçar a luta contra a reificação do crime, utilizando-se a história para combater a sedimentação das crenças do senso comum¹²³. Em razão da existência desse liame entre história do direito penal e sociologia, já se afirmou que muitos dos equívocos da história criminal tradicional – o modelo anterior ao crítico e ainda não influenciado pela sociologia – ocorreram pelo fato de não serem utilizadas as categorias das ciências sociais¹²⁴.

Desse conceito amplo, cumpre mais uma vez lembrar a preocupação de Mário Sbriccoli, no sentido de não ser conveniente uma exagerada especialização do saber histórico-criminal. Isso significa que, apesar de ter sua autonomia reconhecida, os limites entre a história do direito penal e a criminologia, ou mesmo a história social e cultural (do crime), são difusos, mal delineados. Preferimos, por essa razão, ignorar as diferenças essenciais entre esses saberes, ao menos em termos gerais. Em se tratando de algumas pesquisas específicas, com objeto mais bem delimitado, por certo seria mais fácil classificá-las como sendo exemplos de esforços próprios da criminologia, história do direito penal ou história criminal (social ou cultural). Contudo, quando tratamos de temas limítrofes, insistimos que essa

¹¹⁹ BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história**, 3ª.ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 99. Ver também sobre o tema: SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social**. Bauru: EDUSC, 2003.

¹²⁰ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: naissance de la prison**. Paris: Gallimard, 1975, p. 31.

¹²¹ ROBERT, Philippe; LÉVY, René. Histoire et question pénale. **Revue d'histoire moderne et contemporaine**, t. XXXII. Paris: Société d'histoire moderne, 1985, p. 481.

¹²² ROBERT, Philippe; LÉVY, René. Le sociologue et l'histoire pénale. **Annales: économies, sociétés, civilisations**, ano 39, n. 2. Paris: EHESS, 1984, p. 402, grifos no original.

¹²³ ROBERT, Philippe; LÉVY, René. **Le sociologue et l'histoire pénale...** p. 404.

¹²⁴ SBRICCOLI, Mário. **Storia del diritto e storia della società...** p. 1132.

distinção carece de maior importância, motivo pelo qual optamos por utilizar genericamente a expressão *história do direito penal*. Agindo assim, deliberadamente, valoramos mais a interdisciplinariedade, tão característica da história do direito penal e da criminologia. No mais, devemos lembrar que a história do direito penal não pode ser desenvolvida sem a recepção de dados da ciência histórica. Em resumo, concordamos com Alessandro Baratta e acreditamos que se faz necessário um novo discurso sobre a questão criminal, que seja transversal à divisão acadêmica do trabalho científico¹²⁵.

Para finalizar com uma ilustração da utilização dessa concepção mais ampla da história do direito penal, cumpre indicarmos um recente estudo alemão, de autoria de Thomas Vormbaum, no qual se historiou de modo exemplar o sistema punitivo daquele país. Partindo da premissa de que o direito penal não foi construído a partir de um vácuo político ou social, defendeu-se uma metodologia segundo a qual a história do direito deve se abrir para implicações sociais e políticas do fenômeno jurídico¹²⁶. Interessa-nos frisar esse texto, dentre muitos outros exemplos, pelo fato de se referir ao sistema criminal alemão, considerando-se que por muito tempo nesse país os estudos deram um relevo bem maior às investigações dogmático-penais - por vezes inclusive negligenciando-se outros aspectos do fenômeno punitivo. De onde se justifica a originalidade da obra referida, que segue a tendência, já frisada, de historicizar o direito penal a partir de um ponto de vista mais amplo, incluindo na análise a intenção de se abarcar todas as ciências criminais e não somente o saber jurídico-penal. Comentando essa obra, Francisco Muñoz Conde afirmou que o grande mérito desse trabalho seria a preocupação notória em conceber a história do direito penal de uma forma integral, segundo a qual “não somente a legislação e a construção teórica do direito penal material é objeto da exposição, mas também o direito processual penal, a execução penal e inclusive a criminologia, situando-os sempre (...) no contexto político e social no qual se produziram”¹²⁷.

2.3 A HISTÓRIA DO DIREITO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

¹²⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal...* p. 150.

¹²⁶ VORMBAUM, Thomas. *A Modern history of german criminal law...* p. 9.

(...) entendo que não se pode pensar a criminologia sem entender a história, sua própria história¹²⁸.

Os textos sagrados têm que ser profanados, mergulhados no saber local, na realidade nua e crua da história dos nossos povos. Só assim, poderemos reconstruir um pensamento crítico¹²⁹.

Não é simples conceituar-se a *criminologia crítica*, já que existem, reunidas em torno dessa nomenclatura, inúmeras propostas criminológicas, partindo das mais distintas fundamentações – materialistas, interacionistas etc. Esses diferentes modelos possuem poucas características comuns entre si, excetuando-se o fato de que têm o próprio sistema punitivo como objeto de suas críticas¹³⁰. Por essa razão, Nilo Batista preferiu utilizar genericamente essa expressão, ao referir-se à *frente ampla* de teses que possibilitaram desvelar dados e características da justiça penal que outrora passavam despercebidos, inclusive para os seus operadores¹³¹. Essa parece ser a tônica das teorias críticas da criminologia: fazer transparecer aquilo que permanece invisível nos discursos e na estrutura penais¹³², indicando o real funcionamento do sistema punitivo para além das finalidades ideológicas e da abstração das legislações. Portanto, a ponderação crítica do discurso da criminologia tradicional – positivista e etiológica – foi um dos pontos de partida para o desenvolvimento do objeto e das finalidades da criminologia crítica¹³³.

Isso significou, em suma, uma profunda desnaturalização da ideia de crime, no sentido de considerar que nem mesmo a noção de conduta criminosa preexiste à eventual reação punitiva das instâncias de controle social, nem tampouco as definições normativas do delito são realidades ontológicas que existem por si só, independentemente de uma atuação do sistema punitivo¹³⁴. Por isso, ao menos para as finalidades deste estudo, mais importante do que uma definição acabada do que seria criminologia crítica é compreender que ela se trata, essencialmente, de um arcabouço teórico que assume a necessidade de desenterrar aquilo que está oculto no âmbito da estruturação do sistema criminal, dando ênfase à análise de *questões*

¹²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Una nueva forma de entender la historia contemporánea del derecho penal: a propósito de la obra de Thomas Vormbaum. **Política criminal**, n. 7. Santiago: Universidad de Talca, 2009, p. 4. Disponível em <http://www.politicacriminal.cl/n_07/r_1_7.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

¹²⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos...** p. 21.

¹²⁹ BATISTA, Vera Malaguti. Marx com Foucault. **Veredas do direito**, v. 2, n. 4. Belo Horizonte: s.e., 2005, p. 31.

¹³⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos...** p. 657.

¹³¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal...** p. 32.

¹³² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal...** p. 32.

¹³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical**, 2ª.ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 35.

externas ao âmbito estritamente jurídico, especialmente aquelas relacionadas com a influência de aspectos político-econômicos no funcionamento real do poder punitivo.

Partindo dessa concepção, é fácil perceber a importância dos estudos históricos para a criminologia crítica. Isso, porque nenhuma outra ciência se presta tão bem para desnaturalizar aquilo que nos parece banal, para desenraizar precipitadas certezas. A história é um saber desconcertante, porque tem o condão de relativizar tudo o que nos parece mais certo e seguro, fazendo-nos perceber que aquilo que parecia o óbvio ululante, quando visto com mais atenção, pode ser na verdade absolutamente inusitado ou injustificado. Esse estranhamento do presente a partir da compreensão do passado é característico do saber histórico.

Com relação à questão criminal, as análises históricas são instrumentos adequados para a crítica do sistema punitivo atual, possibilitando a percepção de elementos estruturais que permanecem ocultos no funcionamento da justiça penal. Por essa razão, a reflexão sobre as variáveis latentes do sistema criminal deve ser efetuada com o auxílio dos estudos históricos¹³⁵, os quais servem como uma ferramenta extremamente útil para desvelar relações implícitas do sistema criminal. A importância da história do direito penal para a criminologia crítica pode ser bem ilustrada por meio da lembrança de que duas das obras mais fundamentais e importantes nesse campo do conhecimento são estudos históricos. Estamos falando de *Punição e estrutura social*¹³⁶, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, e *Vigiar e punir*¹³⁷, de Michel Foucault.

Na sequência, com a finalidade precípua de destacar de que maneira a história do direito penal pode servir à criminologia crítica, explicaremos porque essas pesquisas históricas em especial foram tão importantes nesse campo de estudos, tendo exercido influência marcante em vários outros trabalhos realizados posteriormente e tendo estabelecido conceitos fundamentais para o desenvolvimento das análises criminológicas contemporâneas. Sob nenhuma hipótese se pode encarar a escolha de ambas as obras como algo inusitado ou mesmo inédito, pois muitos pesquisadores já as apontaram como modelos exemplares de estudos histórico-penais¹³⁸. Não é nosso objetivo, por esse motivo, esgotar a análise das obras

¹³⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal...** p. 161.

¹³⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal...** p. 145.

¹³⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, 2ª.ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

¹³⁷ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir...**

¹³⁸ Para citar alguns: SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical...** GARLAND, David. **Punishment and modern society: a study in social theory**. Chicago: The University of Chicago press, 1993. MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

indicadas – o conteúdo riquíssimo de tais estudos merece ser esquadrihado com muito mais tempo e cuidado – mas tão-somente exemplificar, a partir de ambos os trabalhos, a utilização da pesquisa histórica no âmbito da criminologia crítica. Ao mesmo tempo, ousaremos tecer algumas críticas a esses estudos – partindo da premissa de que não devem existir textos sacralizados, e acreditando que seria possível contribuir cientificamente para a criminologia, problematizando esses estudos clássicos. Fazemos isso com a intenção de esclarecer que, de certo modo, a presente tese tem como finalidade complementar algumas das lacunas existentes nas abordagens de estudos históricos de direito penal.

Iniciando pelo estudo de Rusche e Kirchheimer, pode-se afirmar que ele é o maior exemplo de análise histórica marxista no campo das investigações criminais. Sobre o tema, sabe-se que o marxismo desenvolveu ferramentas conceituais extremamente úteis para o entendimento da sociedade, impactando em definitivo o desenvolvimento das ciências humanas. Entretanto, especificamente no que diz respeito ao delito, nem Karl Marx, tampouco Friedrich Engels ocuparam-se diretamente da análise de institutos penais¹³⁹. Por isso, cumpre afirmar que não existe uma teoria criminológica a partir de textos do próprio Karl Marx, mas sim a contribuição de neomarxistas, autores que criaram um saber criminológico a partir da aplicação dos conceitos marxistas à questão criminal. Assim, Rusche e Kirchheimer são legítimos representantes desse grupo de estudiosos, preocupados em estender as categorias da teoria marxista para a compreensão do sistema punitivo.

Ambos faziam parte da Escola de Frankfurt, movimento intelectual que se caracterizou por uma renovação nos estudos marxistas, não se limitando à sua feição mais ortodoxa – focada quase que exclusivamente na análise da *infraestrutura* da sociedade, de seus aspectos econômicos – tendo dado destaque para o estudo de elementos superestruturais, a partir da tentativa de compreender a influência de fatores políticos e culturais no funcionamento da sociedade. Entretanto, fugindo um pouco dessa tendência frankfurtiana de estudos diferenciados do modelo tradicional de marxismo – facilmente verificada em outros autores da Escola de Frankfurt tais como Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Max Horkheimer ou Walter Benjamim – a obra de Rusche e Kirchheimer se mostra bem mais apegada à análise de fatores econômicos, nos moldes de um marxismo mais tradicional¹⁴⁰. Essa parece ser ao mesmo tempo uma qualidade – já que desse modo chamaram a atenção para a existência de insuspeitadas relações entre as penas criminais e os sistemas econômicos – mas também uma

¹³⁹ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 84.

¹⁴⁰ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 89.

limitação passível de críticas – porque com isso desmereceram o impacto de fatores não econômicos no sistema punitivo como a cultura jurídica ou as contingências políticas, entre outros.

De todo modo, a ênfase no aspecto econômico transparece na tese principal do estudo. Segundo os autores, as teorias da pena por si sós não podem ser elencadas como causas das mudanças nos métodos históricos de punição, sendo que a insistência no estudo dessas teorias poderia até mesmo atrapalhar as pesquisas históricas, porque tais teses consideram as penas como imutáveis ou estáticas e, portanto, não históricas. Por isso, as penas criminais devem ser compreendidas como fenômenos independentes, desconsiderando-se suas finalidades jurídicas declaradas¹⁴¹. A análise, portanto, deve se focar nas relações existentes entre as práticas punitivas e as forças sociais, sobretudo as de natureza econômica, o que leva à conclusão de que os modos de punição correspondem ao estágio de desenvolvimento econômico de uma sociedade¹⁴². Como ensinou Vera Regina Pereira de Andrade, a intenção do trabalho foi “romper com este enfoque jurídico abstrato, no qual a pena é concebida como epifenômeno do crime (...) para recolocá-la e explicá-la no marco da relação histórica entre os diversos sistemas punitivos e os sistemas de produção em que se efetua”¹⁴³.

Partindo dessa premissa, os autores desenvolveram uma longa investigação histórica, começando o estudo pela Baixa Idade Média, relacionando as práticas punitivas de vários períodos históricos com a realidade econômica então vigente. Identificaram que houve a aplicação e a exploração econômica por particulares de fianças em decorrência das práticas criminosas, sendo que essas eram calculadas conforme a classe social do criminoso- o que fez com que o sistema penal de multas ficasse restrito a uma pequena parcela privilegiada da sociedade. De outro lado, a maioria da população que não tinha recursos para pagar as fianças impostas era submetida a punições corporais. A imposição de suplícios foi admitida na ordem feudal, já que não havia a necessidade econômica de poupar os corpos dos condenados¹⁴⁴. A partir do século XV aproximadamente houve um substancial aumento populacional em paralelo ao decréscimo das colheitas, o que resultou em uma piora nas condições das classes subalternas. Além disso, as terras passaram a ser um bem valioso e disputado, o que fez com que aumentasse o êxodo rural e as populações urbanas. Rapidamente se formou nas cidades

¹⁴¹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social...** p. 18-19.

¹⁴² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social...** p. 20.

¹⁴³ ANDRADE, Vera Regina Perereira de. **A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**, 2ªed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 192.

¹⁴⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social...** p. 25.

uma multidão de desempregados e desvalidos, além de bandos errantes de vagabundos e mendigos. Tudo isso fez com que fossem criadas leis penais mais rigorosas, já que havia o interesse por parte da burguesia em formação de um maior controle punitivo das *ralés* e de uma maior proteção de seu patrimônio. Por isso, continuou-se com o sistema binário – fianças e penas corporais – mas os acordos privados foram limitados, de modo que para alguns crimes (como o furto) não seria mais possível a imposição de multas, com a consequente priorização de castigos corporais. De toda forma, parece evidente que houve generalizadamente um aumento da repressão penal e que esse maior rigor era direcionado prioritariamente para os mais pobres. Em toda a Baixa Idade Média havia um excedente de mão-de-obra, considerando que a economia ainda era protocapitalista e, justamente por isso, não havia a necessidade de manter os condenados em condições de trabalho. Esse fato pode ser apontado como um indicador da tese principal dos autores de que o sistema econômico determina o regime de punições na sociedade¹⁴⁵.

Com o advento do modelo mercantilista as punições começaram a ser exploradas economicamente. Essa conexão entre os sistemas econômico e penal fez com que surgissem novas modalidades de pena – particularmente as galés, a deportação e a servidão penal – que substituíram as penas corporais cada vez menos utilizadas. Cumpre entender que essa transformação não se deu prioritariamente por questões humanitárias, mas sim pela adequação econômica de um enorme contingente de prisioneiros que outrora não eram aproveitados como força produtiva. Isso porque o crescimento demográfico não acompanhou a demanda por empregos, além do fato de que houve um enorme aumento dos salários em razão da escassez de trabalhadores. Nesse contexto, nada mais natural que utilizar a mão-de-obra dos prisioneiros para dar conta do novo regime de produção econômica¹⁴⁶. Como se pode perceber, essas novas modalidades de punição se encaixavam perfeitamente no sistema colonialista e mercantilista.

No mais, a grande massa de pobres também precisou se adaptar ao modelo capitalista em formação. Por isso, foi desestimulada a caridade e reforçou-se o ideário de que o trabalho era necessário. Criaram-se as casas de correção, que eram instituições onde os pobres eram mantidos reclusos para desenvolverem alguma atividade produtiva, as quais foram o nascedouro histórico da pena de prisão. O maior interesse econômico do enclausuramento pode ser percebido pela não distinção entre os tratamentos dos reclusos criminosos e daqueles

¹⁴⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social...** p. 27-42.

¹⁴⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social...** p. 43-47.

que tinham sido encarcerados simplesmente por ser pobres ou vadios: na realidade, não se observava a finalidade retributiva e a punição era distribuída de modo a atender a necessidade de mão-de-obra, não tendo relação com a culpabilidade do condenado¹⁴⁷. Ao contrário do que comumente se defende, o iluminismo não foi o responsável pela transformação nas formas de punição pois apenas deu o suporte ideológico para o surgimento desse novo cenário. A ideia de limitação do poder punitivo do Estado, com a consequente adoção da pena de prisão como modelo ideal de punição e abandono de suplícios corporais, está em consonância com os fundamentos econômicos da sociedade na modernidade e independe das teorias iluministas da pena¹⁴⁸.

Um dos princípios das políticas punitivas era o da *less eligibility*, que recomendava que as condições gerais do prisioneiro teriam que ser bem piores em comparação às da classe mais empobrecida da sociedade. “Por isso a disciplina, a dieta, as exigências de trabalho, acomodações, e as condições gerais de vida nas instituições penais são vistas como cuidadosamente calibradas para garantir que o regime como um todo permaneça suficientemente indesejado e sirva como um impedimento para as classes sociais mais baixas”¹⁴⁹. Como consequência das péssimas condições do proletariado nas fábricas e manufaturas a situação das casas de correção e prisões pioraram bastante, tendo havido uma decadência generalizada das instituições penais – que pode ser bem observada nos famosos relatórios de John Howard¹⁵⁰. Isso ocorreu também porque a importância econômica do trabalho prisional foi diminuindo: primeiramente, em razão da resistência oferecida pelos trabalhadores livres e corporações de ofício, que temiam a concorrência da mão-de-obra mais barata dos condenados; mas, principalmente, pela introdução de técnicas de produção mais eficientes e baratas, especialmente após o advento da revolução industrial.

Por isso, quando o labor nas prisões passou a deixar de oferecer retorno lucrativo, o trabalho prisional foi encarado como um método de tortura sem nenhuma utilidade econômica, servindo tão-somente como exercício degradante. Alguns dos exemplos de suplícios inúteis indicados no trabalho de Rusche e Kirchheimer são: a obrigação de carregar pedras de um canto para outro, e depois trazê-las para o local de início; o trabalho de, com os

¹⁴⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social...** p. 83-107.

¹⁴⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social...** p. 109.

¹⁴⁹ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 94.

¹⁵⁰ HOWARD, John. **The State of prisons in England and Wales**. S.l: Rarebooksclub, 2012.

pés, mover moinhos que moíam nada ou apenas grãos, ou por vezes bombeavam água; e ainda, cavar poços, nos locais em que a água retornava para a fonte¹⁵¹.

Outros temas também foram trabalhados minuciosamente no texto e a análise histórica se estende até o século XX, sempre como supedâneo da hipótese central já frisada, de que o modo econômico de produção determina o sistema punitivo. Entre os tópicos principais, poderíamos elencar a análise das implicações econômicas da imposição das penas de multa e o contexto sociopolítico para o fim da punição de degredo entre outros. De todo modo, com essa explicação breve já se tem ao menos uma ideia da exposição histórica empreendida pelos autores e de como o paradigma marxista foi utilizado no trabalho. Poderíamos encerrar a referência a essa pesquisa lembrando que a sua tese principal, resumida em poucas palavras, é a de que “os sistemas punitivos concretos estão subordinados às formas de produção concretas”¹⁵²

Existem alguns problemas nesse trabalho científico, como por exemplo as dúvidas levantadas quanto ao fato de ter havido lucros da exploração da atividade dos presos, o que teria estimulado a criação das casas de correção, entre outros dados históricos que foram diversas vezes contestados por alguns autores. Entretanto, parece-nos que o maior problema em *Punição e estrutura social* parece ser a já comentada ênfase excessiva nos aspectos econômicos como determinantes da estrutura penal, sem que se tenha dado a devida atenção a outros fatores também importantes para a questão criminal, de ordem política ou cultural. Por exemplo, Rusche e Kirchheimer não se interessaram em analisar mais detidamente a opinião dos operadores dos sistemas punitivos pretéritos, desconsiderando que suas opiniões e ideologias certamente tiveram impacto nas práticas penais¹⁵³.

Não obstante as críticas pontuais, existe um enorme mérito no trabalho, exatamente pelo pioneirismo em chamar a atenção para a influência dos aspectos econômicos da sociedade no exercício do poder punitivo. Esse objetivo certamente foi atingido pela obra, ainda que com algum atraso: o texto foi lançado em 1939, mas somente na década de 1960 é que começou a ser mais comentado e analisado. A partir daí, entretanto, a influência do livro é notável e toda a criminologia que lhe sucedeu bem como os estudos de história penal, especialmente as correntes mais críticas, levaram em consideração as análises ali contidas. Pode-se dizer que o livro é um indubitável exemplo de como a história do direito penal – na

¹⁵¹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social...** p. 159.

¹⁵² ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos...** p. 620.

¹⁵³ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 107-109.

acepção mais ampla que utilizamos – é imprescindível para o desenvolvimento da criminologia crítica. O próprio Foucault citou expressamente o trabalho em *Vigiar e punir* dizendo que “do grande livro de Rusche e Kirchheimer, podemos guardar algumas referências essenciais”¹⁵⁴.

Quanto ao trabalho de Foucault, é possível afirmar sua influência definitiva na criminologia crítica, já que todos os estudos supervenientes sobre o sistema punitivo parecem ter tomado por base as suas ideias, ainda que para criticá-las. A importância dessa obra para as ciências criminais é tamanha. Tanto, que já se afirmou que falar em punição sem utilizar os referenciais teóricos de Foucault, é como falar do inconsciente sem o auxílio de Freud¹⁵⁵. Esse estudo consiste em uma tentativa de historiar o poder de punir por meio da realização de uma história da prisão¹⁵⁶. Não obstante, o texto vai além de uma pesquisa meramente histórica, desenvolvendo conceitos sobre a estrutura do poder de punir. A história é utilizada, sobretudo, para validar e exemplificar hipóteses teóricas, por meio de uma espécie de sociologia da punição. Assim, nesse texto, a perspectiva histórica não exclui as preocupações de ordem sociológica e filosófica¹⁵⁷. Talvez por isso – considerando que existem certas liberdades epistemológicas tomadas em nome da defesa das teses ali contidas – vários historiadores apontam haver algumas importantes incongruências e equívocos¹⁵⁸ no estudo, como iremos detalhar mais à frente. Por hora falaremos rapidamente de alguns aspectos gerais dessa obra.

Primeiramente, Foucault retoma o pensamento de Rusche e Kirchheimer, alegando que os efeitos da punição não são somente aqueles repressivos, pois também existem reflexos positivos, no sentido de que as penas exercem funções concretas na sociedade, produzindo nela efeitos reais¹⁵⁹. Partindo dessa premissa o autor destaca algumas questões centrais, dentre as quais o tema do corpo. Segundo Michel Foucault, seria necessário compreender que esse elemento centraliza o funcionamento do sistema punitivo, que se baseia em uma *economia política do corpo*. Em última análise, o corpo seria o eixo fundamental para todas as relações

¹⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir...* p. 32.

¹⁵⁵ COHEN, Stanley. *Visions of social control*. Cambridge: Polity press, 2007, p. 17.

¹⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 289.

¹⁵⁷ FONSECA, Márcio Alves da. Vigiar e punir: 30 anos. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 300.

¹⁵⁸ GARLAND, David. *Punishment and modern society...* p. 157-162. OLIVEIRA, Luciano. Relendo Vigiar e Punir. *Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social*, v. 4, n. 2. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011. FONSECA, Márcio Alves da. *Vigiar e punir: 30 anos...* p. 314. Também houve muitas críticas de criminólogos. ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...* p. 649.

¹⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir...* p. 32.

de poder, seria “o centro nevrálgico do poder, e também do poder de punir”¹⁶⁰. Isso porque o corpo é objeto das punições, mas também, ao mesmo tempo, é transformado por elas, disciplinado e docilizado. Assim, se a pena pode servir para a utilização do corpo do condenado como mão-de-obra, isso se dá porque existe anteriormente um sistema de *assujeitamento* por meio de tecnologias políticas do corpo. Por esse motivo, o corpo está imerso no campo da política, deve ser entendido como uma consequência desse¹⁶¹.

Essas tecnologias políticas nos remetem à questão do poder de punir. Sobre o tema, é necessário entender que Foucault não entende o poder como algo estático ou que pode ser apropriado. “O poder, tampouco, é analisado como uma substância, não se possui, nem está em um lugar determinado, é relação, e, portanto, se exerce”¹⁶². Diferentemente, alega que se trata de uma estratégia ou técnica. Por isso, o poder não está concentrado, mas sim espalhado, pulverizado; é uma *multiplicidade de relações de força*, refletindo-se no funcionamento de várias instituições e na atuação de várias pessoas, por um modelo que foi denominado de *microfísica do poder*. Assim, o estudo da política não deve se limitar às análises dos fenômenos estatais, visto que o poder de punir também é exercido por agentes e instituições que não pertencem ao sistema criminal formal. Em última instância, a própria sociedade exerce esse poder de punir, na medida em que reproduz e aceita as relações de poder punitivo que são desenhadas em instâncias superiores.

As tecnologias de poder sempre geram um conhecimento que lhes é correlato, porque não há relação de poder sem a constituição reflexa de um campo de saber¹⁶³. Na medida em que o corpo se constitui como objeto do poder de punir, concomitantemente desenvolve-se um saber a respeito do homem e, portanto, surgem disciplinas específicas relacionadas ao controle social de determinadas pessoas, como a psiquiatria, a criminologia, entre outras. A rigor, o que Foucault faz é um entrelaçamento entre corpo-poder-saber, a partir da análise das tecnologias de poder que recaem sobre o corpo do condenado, algo que ele denominou de *genealogia da alma moderna*.

Uma das ideias fundamentais desse trabalho é a de que as modificações históricas das punições não seriam fruto de uma ideologia humanitária que teria servido para amenizar os suplícios e penas cruéis pretéritas, mas sim o resultado de uma necessidade política, o produto

¹⁶⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **Marx com Foucault...** p. 26.

¹⁶¹ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir...** p. 34.

¹⁶² ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos...** p. 646.

¹⁶³ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir...** p. 35-36.

de mudanças nas técnicas de poder. Assim, o abrandamento das penas é compreendido como uma nova técnica que utiliza o *assujeitamento* para a garantia do controle social. Com fulcro em novas necessidades políticas, a pena deixou de ser caracterizada por suplícios e o corpo deixou de ser o palco dos espetáculos mórbidos que eram a execução das penas. Entretanto, o corpo continua como o eixo central das punições a partir da adoção generalizada da pena de prisão. Desde então, passou a servir como cenário de espetáculos lúgubres, porém mais discretos que aqueles outrora executados no cadafalso – pois o aprisionamento não é espetacularizado, mas sim disfarçado, escondido dos olhares curiosos da população.

Nesse processo, a pena passou a ter uma função disciplinar, moldando as subjetividades: a economia da pena produz transformações no comportamento dos condenados¹⁶⁴. O magistrado passa a fazer um julgamento não do crime cometido, como ensinado pela teoria jurídica, mas do próprio réu, enquanto pessoa. Por isso a sentença penal implica também na *normalização* do condenado, ajustando-o a padrões socialmente esperados. Desse modo, os dispositivos e técnicas de poder esclarecem como são construídos os corpos e as relações sociais, e como o modelo de poder vigente reproduz-se e influencia a ordem social¹⁶⁵.

Como visto, essas transformações históricas da punição dão conta de uma substituição de tecnologias de poder que, “explicável pelos processos subjacentes à microfísica do poder, evolui do suplício do corpo, como ritual de poder na sociedade medieval, para o arquipélago carcerário, a rede de controles da economia do poder nas cidades carcerárias do capitalismo moderno”¹⁶⁶. Mas essa passagem de um dispositivo de poder para o seguinte não pode ser compreendida como uma sucessão linear, pois na verdade há uma superposição de tecnologias de poder. A adoção da prisão, por exemplo, não excluiu imediatamente a utilização dos suplícios¹⁶⁷.

Dando sequência ao estudo, Foucault se ocupa da disciplina, entendida como uma política de coerções que produz efeitos sobre os corpos, negando-lhes as vontades e submetendo-os a comportamentos determinados. Uma anatomia política que é uma espécie de máquina do poder, que tem a finalidade de fabricar corpos dóceis¹⁶⁸. Nesse sentido, ocorre

¹⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir...* p. 24-25.

¹⁶⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...* p. 646.

¹⁶⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia radical...* p. 122.

¹⁶⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos...* p. 650.

¹⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir...* p. 162.

uma modelação dos corpos por meio da intervenção dos dispositivos disciplinares¹⁶⁹. Como o exercício do poder implica na construção de um saber, a elaboração de um *diagrama de poder disciplinar* resultou no surgimento de ramos específicos do conhecimento humano ocupados da *construção de verdades* referentes às pessoas submetidas ao disciplinamento, como a criminologia, a psiquiatria, entre outros.

Foucault utiliza-se do modelo panóptico – elaborado originalmente por Jeremy Bentham¹⁷⁰ – como uma espécie de metáfora da estruturação da disciplina na sociedade. A generalização do *panoptismo* consiste em um peculiar aparelhamento da vigilância social, segundo o qual as pessoas sabem que podem estar sendo observadas, mas não sabem quando estão de fato sendo vigiadas. Soma-se ao conhecimento acerca da vigilância potencial a ignorância acerca de quando a observação realmente é efetivada. Isso provoca uma reação psicológica – paranoica – fazendo com que as pessoas ajam sempre como se estivessem, de fato, sob fiscalização. Desse modo, acontece uma *normalização*, pois o comportamento esperado se introjeta na subjetividade das pessoas, que passam assim por um processo de disciplinamento. Esse dispositivo panóptico não seria exclusivamente observado no cárcere, pois teria se espalhado por várias instituições sociais (escolas, fábricas, asilos, prisões etc.), possibilitando uma “ordenação das multiplicidades humanas conforme táticas de poder, com redução da força política (corpos dóceis) e ampliação da força útil (corpos úteis) dos sujeitos submetidos”¹⁷¹.

Por último, a obra cuida da prisão e é nesse ponto que se destaca sua originalidade, para a criminologia crítica. Isso porque Foucault advoga que existiria uma funcionalidade invertida na aplicação da pena de prisão, e por esse motivo não se pode dizer, com vistas às suas funções, que a prisão é um fracasso total, mas sim que ela atinge finalidades outras que não estão explícitas no discurso penal oficial. Ou seja, se por um lado, a prisão não garante a intimidação e prevenção da criminalidade, por outro lado configura-se como tecnologia de poder assegurando o disciplinamento e a produção de corpos dóceis¹⁷². Como afirmou Alessandro Baratta, Foucault defende que o sistema punitivo teria uma função direta e indireta, sendo que esta última é a de “golpear uma ilegalidade visível para encobrir uma

¹⁶⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. Foucault en la facultad de derecho. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos**. Curitiba: Ledze, 2012, p. 105.

¹⁷⁰ BENTHAM, Jeremy. O Panóptico: ou a casa de inspeção. TADEU, Tomaz (org.). **O Panóptico**, 2ªed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

¹⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **30 anos de vigiar e punir...** p. 293.

¹⁷² GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 148.

oculta; a função direta é a de alimentar uma zona de marginalizados criminais, inseridos em um verdadeiro e próprio mecanismo econômico (...) e político”¹⁷³.

Por isso, paradoxalmente, ao analisar os princípios ideológicos que justificariam a imposição de técnicas disciplinares, verificaríamos que a prisão ao contrário do que se alega não diminui a criminalidade; pelo contrário, produz a reincidência e cria novos delinquentes¹⁷⁴. Com essas constatações Foucault provoca um *estranhamento* nas concepções do senso comum, ao pôr em crise a naturalidade da punição¹⁷⁵. Como observa Juarez Cirino dos Santos, o autor francês se aproxima da criminologia crítica ao indicar que existiria uma diferenciação entre os fins declarados (aparentes) e aqueles reais (ocultos), para a aplicação da prisão¹⁷⁶.

Como se vê, *Vigiar e punir* é uma obra de importância inestimável para a criminologia crítica. Ainda que não se concorde com as suas conclusões, não seria possível um estudo sobre o tema das prisões e do sistema punitivo ignorando-se as lições do autor francês. Entretanto, parece que ainda existe uma tradição de interpretações acríticas – ou até mesmo reverenciais – de Foucault e desse texto em especial¹⁷⁷, o que é de todo indesejável. O próprio autor recomendou expressamente a utilização mais livre de suas ideias, apelando para que seus escritos fossem manejados como uma caixa de ferramentas¹⁷⁸ – o que nos faz crer que ele próprio discordaria das leituras opacas e dogmáticas de seus escritos. Como disse Vera Malaguti, os textos sagrados devem ser profanados e isso é uma condição *sine qua non* para a existência do pensamento crítico¹⁷⁹. Sendo assim, pedimos vênica para levantar algumas possíveis inconsistências ou impropriedades na clássica obra.

Com relação ao desenvolvimento da microfísica do poder, Marildo Menegat mencionou que a teorização sobre um mundo distópico – a sociedade disciplinar – deveria servir de instrumento para a elaboração de uma nova estrutura social, por meio de uma perspectiva de emancipação coletiva. Entretanto, ao abstrair o poder com um modelo disperso e desconcentrado, e afirmar uma verdadeira aporia com relação ao conhecimento – que surge sempre como reflexo do poder – Foucault teria inviabilizado uma alternativa para o disciplinamento. Desse modo, sua teoria promoveria uma redução da emancipação do

¹⁷³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal...** p. 190.

¹⁷⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical...** p. 81.

¹⁷⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Foucault en la facultad de derecho...** p. 105.

¹⁷⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical...** p. 81.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Luciano. **Relendo Vigiar e Punir...** p. 311.

¹⁷⁸ ERIBON, Didier. **Michel Foucault**. Paris: Flammarion, 1991, p. X.

indivíduo, pois a dissecação da razão instrumental do panóptico não é capaz de promover um pensamento de superação. Em outras palavras, ele teria perdido a oportunidade de oferecer um programa político que servisse como uma alternativa real para o problema da prisão¹⁸⁰. Essa ponderação vai ao encontro de uma observação crítica mais geral, de que o poder em Foucault é descrito de modo excessivamente abstrato e mesmo despolitizado, como veremos mais à frente. Com opinião semelhante, alguns criminólogos críticos afirmaram que Michel Foucault seria por demais abstrato ao teorizar sobre a disciplina, concebendo o poder como um verdadeiro sujeito da história e, desse modo, deixando de enfatizar as relações de produção na estruturação das técnicas de poder¹⁸¹.

Seria infrutífero descrever com detalhes as várias críticas à *Vigiar e punir*, motivo pelo qual nos concentraremos naquelas mais relacionadas com os aspectos históricos, por terem maior conexão com os objetivos desta tese. Do ponto de vista histórico é possível constatar muitos anacronismos¹⁸², ou ainda uma certa *licença foucaultiana para com a matéria factual*¹⁸³, pois parece que alguns dados históricos teriam sido elencados sem um maior rigor metodológico, tão-somente com a finalidade de justificar as alegações teóricas do autor. Por outro lado, Paul Veyne relativiza um pouco essas críticas dos historiadores, ao alegar que a escola histórica francesa não teria compreendido bem a obra de Michel Foucault. Isso porque no campo da história ainda haveria certo apego a explicações de natureza causalista. No mais, os historiadores tomam a sociedade como um pressuposto para a pesquisa histórica, muito diferentemente da visão de Foucault, que defendia que ela deve ser estudada e problematizada, ou seja, afirmava que a sociedade deve ser explicada, com base nos discursos e dispositivos nela encontrados¹⁸⁴.

Mesmo com essas ponderações, é inegável que existem bem fundamentadas ressalvas no que diz respeito aos dados históricos contidos em *Vigiar e punir*. Pieter Spierenburg diz que há sérios equívocos no estudo de Michel Foucault, apontando como um grave problema a sua insistência na descrição de sucessões de modelos punitivos – a partir da estruturação de uma sociedade disciplinar e o abandono dos suplícios corporais – sem a preocupação de

¹⁷⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Marx com Foucault...** p. 31.

¹⁸⁰ MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas...** p. 107-108.

¹⁸¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal...** p. 192. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical...** p. 85.

¹⁸² MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o niilismo de cátedra**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1985, p. 93.

¹⁸³ OLIVEIRA, Luciano. **Relendo Vigiar e Punir...** p. 316, grifos nossos.

¹⁸⁴ VEYNE, Paul. **Foucault: seu pensamento, sua pessoa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011, p. 43-45.

demonstrar essa transformação por meio de fatos históricos¹⁸⁵. Por isso, existem sérias divergências quanto à alegação de que a tortura teria sido abandonada para dar lugar a outras formas de punição ligadas a estratégias de disciplinamento. Assim, o mesmo autor afirma que o encerramento dos suplícios públicos está ligado a uma diminuição da visibilidade social da dor das punições, não sendo exatamente o resultado de um processo de disciplinamento¹⁸⁶. Também são criticados certos exageros no que diz respeito à ocorrência das práticas de normalização, relacionadas com a estruturação de uma sociedade disciplinar. Segundo José Guilherme Merquior, não se pode comprovar historicamente a generalização da disciplina na educação, medicina ou nas forças militares. Assim, não teria havido uma situação de ordenação – ao menos de modo amplo, como foi descrita na obra – principalmente devido à resistência de velhos costumes e à ineficácia de novas regras de imposição de disciplinas¹⁸⁷. Mesmo com relação à prisão, não há evidências de que essa modalidade de punição tenha sido resultante de um maior controle disciplinar disseminado pela sociedade¹⁸⁸.

O caso da utilização das penas no Brasil é ainda mais ilustrativo dessas ressalvas. Existe uma tradição de estudos que se esforçaram para confirmar as teses de Michel Foucault, aplicando-as à realidade histórica brasileira. Desse modo, tentaram reforçar a alegação de que, também no Brasil, teria ocorrido um processo de *normalização* dos indivíduos, o estabelecimento de uma sociedade disciplinar. Um exemplo marcante dessa linha de estudos é o excelente trabalho de Roberto Machado e outros pesquisadores¹⁸⁹, no qual se verifica uma tentativa clara de adequar os conceitos foucaultianos à história da sociedade brasileira, principalmente no que diz respeito à medicalização das práticas sociais.

Entretanto, conforme aponta Luciano Oliveira, pode-se observar uma tendência de pesquisas históricas que relativizam essa hipótese de que teria havido efetivamente um disciplinamento no sistema punitivo brasileiro¹⁹⁰. Um dos estudos que exemplificam essa corrente, de autoria de Luis Ferla, questiona enfaticamente se seria possível afirmar que a estruturação de uma sociedade disciplinar – nos moldes das lições de Foucault – de fato teria tido êxito no Brasil, ao indagar se o poder-saber teria realmente difundido técnicas de

¹⁸⁵ SPIERENBURG, Pieter. **The Spectacle of suffering**: executions and the evolution of repression. Cambridge: Cambridge University press, 1984, p. viii.

¹⁸⁶ SPIERENBURG, Pieter. **The Spectacle of suffering...**

¹⁸⁷ MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o nihilismo de cátedra...** p. 156-157.

¹⁸⁸ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 160.

¹⁸⁹ MACHADO, Roberto *et alii*. **Danação da norma**: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Luciano. **Relendo Vigiar e Punir...** p. 322.

normalização ao invés da *repressão violenta direta, pura e simples*¹⁹¹. Ao analisar a hipótese de medicalização da sociedade brasileira – interessado em constatar a adesão das práticas de controle social ao positivismo criminológico, particularmente no período compreendido entre 1920 e 1945 – chega à conclusão que não se pode generalizar o modelo disciplinar proposto por Michel Foucault, pois no Brasil as técnicas de disciplinamento não chegaram a constituir mudanças sociais efetivas. A ordem social continuou reproduzindo as mesmas relações de poder de outrora. Também preocupado com o tópico da medicalização da sociedade brasileira, José Leopoldo Antunes tem a opinião de que o tema deveria ser rediscutido, porque, mais que a modificação de práticas sociais, o que houve de fato no Brasil foi tão-somente uma *nova atitude do médico* perante seu objeto de estudo¹⁹². No mesmo sentido, Mariza Corrêa observa com propriedade que não se utilizaram técnicas de poder sofisticadas ou mesmo aparelhos de *correção branda*, tais como descritos no livro de Michel Foucault. Na verdade, “aqui se instalou vencedora a prática menos sutil da repressão simples, desde a prisão até o hospício”¹⁹³.

Interessante também o estudo de Andrei Koerner sobre a Casa de Correção do Rio de Janeiro, presídio idealizado como modelo para o Brasil imperial e que deveria seguir o desenho panóptico benthamiano – símbolo do disciplinamento do preso, conforme Michel Foucault. Não obstante, a construção da unidade prisional se distanciou enormemente do que fora planejado, tendo sido constituída de modo desorganizado, por meio de improvisos. Assim, a vigilância total característica do modelo panóptico não foi efetivada. No mais, o regime disciplinar de silenciamento dos presos (sistema de *Auburn*) não era fiscalizado e as condições de higiene e salubridade eram bastante diferentes dos planos iniciais. Conforme o texto, a disciplina da prisão era perturbada pelas práticas punitivas estatais e a estrutura política da sociedade escravista. Os presos não eram diferenciados pela natureza das suas condenações, mas sim por suas diferenças sociais – os escravos suportando as piores privações prisionais. Em resumo, nessas condições “os efeitos que seriam provocados pela

¹⁹¹ FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida**: a utopia médica do biodeterminismo. São Paulo: Alameda, 2009, p. 38.

¹⁹² ANTUNES, José Leopoldo Ferreira. **Medicina, leis e moral**: pensamento médico e comportamento no Brasil (1870-1930). São Paulo: UNESP, 1999, p. 71-72.

¹⁹³ CORRÊA, Mariza. **As Ilusões da liberdade**: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. Bragança Paulista: Edusf, 1998, p. 355.

máquina panóptica estão neutralizados, ou pelo menos transformados, neste (impossível) *panóptico tropical-escravista*”¹⁹⁴.

Contudo, Luis Ferla destaca que as ressalvas à ideia de que teria havido um disciplinamento social não retiram a importância da obra de Michel Foucault, considerando que, se por um lado, pelo fato de não se aplicar o modelo de sociedade disciplinar à nossa realidade, seria possível chegar à conclusão de que as pesquisas do pensador francês não são essenciais para a compreensão do contexto social brasileiro, de outro lado não se pode ignorar que suas lições ainda são bastante úteis para a explicação do *discurso* do período, particularmente o dos médicos da escola positiva¹⁹⁵. Concordamos com essa posição, pois acreditamos que é inegável a utilidade da teoria de Michel Foucault para o desvelamento do discurso penal, mesmo que algumas de suas afirmações históricas sobre a sociedade disciplinar possam ser questionadas quando confrontadas com o passado brasileiro. Isso porque o disciplinamento da nossa sociedade, a partir do gerenciamento da população e do biopoder¹⁹⁶, foi realizado por meio da construção de um saber criminal específico que serviu para justificar as medidas de segregação e higienização de caráter punitivo. Sobre o tema, Manuela Abath Valença afirmou que “se a prática das instituições não se assemelha ao panoptismo, os saberes o farão. A criminologia tradicional – construída, sobretudo, a partir do saber médico – conformará os tipos sociais perigosos, esclarecendo quem são eles”¹⁹⁷. Assim, parece-nos ser importante a obra de Michel Foucault para a compreensão do papel dos saberes criminais para o exercício das práticas punitivas no passado brasileiro.

Continuando com as ponderações de ordem histórica, a pesquisadora Michelle Perrot afirmou que as descrições do funcionamento das prisões francesas no século XIX não correspondem àquilo que de fato ocorria nos cárceres franceses e essa disparidade talvez se explique pelo fato de Foucault ter se utilizado preferencialmente de fontes prescritivas (textos jurídicos e regulamentos), ao invés de fontes históricas mais seguras. Longe de refletir a estruturação de uma prisão disciplinadora e higienizada, o que se via nas instituições era *um sinistro espetáculo*, com as mesmas mazelas que eram bastante comuns às masmorras

¹⁹⁴ KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. **Lua nova**, n. 68. São Paulo: CEDEC, 2006, p. 219, grifos no original.

¹⁹⁵ FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida...** p. 40, grifos no original.

¹⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**, v. 1: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2014, p. 145-157.

¹⁹⁷ VALENÇA, Manuela Abath. A Construção social da vadiagem nos discursos jurídicos do início da era republicana. **Revista brasileira de sociologia do direito**, v. 1, n. 2. Porto Alegre: ABRASD, 2014, p. 99-100.

medievais¹⁹⁸. Foucault não comprova a alegação de que teriam ocorrido certas estratégias políticas utilizadas para fomentar a criminalização de certos grupos sociais¹⁹⁹. Também não explica porque mesmo após os pensadores iluministas terem difundido suas ideias reformistas aconteceram retrocessos legislativos, com o recrudescimento das punições – como ocorreu com a edição do código penal francês de 1810, que restabeleceu suplícios públicos, a amputação do punho, entre outras penas cruéis – o que restou sem explicação suficiente em *Vigiar e punir*²⁰⁰.

Outra crítica diz respeito à alegada funcionalidade invertida da prisão – a qual se constitui como uma das premissas da criminologia crítica. Parece que somente se pode concordar com esse argumento se for aceita a presunção de que a punição é uma tática política – o que, em algumas passagens de *Vigiar e punir*, não ficou muito claro. Alega-se ainda que o autor teria incorrido em um erro metodológico, ao *explicar as causas por seus efeitos indesejados*²⁰¹: ao constatar que a prisão não consegue prevenir a criminalidade, simplesmente afirmou que essa não seria a sua finalidade real, como se essa fosse uma constatação óbvia. Nesse ponto, cumpre lembrar a crítica de Merquior ao lembrar que “a questão é que explicações teleológicas desse tipo não representam, naturalmente, uma legítima análise causal; elas tão-somente supõem causas sem demonstrarem qualquer mecanismo causal; daí a circularidade e a petição de princípio”²⁰². Além disso, Foucault teria ignorado outras finalidades da pena, como a mera inocuização ou exclusão social, sendo que é sabido que essas funções conseguem atingir algum sucesso na implementação das punições. No fim das contas, parece que a prisão é mantida por várias razões, algumas das quais seriam eminentemente culturais, não tendo relação direta com o *controle* ou o *poder*²⁰³.

O mais grave, parece-nos, é que toda a sua genealogia da prisão parte de uma visão excessivamente abstrata do poder. Como se todas as determinantes do poder punitivo estivessem enraizadas na dimensão política, não importando para a análise histórica os fatores sociais e jurídicos. No mais, o aspecto político é *estranhamente despolitizado* – apresentando uma estrutura *oca* – porque baseada em seres humanos *reificados*. Uma análise realista do poder não pode isolar os fatores políticos dos sociais, nem tampouco descuidar da

¹⁹⁸ PERROT, Michelle. L’Impossible prison. PERROT, Michelle (org). **L’Impossible prison: recherches sur le système pénitentiaire au XIXe. Siècle**. Paris: Éditions du Seuil, 1980, p. 59.

¹⁹⁹ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 160.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Luciano. **Relendo Vigiar e Punir...** p. 316.

²⁰¹ OLIVEIRA, Luciano. **Relendo Vigiar e Punir...** p. 317-318.

²⁰² MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o niilismo de cátedra...** p. 163.

²⁰³ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 166.

compreensão do papel dos agentes do poder punitivo²⁰⁴. Nesse sentido, suas observações sobre as tecnologias de poder funcionam bem melhor como uma hipótese que como uma teoria geral²⁰⁵.

De todo modo, apesar de essas críticas serem importantes, deve-se lembrar que *Vigiar e punir* não é, de fato, uma pesquisa histórica tradicional, mas sim uma obra de teoria social que se utiliza da história para a construção de suas hipóteses. Assim, muito embora várias ressalvas possam ser apontadas à obra, principalmente no que diz respeito aos fatos históricos alegados no texto, as hipóteses centrais – microfísica do poder, disciplinamento, produção de corpos docilizados etc. – continuam sendo instrumentos fundamentais para o entendimento criminológico do sistema punitivo. E isso não significa que esses conceitos possam ser utilizados como verdades científicas absolutas, mas sim que devem ser encarados como hipóteses – a serem validadas a partir de sua eventual comprovação empírica – para as pesquisas criminológicas, inclusive aquelas de natureza histórica.

Rebatendo essas críticas, Michel Foucault lembrou que muitos historiadores não teriam compreendido bem *Vigiar e punir*. Na verdade, essa obra não seria um estudo histórico sobre a prisão, mas sim uma reflexão filosófica sobre as técnicas de disciplinamento. Por isso, não seria uma pesquisa histórica acerca um período específico – nos moldes de uma historiografia tradicional – longe disso, tratar-se-ia de uma análise de um problema específico²⁰⁶. Ainda segundo o autor, mais útil que a discussão estéril sobre se seria ou não o texto um exemplar autêntico de estudo histórico é o questionamento sobre a modalidade de pesquisa que foi empreendida. Com esse argumento, defende que não se poderia esperar que o texto trouxesse respostas para inquietações que não se encontram no seu campo de análise²⁰⁷. Vale registrar que assumimos nesta tese a premissa de que *Vigiar e punir* também pode ser considerada uma pesquisa histórica, ainda que repleta de peculiaridades, dentre as quais assumir um modelo conceitualizante bem próximo do que se conhece como *sociologia histórica*²⁰⁸.

Ao fim, fica claro que ambos os estudos, *Punição e estrutura social* e *Vigiar e punir* são exemplos notórios de como a história do direito penal pode ser útil à criminologia crítica.

²⁰⁴ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 168-171.

²⁰⁵ GARLAND, David. **Punishment and modern society...** p. 163.

²⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **La Poussière et la nuage**. PERROT, Michelle (org.). *L'Impossible prison: recherches sur le système pénitenciaire au XIXe. Siècle*. Paris: Éditions du Seuil, 1980, p. 32.

²⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **La Poussière et la nuage...** p. 32 e 38.

²⁰⁸ Com relação à polêmica sobre a natureza historiográfica da obra de Michel Foucault, vide .1.

Contudo, os dois trabalhos pecam ao incorrerem em certos equívocos históricos, alguns dos quais já indicados acima. Nesse sentido, afastam-se de uma pesquisa propriamente histórica – com base empírica verificável – optando por priorizar a elaboração de hipóteses teóricas, de forma ensaística, sem uma preocupação suficiente com a constatação dessas categorias nas fontes históricas. No mais, esses estudos foram elaborados para a compreensão da racionalidade penal da modernidade, e por isso são limitados, caso se deseje uma análise mais acurada das práticas punitivas do sistema punitivo atual²⁰⁹. Hoje, não existe mais a ambição estrutural de cumprir com a superada função mítica de ressocialização, sendo certo que a prisão nem mesmo possui funções declaradas, servindo tão-somente como uma técnica de poder para a exclusão e marginalização do condenado.

Ainda mais grave, não obstante toda a sua importância, os dois estudos fundamentam-se em visões parciais do sistema punitivo. O primeiro trabalho, preocupou-se demasiadamente com os aspectos econômicos, e o segundo, com os políticos, sendo que ambos acabaram negligenciando os demais fatores, os quais também são determinantes na questão punitiva – sobretudo os aspectos culturais, e inclusive aqueles correspondentes ao discurso do direito criminal. Sabe-se que os fenômenos sociais são complexos, motivo pelo qual constitui-se como um *trabalho de Sísifo* tentar separar o âmbito social do político, ou do econômico; parece-nos que todos esses aspectos estão intrinsecamente relacionados, e essa é uma premissa que a pesquisa histórica deve assumir, se não quiser formular conclusões afastadas da realidade.

O que nos faz sentir a necessidade de esboçar um modelo de pesquisa de história do direito penal ainda mais vinculado à epistemologia histórica, aos métodos próprios de análise histórica. Mas ao mesmo tempo que se preocupe com o empírico sem se descuidar dos fatores culturais próprios do campo jurídico. Justamente por essa razão entendemos que o estudo da história do direito penal não pode ignorar dados mais propriamente jurídicos, devendo empreender esforços para desvelar os significados próprios do discurso jurídico-penal ou dos conceitos da doutrina criminal. Mesmo sabendo que a política e a economia também são fatores determinantes no direito, recomenda-se respeitar as idiosincrasias do campo jurídico, não o entendendo como sendo apenas um reflexo dos demais fenômenos sociais, mas sim como o resultado de uma construção complexa, com peculiaridades que lhes são próprias. Por isso, deve-se também dar atenção às ideologias, práticas punitivas, às teorias elaboradas no campo específico do direito penal, caso se queira compreender o funcionamento do sistema

²⁰⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de segurança jurídica...** p. 197.

criminal. Camila Cardoso de Mello Prando parece ter tido a mesma preocupação, quando afirmou que o campo penal e, particularmente, a história da criminologia, “ressente-se ainda da forte influência althusseriana, que acentua a história social e econômica dos pensamentos e práticas criminológicas, e dilui a dimensão cultural em sobredeterminações e engrenagens mecanicistas, ignorando a complexidade e a homologia de tais dimensões”²¹⁰.

Esta tese, portanto, assume a definitiva importância da história do direito penal no campo da criminologia crítica, mas ao mesmo tempo parte de uma análise da linguagem própria do campo jurídico, estudando a formação de seus conceitos fundamentais sem descuidar da observação da repercussão de questões político-econômicas no campo criminal. Também não admite o afastamento absoluto da análise empírica, com o fulcro de sustentar hipóteses teóricas. Por isso, o pensamento jurídico-penal – realidade cultural, com vínculos sociais profundos – deve ser estudado historicamente sem que seja isolado de outros aspectos que lhe dizem respeito, mas de forma aberta e problematizante, por meio de uma interconexão dos fenômenos políticos e econômicos com os conceitos e ideologias próprios do discurso criminal.

Para tanto, entendemos que é necessária a utilização combinada de dois modelos de história. Primeiramente, no que diz respeito ao método histórico utilizado por Michel Foucault, pode-se dizer que tal proposta equivaleria a uma tentativa de utilizar a genealogia – com os estudos das estratégias de poder – sem prescindir de uma arqueologia do saber penal, a partir da observação das regras de formação do discurso criminal. Por outro lado, esse direcionamento também implica em uma aproximação da pesquisa histórica com a fórmula teórica denominada de *História dos conceitos* – especialmente a propugnada por Reinhart Koselleck – considerando que a criação dos conceitos penais não deixa de ser uma importante estratégia política para a consolidação de práticas punitivas. Entretanto, antes de detalharmos de que modo podem ser utilizados esses modelos de pesquisa histórica, faz-se necessária uma explicação acerca da própria ciência histórica e de como os avanços em sua metodologia – trazidos pela historiografia francesa – devem ser incorporados à história do direito penal, o que será desenvolvido no terceiro capítulo desta tese.

Antes disso, retomando rapidamente o que foi discutido neste capítulo, afirmamos que a história do direito é um ramo do conhecimento com status epistemológico próprio,

²¹⁰ PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O Saber dos juristas e o controle penal:** o debate doutrinário na Revista de direito penal (1930-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 54.

decorrente tanto das peculiaridades de seus objetos de análise como também de suas finalidades. Trata-se de um campo de estudos que decorre da premissa de que o fenômeno jurídico também tem historicidade; não é imutável, mas sim dotado de temporalidade. Com metodologia própria da história, tem por objetivo desvendar o pensamento jurídico pretérito, para melhor compreender o direito de hoje. Nesse sentido, mais importante que se tentar definir a natureza jurídica da história do direito – se seria um ramo do direito ou da história geral – é afirmar a sua utilidade, bem como a necessidade de um verdadeiro enredamento dos saberes histórico e jurídico – a partir da adoção de um método histórico específico, aplicado ao conhecimento propriamente jurídico.

De onde se reconhece a autonomia desse saber, em razão de suas idiossincrasias e especialização. Trata-se de um conhecimento essencialmente interdisciplinar. O objeto de tal saber não se resume às legislações pretéritas e à produção da doutrina jurídica passada, mas também ao pensamento jurídico – ou cultura jurídica – relacionada às práticas sociais do direito e ao modo como a sociedade pensa e constitui o fenômeno jurídico, à forma como ele é percebido. No mais, não se pode admitir a existência de uma história do direito apologética, com função meramente legitimadora da ordem jurídica vigente. Com efeito, é necessária uma visão histórica crítica, para além de uma história do direito meramente interna – tomando por base apenas o conteúdo normativo próprio do sistema jurídico. Toma-se por base, portanto, uma postura externa, na qual a história do direito é vista como disciplina problematizante, preocupando-se com os aspectos internos do direito, mas também com os dados políticos e econômicos que lhes são relacionados.

Por muito tempo os estudos históricos no campo criminal foram desprezados, dando-se maior importância à história do direito privado. Muito disso se deve ao forte caráter de legalidade do direito penal que, ao negar a criação de regras criminais costumeiras, poderia fazer um incauto acreditar na desnecessidade da observação das práticas punitivas das sociedades pretéritas. Entretanto, com a renovação metodológica no campo da história – promovido pela Escola dos Annales e aperfeiçoado pela chamada Nova história – surgiu um interesse renovado por aspectos específicos das sociedades pretéritas, dentre os quais destacamos o direito penal. Nesse movimento, o direito penal foi incorporado pela história passando a fazer parte de suas preocupações científicas.

É necessário que se amplifique o significado do termo *direito penal*, visto que a história do direito penal não se olvida do estudo de aspectos não normativos ligados ao crime.

Isso porque se utiliza de um modelo integrado de ciências criminais, no qual a dogmática penal (ciência penal) não eclipsa os demais saberes (criminológico e político-criminal). Não se pode empreender um estudo histórico sem as preocupações com os aspectos políticos, culturais e econômicos da sociedade, considerando que esses também influenciam a questão criminal. Assim, a história do direito penal não se limita tão-somente ao estudo das leis criminais passadas, sendo também representada pela análise das práticas penais, do discurso criminal, do funcionamento do direito penal oficial e subterrâneo.

De onde se constata a extrema utilidade da história do direito penal para os estudos criminológicos críticos, sendo mesmo difícil distinguir a linha que separa uma disciplina da outra. A história serve como um importante instrumento para desnaturalizar o crime, demonstrando o vínculo de circunstâncias políticas, culturais e econômicas com o funcionamento real do sistema punitivo. Tanto é assim, que duas das mais importantes obras da criminologia crítica são estudos históricos – ou pelo menos se utilizam da história penal para fundamentar suas teses. *Vigiar e punir* e *Punição e estrutura social* são exemplos inegáveis da destacada importância da história criminal no campo criminológico.

Não obstante, ambos os trabalhos contêm alguns problemas, já que, de certo modo, distanciam-se do rigor metodológico da história, tanto que várias afirmações neles contidas são contestadas, quanto contrastadas com as fontes históricas dos períodos analisados. Nesse sentido, as hipóteses teóricas levantadas pelos autores continuam sendo úteis – e constituem-se como um capítulo fundamental da criminologia crítica –, mas devem ser ponderadas por meio da sua investigação histórica. Em resumo: devem ser tidas como suposições, e não como verdades.

No mais, as análises citadas se focaram em aspectos especializados do fenômeno punitivo – econômico e político – e por isso terminaram por não dar a devida importância aos fatores culturais na composição da realidade criminal. No que diz respeito ao direito penal, é preciso entender que os conceitos e fundamentos próprios da doutrina jurídica – componentes do discurso penal – não são meramente reflexos de outros interesses sociais. Por essa razão, torna-se impossível separar de forma estanque todos esses dados da sociedade, optando-se por dar maior destaque a apenas um deles em detrimento dos demais. Pelo contrário, o pensamento jurídico-penal deve ser visto como um fenômeno complexo determinado por todos os elementos fundamentais da sociedade, incluindo – além da economia e política – os conceitos, práticas e ideologias pertinentes ao discurso próprio do direito penal. Por isso,

defendemos a proposta de um método de história crítica do direito penal que considere a efetiva comunicação dos fatores sociais com o discurso propriamente jurídico. Tanto o âmbito jurídico é determinado pela ordem social como também lhe determina.

Para cumprir com esse objetivo, faz-se necessário observar a evolução epistemológica da história, atentando para os avanços metodológicos resultantes das ideias da escola dos Annales e da Nova História. Também é necessário relacionar essas novidades com os modelos arqueogenealógico de análise de discurso criminal, de Michel Foucault, e de história dos conceitos, de Reinhart Koselleck, tendo como finalidade um caminho de investigação histórica aberto à complexidade do direito penal. É o que se fará adiante.

3 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL E A NOVA HISTÓRIA: FORMATAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DA ANÁLISE HISTÓRICA DO DISCURSO PENAL

Depressa, pois, ao trabalho, historiadores. Basta de discussões. O tempo passa, o tempo aperta. Quereriam talvez que vos deixassem respirar? O tempo de cada um varrer diante de sua porta? É isso. O mundo empurra-vos, o mundo sopra-vos na cara o seu hálito de febre²¹¹.

Tudo isto se reflecte, evidentemente na historiografia ocidental, de resto já de longe preparada para a mudança pela atividade crítica da escola francesa dos *Annales*²¹².

3.1 A REVOLUÇÃO FRANCESA NA CIÊNCIA HISTÓRICA: ESCOLA DOS ANNALES E SUA INFLUÊNCIA NA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

A Escola de *Annales* tem muito a dialogar com o historiador do direito (e a recíproca também é verdadeira), na busca e construção de novos domínios de investigação, novos instrumentos de pesquisa e na detecção de novos problemas²¹³.

A correta visualização de um modelo de historiografia criminal pressupõe a compreensão das variadas inovações que transformaram a ciência histórica nas últimas décadas. O desenvolvimento de pressupostos de pesquisa histórica e de metodologias adaptados aos novos problemas, que se colocam como preocupações do saber histórico-criminal, é um requisito para a obtenção de resultados satisfatórios nesse campo de conhecimentos. Utilizando-se de uma metáfora já referida, o historiador do direito penal precisa conhecer bem o seu território, necessita saber se orientar nos caminhos tortuosos desse terreno.

Para o cumprimento desse intento, os dados exclusivamente jurídicos são absolutamente insuficientes. Uma história do direito penal crítica, nos moldes propostos, pressupõe uma investigação criteriosa sobre o saber criminal e suas práticas punitivas, com o uso adequado das técnicas oriundas da ciência histórica. O historiador criminal, por essa

²¹¹ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história**, 2ª. ed. Lisboa: Presença, 1985, p. 47.

²¹² HESPANHA, Antônio Manuel. **A História do direito na história social**. Lisboa: Livros horizonte, 1978, p. 15.

²¹³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

razão, além de dominar o seu campo específico de conhecimentos – o que pressupõe, por óbvio, conhecimentos jurídicos e criminológicos – também deve saber manejar essas técnicas da historiografia.

A contribuição da *Escola dos Annales* e de seus desdobramentos tardios, que ficaram conhecidos como *Nova História*, são inestimáveis para a ciência histórica atual. Por isso entendemos ser necessária uma explicação minuciosa sobre essas correntes do pensamento histórico francês, o que seria um requisito essencial para a consecução dos fins propostos por esta tese de doutoramento. Nesse sentido, nossa preocupação não é esmiuçar todas as características dessas linhas da historiografia, o que por certo poderia nos desviar de nossos objetivos principais ligados à estruturação de uma história crítica dos conceitos criminais. O que se pretende, neste capítulo, é apontar para os vínculos intrínsecos entre as propostas da *Escola dos Annales* e *Nova História* e o desenvolvimento de uma história do direito crítica, com uma especial atenção para a história do direito penal.

Dando continuidade à tentativa de elaboração dos fundamentos teóricos e metodológicos para uma historiografia dos conceitos jurídico-penais, faz-se necessário aprofundar o estudo das renovações ocorridas no método da ciência histórica, as quais determinaram o modo como as pesquisas de história do direito penal são desenvolvidas. Poderíamos afirmar que essas inovações foram uma condição essencial para a estruturação e especialização de um saber histórico-jurídico crítico, preocupado com um recorte importante da realidade social relacionada à violência e criminalidade. Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer afirmou que o paradigma crítico da história do direito se valeu dos ensinamentos da *Escola dos Annales*, tida como “referencial a considerar como contribuição à renovação da historiografia ocidental”²¹⁴. Com esse objetivo, iremos traçar uma explicação sobre como a *Escola dos Annales* francesa foi decisiva para a ciência histórica e de que maneira seus preceitos resultaram no modelo que se denominou de *Nova História* – com algumas características bastante inovadoras com relação às primeiras gerações da *Escola dos Annales*. Contudo, não temos a intenção de esgotar o tema, que já foi tratado exhaustivamente em inúmeras obras²¹⁵. Nosso objetivo é apenas demonstrar porque a história do direito penal é

²¹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**, 6ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 38.

²¹⁵ Recomendamos, para uma análise mais detalhada, os seguintes trabalhos: BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989): a revolução francesa da historiografia**, 2ª. ed. São Paulo: UNESP, 2010. BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les Écoles historiques**. Paris: Éditions du Seuil, 1983. DOSSE, François. **A História em migalhas: dos Annales à nova história**. Bauru: EDUSC, 2003. REIS, José Carlos. **Escola dos Annales: a inovação em história**, 2ª.ed. São Paulo: Paz e terra, 2000. BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história**, vol.

devedora de muitas das propostas dessa historiografia renovada, sendo que por isso a compreensão das premissas desse movimento científico é bastante útil para o saber criminal.

Primeiramente, cumpre esclarecer o que se entende por *Escola dos Annales*. Trata-se de um movimento científico francês que elaborou um programa bem definido de modificações na epistemologia histórica, o qual incluía novos métodos, princípios e fundamentos teóricos para esse saber. A ciência histórica, dessa maneira, assumiu a ousada missão de servir como uma espécie de saber-matriz para as pesquisas sociais. Com essa finalidade, reuniram-se diversos pesquisadores – um conjunto formado de uma maioria de historiadores, mas também de alguns geógrafos, sociólogos, entre outros cientistas sociais – em torno da criação de uma revista intitulada *Annales d'histoire économique et sociale*, no ano de 1929.

Naquele momento, os saberes sociais eram recentes – sendo originários de meados do século XIX – sendo por isso carecedores de um maior aprimoramento científico. Por essa razão, seria necessário um embate com as *velhas formas* de fazer história e com o pensamento então arraigado de que a história não seria uma ciência, mas tão-somente um método. Em síntese, seria preciso resgatar a história de todo o desdém e preconceito que vinha sofrendo²¹⁶. Tratava-se verdadeiramente de um conflito no âmbito acadêmico e isso ficou muito evidente nos textos dos criadores da Escola, Marc Bloch e Lucien Febvre. Ambos foram os primeiros responsáveis pela *revolução da historiografia francesa*²¹⁷, tendo se utilizado de uma linguagem bélica, um ataque contra a historiografia passadista que não seguia os novos cânones dos *Annales*. Lucien Febvre reuniu alguns de seus textos metodológicos e programáticos, além de críticas a trabalhos históricos, em um livro que condensou a pauta do movimento, o qual foi significativamente intitulado de *Combates pela história*²¹⁸. Desse modo, a seleção do *outro* estilo historiográfico, elencado como adversário científico – um inimigo a ser combatido – foi importante para a depuração das características da *Escola dos Annales*, sendo essencial para a formação de sua identidade²¹⁹.

À época da construção do programa da Escola, três paradigmas científicos predominavam no cenário acadêmico: o *positivismo*, o *materialismo histórico* e o

V: a escola dos Annales e a nova história. Petrópolis: Vozes, 2012. E, relacionando as escolas com a história do direito: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito...**

²¹⁶ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...** p. 243-244.

²¹⁷ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 17.

²¹⁸ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...**

²¹⁹ BARROS, José D'Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 31.

*historicismo*²²⁰. Com relação ao primeiro deles, era muito forte a influência positivista na França, principalmente, em razão do legado da sociologia de Auguste Comte e Émile Durkheim. Tal ideário era tão importante à época, que a discussão desse modelo científico no âmbito da ciência histórica motivou um profundo diálogo entre sociólogos e historiadores²²¹. Um agravante para o acaloramento do debate foi o fato de que a sociologia, apesar de todo o seu instrumental positivista, acabou não obtendo tanto sucesso nas instituições acadêmicas francesas. Com intenções bastante ousadas, a sociologia almejava unificar as demais ciências sociais em torno de si, sendo que Émile Durkheim chegara a expressar claramente o desejo de colonizar esses outros saberes com seu modelo científico – o que evidentemente gerou uma tensão com os interesses dos historiadores. Ocorre que a história, já bastante popular entre os franceses, *não se deixava marginalizar facilmente* e resistia à subordinação. Para acirrar ainda mais a disputa, os sociólogos e historiadores acabariam disputando o mesmo campo científico²²².

Um texto importantíssimo que pode ser considerado como sintetizador das críticas sociológicas à ciência histórica foi lançado por François Simiand na *Revue de synthèse historique*, em 1903, intitulado *Método histórico e ciências sociais*²²³. Trata-se de uma crítica positivista à história tradicional – chamada pejorativamente por ele e pelos autores da *Escola dos Annales* de *história historizante* – na qual o autor desenhou um projeto de história enquanto ciência social²²⁴. Tal crítica foi dirigida expressamente aos historiadores Pierre Lacombe e Charles Seignobos, que haviam escrito livros de metodologia histórica bastante conhecidos à época²²⁵ e que foram apontados como exemplos notórios da historiografia ultrapassada, que deveria ser superada. François Simiand iniciou seu estudo afirmando que os fatos sociais também teriam natureza psicológica, mas que isso não significava que eles são subjetivos, pois são passíveis de constatação empírica. Com essa visão nitidamente positivista, Simiand defendeu que a cientificidade da história – enquanto ciência social – dependeria de uma postura que se afastasse do subjetivismo²²⁶.

De maneira geral, a proposta do estudo pode ser resumida na defesa de que seria necessária, para o aprimoramento da história, a quebra de *três ídolos da historiografia*

²²⁰ BARROS, José D'Assunção. **Teoria da história**, vol. V... p. 61.

²²¹ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 52. Sobre o diálogo entre a sociologia e a história do direito penal, ver 3.1.

²²² DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 43-46.

²²³ SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social**. Bauru: EDUSC, 2003.

²²⁴ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 53.

²²⁵ SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social...** p. 30.

tradicional: o primeiro deles, o *ídolo político*, representava a exagerada preocupação em se estudar historicamente os fatos políticos, as guerras etc., com a consequente negligência quanto à investigação de outros aspectos humanos igualmente importantes, como os sociais e econômicos – e, cumpre acrescentar para os nossos propósitos específicos, os fatos jurídicos. A história tradicional priorizava o estudo do campo político a ponto de eleger esses dados como seu único objeto científico. Nesse sentido, quebrar o ídolo político não equivaleria somente a sonegar a importância da história política; longe disso, significaria a contextualização da ciência histórica, com relação a um conjunto mais amplo de preocupações – as quais também incluíam os fenômenos políticos, mas sem nenhuma exclusividade desses. Conforme ensinou Simiand, “os fatos políticos não devem ser ignorados, mas é fundamental que percam o lugar eminente, injustificado que conservam, até mesmo, nos outros ramos da história”²²⁷.

De outro lado, temos o *ídolo individual* que diz respeito ao *habitus* de se construir a análise histórica com base no estudo dos indivíduos e não dos fatos sociais. Ora, se realmente se objetivasse o fortalecimento epistemológico da história enquanto ciência social, é preciso compreender que os fatos históricos são também decorrentes de fatos sociais. Nesse sentido, o sociólogo defendeu a derrocada da historiografia tradicional, preocupada com os *vultos históricos*; esse modelo superado de história constituía-se em um rol infindável de biografias, uma procissão de sobrenomes famosos, o que invariavelmente resultava em um estudo superficial e anticientífico. Em seu lugar, propôs uma história que se organizasse em torno de “uma instituição, de um fenômeno social, de uma relação a ser estabelecida”²²⁸.

O terceiro e último dos ídolos a ser destruído seria o *ídolo cronológico*. Tratava-se da obsessão pelo estudo das origens dos fenômenos, que fazia com que os historiadores retrocedessem *ad infinitum* na tentativa vã de compreender determinado tema. Ao fazê-lo, frequentemente incorriam em anacronismos – que consistem no grave erro metodológico de se tentar entender o passado a partir das premissas do presente, sem a devida contextualização do tempo pretérito. Defendia-se que o historiador deveria evitar tais anacronismos, tomando o devido cuidado de pesquisar o passado a partir de um entendimento aprofundado e contextualizado de como a sociedade se desenvolvia à época. Conforme sintetizou Lucien

²²⁶ SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social...** p. 31-38.

²²⁷ SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social...** p. 112.

²²⁸ SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social...** p. 112.

Febvre, “o problema é de estabelecer com exatidão a série de prescrições a observar para evitar o pecado dos pecados – o pecado entre todos imperdoável: o anacronismo”²²⁹.

Mas isso não significava que os dados atuais – oriundos da observação do tempo presente – não seriam importantes para a história, muito pelo contrário. Por esse motivo, para superar essa característica da historiografia tradicional, François Simiand propôs que a escolha dos temas pretéritos a serem investigados se desse a partir de preocupações atuais, de problemas contemporâneos. É esse o sentido da afirmação de Marc Bloch, ensinando que acreditar que a história seja uma *ciência do passado* consiste em um grande equívoco²³⁰ pois na verdade olhamos para trás para encontrar soluções para os problemas com os quais nos deparamos hoje. Desse modo, François Simiand acabou antecipando uma das mais importantes características da *Escola dos Annales* que é o modelo de história-problema, ou problematizante²³¹: o historiador busca a compreensão do passado com o intuito de resolver problemas atuais. Desse modo, a pesquisa histórica não pode significar um retroceder cronológico mecânico, pois o recorte temporal deve ser relacionado com os objetivos propostos pelo historiador, os problemas que ele se propôs investigar²³².

O segundo paradigma científico predominante quando do surgimento desse novo movimento historiográfico foi o *materialismo histórico*. Quanto a esse tópico, não temos nenhuma intenção de indicar em minúcias até que ponto se deu o relacionamento entre o marxismo e a *Escola dos Annales*, considerando que o tema é objeto de inúmeras controvérsias e foge aos objetivos deste trabalho. Não obstante, é preciso reconhecer a influência do método marxista sobre os criadores do movimento – especialmente Marc Bloch – bem como a constante interação entre os trabalhos históricos integrantes da escola e as ideias marxistas em voga naquele momento. Nas palavras de Le Roy Ladurie, “a influência marxista foi capital e ao mesmo tempo oculta. Simplesmente porque, há cinquenta anos, ser marxista na universidade francesa não era bem-visto, sobretudo se houvesse preocupação em fazer carreira”²³³. Por isso, a dívida com o marxismo foi reconhecida por alguns de seus autores mais importantes, como Fernand Braudel, “segundo o qual o autor de *O Capital* foi o primeiro a forjar os *verdadeiros modelos de sociedade* operacionais na longa duração, e por

²²⁹ FEBVRE, Lucien. **O Problema da incredulidade no século XVI**: a religião de Rabelais. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 33.

²³⁰ BLOCH, Marc. **Apologia da história**: ou o ofício do historiador. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 52.

²³¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito...** p. 75.

²³² SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social...** p. 114-115.

Jacques Le Goff, segundo o qual Marx é o precursor das periodizações longas e das análises estruturais da sociedade”²³⁴. Por isso alguns autores chegaram a afirmar que existiria na *Escola dos Annales* uma orientação marxista²³⁵. Entretanto, essa opinião parece-nos precipitada. De todo modo, acreditamos que seria exagerado concluir, a partir dessa relativa aproximação com o materialismo histórico, que a *Escola dos Annales* seria uma extensão do programa marxista. Para reforçar essa nossa posição mais cautelosa, bastaria lembrar que os historiadores do *Annales* tinham uma verdadeira ojeriza a uma ideia progressista da história, muito cara ao historicismo marxista – vinculada a uma certa vertente filosófica que entendia o devir histórico como vinculado a uma ideia de fim, por meio de uma teleologia abstrata. Nesse sentido, segundo Guy Bourdieu e Hervé Martin, os *Annales* recusaram os aspectos filosóficos do marxismo – aliás, recusaram qualquer espécie de filosofia da história – mas souberam aproveitar certos aportes científicos dessa corrente²³⁶. Por isso, resistiram a uma visão política da *luta de classes* na qual a sociedade teria como destino a superação da concentração dos meios de produção nas mãos de uma minoria opressora. Afastavam-se dessa maneira de um dos grandes pilares do marxismo, que é o programa político de construção de uma sociedade comunista.

Os seguidores da *Escola dos Annales* também tinham sérias resistências com relação ao determinismo histórico, muitas vezes associado à dialética materialista, discordando veementemente da razão simplista segundo a qual tudo na temporalidade se explicaria com base no funcionamento da infraestrutura, sendo os demais aspectos sociais apenas reflexos automáticos dos interesses econômicos. Nesse sentido, José Carlos Reis afirmou que “os *Annales*, ao não aceitarem uma finalidade histórica, seja ela imanente ou transcendente, não aceitam, conseqüentemente, todo determinismo unilateral. As trocas complexas entre as instâncias sociais, trocas recíprocas, ações e reações, *só podem ser explicadas por uma multiplicidade de fatores*”²³⁷. O que não deixa de ser paradoxal, como veremos à frente, pois ao se preocupar com os estudos históricos da *longa duração*, das estruturas sociais, o movimento dos *Annales* acabou dando margem para uma outra espécie de determinismo histórico. Cumpre ainda lembrar que, ao destacar essas ressalvas com relação ao determinismo que seria próprio do método marxista, a metodologia dos *Annales* acabou por

²³³ *Apud* CARDOSO, Ciro Flamarion. Introdução: história e paradigmas rivais. CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (orgs.). **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**, 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 6.

²³⁴ BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les Écoles historiques...** p. 256.

²³⁵ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 152.

²³⁶ BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les Écoles historiques...** p. 256.

justificar nossa preocupação com uma história do direito penal preocupada quase que exclusivamente com apenas um dos aspectos do fenômeno complexo da punição criminal – sejam eles econômicos ou políticos – afastando-se, portanto, da compreensão histórica dos conceitos jurídicos como fator importante na manifestação das práticas punitivas.

Talvez a opinião mais sensata a respeito do posicionamento da escola diante do influxo marxista seja a de François Dosse. Segundo o autor, a *Escola dos Annales* teria rejeitado inicialmente a esfera política – considerada supérflua e anódina – tendo se concentrado nos estudos sociais e econômicos. Dessa maneira, acabou ensaiando uma *terceira via*, afastando de uma só vez tanto os radicalismos políticos de esquerda soviéticos como também os de direita representados pelos totalitarismos fascista e nazista²³⁸. O historiador francês explica que “esse espírito político dos anos 30 é também uma reflexão sobre o declínio, a decadência, a ineficácia das ideologias, sobre o sobressalto necessário, que venha dar lugar ao homem percebido como personalidade, como singularidade”²³⁹. Anos mais tarde, já na década de 1950, muitos historiadores acabariam aderindo ao programa ideológico do Partido Comunista Francês. Contudo, nota-se que houve uma tendência de negação do socialismo de matriz stalinista, resultando em um descarte do ideário soviético.

Isso facilitou que historiadores de perfil mais conservador se aproximassem do movimento, o que contribuiu para o surgimento de uma espécie de *impulso nostálgico pelo passado* em vários dos trabalhos da época. Essa aproximação também se compatibilizou perfeitamente com o paradigma construído naquele momento, de uma história imóvel, da longa duração²⁴⁰. Por isso, a história produzida pelos *Annales* acabou deixando de ser condizente com uma ciência das transformações e mudanças, e passou a ser mais caracterizada por uma ciência das sociedades estáticas²⁴¹. Como veremos mais à frente, esse foi o momento em que houve um impulso para o surgimento de novas propostas historiográficas – a *Nova História* – bem como da arqueologia de Michel Foucault, que se contrapunham a esse *imobilismo*, pregando a necessidade de um modelo de ciências humanas pautado pela identificação e compreensão das rupturas discursivas. Por fim, lembremos que a *Escola dos Annales* era bastante plural, contando com historiadores dos mais diferentes perfis teóricos e ideológicos. Assim, o rechaço ao marxismo não era característico de todos os

²³⁷ REIS, José Carlos. *Escola dos Annales...* p. 153, grifamos por último.

²³⁸ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 39.

²³⁹ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 39.

²⁴⁰ BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história*, 3ªed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

²⁴¹ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 331.

pesquisadores do movimento, sendo bem verdade que alguns deles sempre utilizaram esse referencial teórico e político em suas obras – muitos, por influência da história econômica – como por exemplo Georges Duby e, de forma mais discreta, Jacques Le Goff²⁴².

Por fim, o último dos paradigmas científicos vigentes indicados, o *historicismo*, foi o grande responsável pela reunião de historiadores em torno de uma nova proposta científica contrária a esse modelo. O *historicismo* foi uma metodologia histórica surgida no século XIX e desenvolvida pelo autor alemão von Ranke, com uma grande influência do positivismo. Os historiadores dessa tendência desenvolveram um enorme apego ao estudo das especificidades, dos fatos, dos detalhes dos acontecimentos, distanciando-se de generalizações. Também se notabilizara a defesa, feita por von Ranke, da postura de neutralidade do historiador diante dos fatos elencados como objetos de seu estudo²⁴³. Ocorre que essa corrente chegou a exageros, representados por estudos que se ativeram somente à descrição pormenorizada dos fatos sucedidos cronologicamente, em um exame superficial e absolutamente afastado da ideia de ciência. Com essa opinião, José D’Assunção Barros explica que havia “um setor do historicismo que – ao aprofundar de maneira mais linear a ênfase na preocupação em estudar os particularismos históricos, o singular, o que não se repete – tendeu a radicalizar uma supervalorização do acontecimento e a elaborar mais tarde o que seria chamado pelos historiadores do *Annales* de *história factual* ou *história historizante*”²⁴⁴.

Como dizíamos, quando foi criada a revista *Annales d’histoire économique et sociale*, em 1929, ocorria uma grande crise financeira com repercussões em todo o mundo. E não parecia ser a política a fonte das respostas necessárias para a sua superação. Nesse sentido, a ênfase no aspecto socioeconômico é uma das grandes características da *Escola dos Annales*, que a fez combater com todas as suas armas o *historicismo*, entendido como retrógrado e anticientífico, com todo o seu apego excessivo ao estudo da política²⁴⁵. A *história-batalha*, focada em questões militares e políticas, não somente não foi capaz de evitar a grande guerra mundial ou os vários conflitos colonialistas, como parece também ter sido responsável por acirrar ainda mais os conflitos já existentes, ao justificar historicamente o culto à nacionalidade e ao patriotismo, além de ajudar a criar os *heróis míticos* da pátria. O esforço de pacificação exigia, por isso, uma aproximação com as ciências humanas e sociais, fazendo

²⁴² DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 335.

²⁴³ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 66. Muito embora, segundo o autor, a afirmação de von Ranke tenha sido interpretada de forma exagerada, dada a sua grande repercussão.

²⁴⁴ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 69.

²⁴⁵ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 33-36.

com que a história deixasse de ter a função belicista de outrora: aliada à sociologia, economia e outros saberes, o historiador poderia contribuir para a pacificação. “Uma nova finalidade aparece, portanto, no discurso do historiador, o qual é então considerado como *instrumento possível da paz, após ter sido arma de guerra*”²⁴⁶. O início da *Escola dos Annales* pode ser explicado como uma verdadeira *luta contra a história política*, “que é, por um lado, uma história-narrativa e, por outro, uma história de acontecimentos, uma história fatual, teatro de aparências que mascara o verdadeiro jogo da história, que se desenrola nos bastidores e nas estruturas ocultas em que é preciso ir detectá-lo, analisá-lo, explicá-lo”²⁴⁷. Interessante dizer que, por muito tempo, a política foi banida do terreno do historiador, sendo que seu retorno somente foi possível, enquanto preocupação da ciência histórica, a partir do advento de um contexto de *revisão do próprio conceito de política*. Para isso, foi deveras importante a contribuição de Michel Foucault, com seus estudos sobre poder e governamentalidade, conforme iremos detalhar mais à frente.

Muitos autores dividem a *Escola dos Annales* em três fases distintas²⁴⁸. A fase inicial teria sido marcada por um embate entre os seus fundadores Lucien Febvre e Marc Bloch e, de outro lado, o modelo historiográfico positivista antiquado, bem como pela tentativa de agregar em torno da ciência histórica os demais saberes sociais. Uma segunda etapa, momento em que se deu a institucionalização e hegemonia dessa escola histórica já sob a liderança de Fernand Braudel, na qual se destacou o aprofundamento de uma ideia de história de longa duração – com nítida influência do estruturalismo – e de história total. E por último, a terceira fase seria marcada por um esfacelamento do objeto da história, considerando que o saber histórico passou a se preocupar com objetos bem distintos e delimitados como a história dos marginais, das mulheres, dos presos, entre muitos outros. Isso significou um desapego da ideia de história total e o início de uma *história em migalhas*²⁴⁹. Não obstante, essa última fase até hoje causa inúmeras discussões acerca de suas características e questionamentos sobre serem ou não as pesquisas reunidas nessa etapa uma continuação dos *Annales*²⁵⁰. Muitos preferem

²⁴⁶ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 36, grifamos.

²⁴⁷ LE GOFF, Jacques. A História nova. LE GOFF, Jacques. (org.). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

²⁴⁸ Apesar de vários autores tentarem identificar traços dessas fases distintas, utilizaremos basicamente a divisão efetuada por Peter Burke, que nos parece mais didática. BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 13.

²⁴⁹ DOSSE, François. **A História em migalhas...**

²⁵⁰ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 303-328.

denominar essa terceira fase de *Nova História*²⁵¹, terminologia que utilizaremos em nosso texto.

Já descrevemos acima o contexto de surgimento da *Escola dos Annales*, explicando as circunstâncias do momento de fundação dessa corrente na primeira fase do movimento; iremos discutir, doravante, algumas de suas principais características – destacando aquelas que são mais importantes para uma historiografia dos conceitos jurídico-penais – para, em seguida, explicar as contribuições e conceitos mais vinculados ao desenvolvimento posterior dos *Annales*, próprios da segunda fase. A terceira fase ou *Nova História* será discutida em detalhes mais à frente, quando iremos também, explicar sua relação com a história cultural.

A escola teve grande mérito ao atualizar o saber histórico às grandes transformações ocorridas no âmbito das ciências sociais e nas ciências exatas e da natureza. Por exemplo, o problema da relativização do conhecimento – da negação da existência de uma *verdade incontestável* – fez-se notar nas ciências humanas, especialmente após algumas descobertas advindas de outras áreas, como a teoria quântica ou a mecânica relativista de Einstein. Nesse sentido, nada seria mais equivocado que acreditar que o trabalho histórico seria capaz de extrair *a verdade* dos fatos analisados, numa espécie de *ato de fé* – crença que era ainda muito comum, no contexto do historicismo anterior. Pelo contrário, a ideia de ciência teve que se adaptar a um âmbito de inseguranças, o que significou o fim de uma era de afirmações absolutas. Entretanto, é bom que se frise que a ausência de certezas não era exclusividade da história ou das ciências sociais, e até mesmo as ciências exatas e da natureza estavam se conformando a esse modelo de saber relativizado. Por isso, a história ainda poderia buscar um ideal de cientificidade, desde que se adaptasse a esse novo paradigma de incertezas. Conforme lição de Marc Bloch, os historiadores estariam prontos para comprovar que “mesmo sem se mostrar capaz de demonstrações euclidianas ou de imutáveis leis de repetição, um conhecimento possa contudo pretender ao nome de científico”²⁵².

A interdisciplinaridade surgiu naturalmente, como uma verdadeira necessidade epistemológica para o delineamento da nova historiografia. Mesmo porque a crise que vivia a história não era exclusiva desse campo do saber, na verdade tratava-se de uma *crise no espírito humano*²⁵³, que afetava a todas as ciências sociais. O que fazia com que a história, na

²⁵¹ LE GOFF, Jacques. **A História nova...** DOSSE, François. **A História em migalhas...**

²⁵² BLOCH, Marc. **Apologia da história...** p. 49.

²⁵³ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história**, 2ªed. Lisboa: Presença, 1985, p. 35.

tentativa de superar esse impasse, buscassem assumir a sua natureza de *ciência do homem*²⁵⁴, aproximando-se dos demais saberes sociais. Conforme lição de José Carlos Reis, “o que faria a união da história e das ciências sociais estava além do método, era o *objeto comum*: o homem social. É esse objeto comum, em seu ser social e empírico, que exige uma análise interdisciplinar”²⁵⁵. Naturalmente, a decorrência óbvia dessa pretensão seria realçar a posição da história como ciência privilegiada para a análise dos fenômenos sociais. Fernand Braudel afirmava, como que para justificar a predominância da história perante os demais saberes, que sempre houve a invasão de uma ciência social no domínio da outra, a partir de uma compreensão do aspecto social por sua própria lógica particular, por sua *totalidade*²⁵⁶. Nesse sentido, a história teria como objeto a própria temporalidade humana, e daí decorreria sua predominância com relação aos outros campos científicos. Assim, “para uma história que almejava se assenhorear de novas instâncias temáticas, para além da história política tradicional, a interdisciplinaridade era um convite sedutor”²⁵⁷.

Entretanto, para além dos *combates pela história* – das tensões entre os campos científicos que faziam os historiadores do *Annales* lutarem acirradamente para elevar o status de seu âmbito específico de conhecimentos – podemos afirmar que uma das grandes inovações promovidas pelo movimento foi o discurso de que seria necessária uma aproximação com as demais ciências²⁵⁸, inaugurando uma era de estudos históricos enredados com outros saberes. Essa diretriz ganhou um enorme destaque, tanto que poderíamos considerar a interdisciplinaridade como uma de suas principais características. Trazendo a meta para a estruturação da história do direito, Antônio Carlos Wolkmer lembrou que uma “tal postura implica adesão a uma estratégia interdisciplinar, *não uma interdisciplinaridade meramente formal, mas que tenha presente a crítica e a transformação do conteúdo problematizado*”²⁵⁹. Também a história do direito penal não poderia ficar alheia à interdisciplinaridade, mesmo porque o próprio desenho de *direito penal* já é interdisciplinar por essência – ao considerar em seu bojo os aspectos normativos, mas também criminológicos e político-criminais do fenômeno punitivo. De onde se conclui que a interdisciplinaridade é

²⁵⁴ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...** p. 39.

²⁵⁵ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 81, grifos do autor.

²⁵⁶ BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história...** p. 42.

²⁵⁷ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 107.

²⁵⁸ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 107.

²⁵⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil...** p. 40.

uma *conditio sine qua non* para a construção de um saber histórico-crítico preocupado com o direito penal²⁶⁰.

Dentro dessa tendência de oxigenação epistemológica, parece-nos natural a ideia consequente de que a história não seria um trabalho solipsista, de um indivíduo isolado, pois “a ciência não se faz de uma torre de marfim, pela atuação íntima e secreta de cientistas desencarnados que vivem, fora do tempo e do espaço, uma vida de pura intelectualidade”²⁶¹. Pelo contrário, a historiografia dos *Annales* foi certamente um trabalho em equipe, no qual vários pesquisadores contribuíram conjuntamente para uma visão plural do fenômeno estudado²⁶². Por isso mesmo, nas palavras de Lucien Febvre, *o futuro da história está na investigação coletiva*²⁶³. Essa prioridade dada ao trabalho coletivo pode ser facilmente comprovada pela preocupação do movimento em historiar o próprio desenvolvimento do programa dos *Annales*²⁶⁴, com a finalidade de destacar que os resultados científicos se baseavam em uma *longa e sólida tradição*²⁶⁵, que não seriam frutos de um pesquisador isolado, mas sim de um grupo numeroso de cientistas. Conforme a lição de José Carlos Reis, “a história deixou de ser uma empresa intuitiva, fundamentada em *a priori*s indemonstráveis e passou a ser *comunicável*, criando as condições de uma intersubjetividade. Mesmo na discordância dos pontos de vista e dos resultados das pesquisas, é possível o diálogo entre os pesquisadores”²⁶⁶. No mais, podemos perceber que essa comunhão de esforços foi definitiva para a institucionalização do movimento historiográfico bem como para a sua consolidação na academia francesa. Seria possível afirmar que a epistemologia da *Escola dos Annales* tem uma correspondência com a ideia de que o conhecimento científico é interpessoal e resultante de um esforço coletivo. Se o campo da história é constituído por relações de força – entre historiadores que apoiavam modelos de historicismo antagônicos – seria necessária uma reunião de esforços para que se criasse uma hegemonia da *nouvelle histoire* na disputa pelo campo científico²⁶⁷.

Ao fim, podemos aprender mais essa lição da historiografia dos *Annales*, lembrando que o desenvolvimento da história do direito penal depende de uma preocupação conjunta,

²⁶⁰ Vide 2.3.

²⁶¹ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...**, p. 62.

²⁶² BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 15.

²⁶³ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...** p. 61.

²⁶⁴ BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les Écoles historiques...** p. 246.

²⁶⁵ LE GOFF, Jacques. **A História nova...** p. 36.

²⁶⁶ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 75, grifos do autor.

entre penalistas, criminólogos e historiadores, com os questionamentos vinculados a essa área específica de estudos. Somente por meio de uma produção substancial de trabalhos nessa área e a partir de um diálogo profícuo entre os pesquisadores poderíamos ter avanços científicos, com relação à compreensão do sistema punitivo brasileiro pretérito. Apesar de ser perceptível um movimento nesse sentido – com o aumento quantitativo e qualitativo de trabalhos de historiografia penal brasileira publicados nos últimos anos – ainda temos um longo caminho a percorrer para a consolidação de uma comunidade científica voltada especialmente para a história do direito penal.

Outro mito que o movimento dos *Annales* tentou quebrar e que serviu como um verdadeiro dogma para a corrente precedente do historicismo foi o da *neutralidade* do historiador. A *historiografia antiquarista* – que teria como objetivo apenas o conhecimento formal do passado, assumindo uma postura *blasé* de erudição por mero diletantismo – acabava reforçando a ideia de uma ciência desinteressada, o que por sua vez colaborava “na construção do mito da neutralidade da cultura e dos intelectuais, assim transformados numa espécie de instância arbitral colocada acima dos conflitos de classe”²⁶⁸. Na verdade, é incoerente defender que a cientificidade da história se baseia em uma pretensa posição neutra de seu pesquisador, até porque esse *locus* é inatingível. O historiador inexoravelmente terá de fazer recortes, que são tomadas de posição, valorações que faz diante do tema pesquisado. Esses posicionamentos começam pela delimitação do objeto de estudo histórico, que não deixa de ser uma escolha pessoal²⁶⁹.

Aliás, *toda história é escolha*²⁷⁰. Por isso, os fatos históricos não estão postos previamente, independentemente da visão dos pesquisadores sobre eles, como defendiam os historiadores positivistas. Na verdade, os fatos históricos são o resultado de uma construção, laborada pelo pesquisador, que tem participação determinante no desenvolver do conhecimento histórico. Conforme a precisa lição de José Carlos Reis, “assim como o fato não é *dado*, o passado também não é *dado*: o passado e o fato histórico *dados* não engendram o historiador e a história, mas é o historiador em seu presente que reabre o passado e constrói

²⁶⁷ Utilizamos a terminologia trabalhada pela sociologia de Bourdieu, especialmente os estudos relacionados ao *capital científico*. BOURDIEU, Pierre. **Os Usos sociais da ciência**: para uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: UNESP, 2004.

²⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. **A História do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 12.

²⁶⁹ BLOCH, Marc. **Apologia da história...** p. 52.

²⁷⁰ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...** p. 19.

os dados necessários”²⁷¹. Logo, o conhecimento do passado não é algo acabado, estático, estando sempre a ser modificado, construído e reconstruído, em um movimento incessante determinado pela atuação científica dos historiadores²⁷². O que significa que a pretensão de neutralidade, além de ser falsa, é também indesejável e até mesmo perigosa para os resultados científicos, pois com ela podem ser mascaradas ideologias e mesmo deturpações das observações históricas²⁷³.

Por isso, assumir certos pontos de partida com relação ao significado e funcionamento do sistema punitivo, por meio da utilização de referenciais da criminologia crítica em uma pesquisa histórica, não é nenhum problema. Pelo contrário, o que se deve evitar é a tentativa de fazer um trabalho histórico *anódino*, apegando-se – em vão – a uma postura neutra com relação ao tema pesquisado. Entretanto, não se pode deixar essas premissas significarem na prática uma espécie de resultado antecipado, interpretando-se as fontes históricas com vieses para confirmar respostas pré-elaboradas. Nesse sentido, a pesquisa histórica consiste em um excelente mecanismo de avaliação das teorias da criminologia crítica, no sentido de se verificar se os conceitos elaborados naquela área especializada realmente se concretizaram historicamente. Por esses motivos, em muitos casos a história pode servir como um contraponto para a criminologia crítica, possibilitando que sejam contrastadas algumas de suas teses que não teriam verificação empírica, desse modo colaborando para o seu aprimoramento²⁷⁴.

A ideia de que não haveria neutralidade na ciência histórica nos remete a outra das grandes inovações da historiografia dos *Annales*, que é o modelo de história-problema ou *história problematizante*. Conforme já visto, o próprio François Simiand já havia chamado atenção para a necessidade de uma problematização na pesquisa histórica, e essa característica serviu como Norte para a construção do programa da escola francesa. Segundo esse modelo, a pesquisa histórica não pode ser apenas um relato passivo dos acontecimentos pretéritos, uma *história-narrativa* ou *factual*. Mesmo porque o historiador não deve simplesmente passear por longos períodos temporais, colecionando acontecimentos e catalogando dados. Conforme já explicado, os fatos históricos não são previamente colocados à disposição do historiador. Na verdade, eles são construídos pela *operação histórica*, por meio da atividade determinante do

²⁷¹ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 76, grifos no original.

²⁷² BLOCH, Marc. **Apologia da história...** p. 75.

²⁷³ DE CERTEAU, Michel. A Operação histórica. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (org.). **Fazer história, v. 1:** novos problemas. Amadora: Livraria Bertrand, 1977, p. 30.

²⁷⁴ Vide 2.3.

historiador que *os chama à vida*²⁷⁵. Assim, o pesquisador “não pode se contentar em escrever sob o ditado dos documentos, deve questioná-los, inseri-los em uma problemática”²⁷⁶. Desse modo, o passado não é algo consensual, hermeticamente finalizado, mas sim um conhecimento aberto, dinâmico, pois está sendo permanentemente problematizado, contraditado pelas pesquisas²⁷⁷. A tarefa do historiador é interpretar os fatos que ele seleciona, a partir de um problema que lhe chamou a atenção. Ou seja, o investigador age “porque pôs a si próprio um problema e formulou uma hipótese”²⁷⁸.

A história do direito penal deve se valer desses ensinamentos, buscando um modelo de historiografia que se afaste de uma mera descrição de legislações criminais pretéritas, abraçando um paradigma de estudo que realmente seja útil para a compreensão de problemas atuais do sistema punitivo. A função do historiador seria a de questionar, indagar e investigar as fontes históricas, com base em uma hipótese previamente definida, o que traria resultados que poderiam contribuir para a resolução da *crise do direito penal*. Com relação à história dos conceitos criminais, parece que se sobressai a importância do problema escolhido pelo historiador, que teria como meta demonstrar as incongruências e contradições desses conceitos, por meio do estudo histórico do discurso criminal – possibilitando assim uma desnaturalização de *dogmas e ideias* assentadas no sistema punitivo.

Também podemos destacar a teorização sobre a relação entre passado e presente, como dado essencial para o modelo historiográfico dos *Annales*. Segundo Marc Bloch, as fronteiras entre o passado e o presente estão em constante movimento²⁷⁹, devendo a pesquisa histórica se basear em problemas atuais que seriam mais bem elucidados a partir da observação oferecida pela história. Dada essa fluidez da temporalidade, não se pode entender a história como uma ciência *do passado* pois o historiador está permanentemente se deslocando: a partir de problemas atuais, busca a observação do passado, em idas e vindas. Esse método foi denominado de *diacrônico*, pois não se busca a construção do saber histórico numa temporalidade cronológica estável – do passado mais remoto até o presente – mas sim adaptando o recorte cronológico utilizado pela pesquisa a partir de uma problemática atual. Por isso, seria mais exato conceber a história como *ciência dos homens no tempo*²⁸⁰. Inclusive, segundo Marc Bloch o ideal é que o trabalho histórico fosse feito de forma

²⁷⁵ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...** p. 32.

²⁷⁶ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 113.

²⁷⁷ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 75.

²⁷⁸ FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...** p. 32.

²⁷⁹ BLOCH, Marc. **Apologia da história...** p. 61.

regressiva, ou seja, do tempo mais atual para o mais remoto. A *história ao inverso* se justifica “pois conhecemos mais a respeito dos últimos períodos e deve proceder-se de maneira a ir do conhecido ao desconhecido”²⁸¹.

Essa ideia de dialética entre passado e presente não significa que o passado se confunde com o presente, considerando esse último como sendo uma continuação do que já foi vivido. Ou seja, o estudo do passado é um instrumento para a compreensão do presente, mas não porque se trata do estudo do mesmo fenômeno que ora se repete na atualidade: passado e presente não se equivalem. A utilidade da história decorre do fato de a problematização do presente ser feita de maneira mais adequada – e por que não dizer, científica – a partir da verificação atenciosa de acontecimentos pretéritos. Em outras palavras, é preciso atentar para o fato de que a ciência histórica oferece o entendimento de soluções do passado, fazendo-nos, a partir da compreensão dos problemas atuais, criar as soluções mais adequadas para o presente²⁸². O historiador vive os problemas da atualidade, que são projetados no passado com o intuito de verificar se as mesmas dificuldades já foram enfrentadas e como elas foram solucionadas²⁸³. Desse modo, a história torna-se útil como um instrumento adequado para a compreensão do presente pois os problemas de uma história para os tempos atuais nos permitem viver e compreender “num mundo de instabilidade definitiva”²⁸⁴. O método diacrônico é muito importante para a história do direito penal crítica, que se preocupa em construir uma historiografia que possibilite a compreensão dos problemas apresentados pelo sistema punitivo atual. Nesse sentido, já afirmamos a utilidade dos estudos históricos para a criminologia crítica²⁸⁵.

É importante fazer uma ligeira observação a respeito da distinção entre essa dinâmica passado-presente utilizada pela *Escola dos Annales* e a categorização que foi construída pela história dos conceitos, de Reinhart Koselleck – também utilizada como referencial teórico nessa tese, e que será explicada em detalhes mais à frente. Para essa escola alemã, os conceitos possuem uma historicidade própria que inclui um entrelaçamento entre passado e futuro. Disso decorre a necessidade de utilização das categorias *espaço de experiência* e *horizonte de expectativas* como instrumentos de análise da influência de dados pretéritos e do

²⁸⁰ BLOCH, Marc. **Apologia da história...** p. 55.

²⁸¹ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 39.

²⁸² FEBVRE, Lucien. **Combates pela história...** p. 49.

²⁸³ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 71.

²⁸⁴ LE GOFF, Jacques. **A História nova...** p. 45.

²⁸⁵ Vide 2.3.

devir para a compreensão de conceitos presentes²⁸⁶. Em resumo, os conceitos apresentariam em si mesmos tanto uma carga de tradição como também um vislumbre do que se espera num futuro social, sendo uma espécie de síntese entre futuro e passado. Portanto, utilizaremos no estudo dos conceitos jurídico-penais uma concepção de temporalidade diferente daquela utilizada pelo paradigma dos *Annales*.

Uma das grandes características da *Escola dos Annales* foi a renovada metodologia empregada para o estudo das fontes históricas, que também já foi explicada como a preocupação em “inventar, reinventar e reciclar as fontes históricas, até então consideradas dormentes ou definitivamente exauridas”²⁸⁷. A começar pela seleção de quais dados seriam interessantes para os historiadores, sendo aptos para servir como fontes da pesquisa historiográfica. Ao contrário do historicismo, o novo movimento não se utilizava somente de documentos escritos, tampouco priorizava papéis oficiais, textos legais e diplomáticos, entre outros alvos exclusivos do historiador positivista. Pelo contrário, a ideia era ampliar ao máximo a possibilidade de compreensão do passado por meio de quaisquer registros possíveis, inclusive não-textuais. O pesquisador não pode se conformar com o silêncio, entregar as armas diante da inexistência de documentos que testemunhem algum acontecimento histórico; pelo contrário, “o historiador tem como tarefa vencer o esquecimento, preencher silêncios, recuperar as palavras, a expressão vencida pelo tempo”²⁸⁸. Nesse sentido, podemos afirmar que os *Annales* promoveram uma *revolução documental*, por meio de uma “história baseada numa multiplicidade de documentos: escritos de todos os tipos, documentos figurados, produtos de escavações arqueológicas, documentos orais, etc.”, sendo que, conforme essa lógica, seriam documentos de primeira ordem “uma estatística, uma curva de preços, um filme, ou, para um passado mais distante, um pólen fóssil, uma ferramenta, um ex-voto”²⁸⁹.

Essa nova preocupação de diversificação das fontes históricas foi muito importante para o desenvolvimento da história do direito. Graças a ela, hoje podemos ter como fontes de pesquisa dados que vão além dos documentos estritamente legais, sendo também considerado importante – e necessário – o estudo histórico das decisões jurídicas pretéritas, das instituições jurídicas, da cultura jurídica como um todo, dos textos doutrinários produzidos a

²⁸⁶ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

²⁸⁷ BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les Écoles historiques...** p. 264.

²⁸⁸ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 77.

²⁸⁹ LE GOFF, Jacques. **A História nova...** p. 37.

respeito de determinado tema jurídico, entre outros. É possível, portanto, afirmar que não seria possível um estudo histórico-jurídico dos conceitos criminais sem essa renovação metodológica, com relação às fontes de pesquisa.

Passada a primeira fase do movimento, mais caracterizada pela notória influência dos seus fundadores Lucien Febvre e Marc Bloch e por sua destacada atuação *combativa*, o novo paradigma historiográfico acabou por iniciar uma nova era, na qual conquistou uma hegemonia no cenário científico francês, além de ter estendido sua influência por todo o mundo. Nessa segunda etapa, a *Escola dos Annales* teve uma grande ampliação institucional, a partir da inauguração de uma nova seção da *École pratique des hautes études*, em 1946, e ainda, da criação da *Maison des sciences de l'homme*, em 1963. O grupo se beneficiou bastante dos financiamentos americanos aos países europeus após a segunda guerra, que faziam parte da política do *Plano Marshall* – e isso certamente influenciou a tímida utilização do viés político da teoria marxista, como já indicado. O nome original da revista foi modificado para *Annales: economies, sociétés, civilizations*, que se tornou o título definitivo da publicação. Após todos os embates com os pesquisadores rivais, pode-se afirmar que o momento de *luta científica* tinha se encerrado: *a partida estava ganha*²⁹⁰.

O historiador Fernand Braudel rapidamente conquistou a liderança do movimento, tendo sido considerado um legítimo herdeiro dos fundadores do *Annales*. Esse talentoso pesquisador foi alçado à celebridade com *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, em 1949. Neste trabalho, o autor destacou a análise histórica de um longo intervalo de tempo, com a preocupação de identificar aquilo que permanece, os traços estáveis da temporalidade social, em detrimento dos fatos contingenciais. Por isso, segundo essa perspectiva, “a ênfase é dada não sobre a mudança histórica, mas sobre a continuidade, a permanência, a estrutura, a *longa duração*”²⁹¹.

Dessa forma, acabou desenvolvendo um dos conceitos mais caros para a *Escola dos Annales*, que é o das *diferentes temporalidades da história*. Conforme lecionou mais tarde em um artigo célebre, a história tradicional prefere o *tempo breve*, marcado por acontecimentos, e por isso “habitou-nos há muito tempo à sua narrativa precipitada, dramática, de fôlego curto”²⁹². Por isso, o historicismo – tão duramente criticado pelos historiadores dos *Annales* – era caracterizado por uma história narrativa, também denominada de *história factual* ou

²⁹⁰ REIS, José Carlos. *Escola dos Annales...* p. 102.

²⁹¹ BURKE, Peter. *A Escola dos Annales...* p. 104, grifos do autor.

²⁹² BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história...* p. 44.

historizante. Também as demais ciências sociais teriam uma especial predileção pelo estudo do tempo presente e isso explicava a grande crise pela qual passavam. Saberes como a sociologia, economia, entre outros, seriam responsáveis pelo *pecado factualista*, pois “por gosto, por instinto profundo, talvez por formação, tendem a escapar sempre à explicação histórica”²⁹³. Contudo, seria possível uma história preocupada com outras temporalidades, de amplitude secular, uma história de *longa duração*²⁹⁴. Desse modo, a história se aproximou do *estruturalismo*²⁹⁵ – corrente intelectual muito em voga na França, naquele momento – apresentando um modelo de estudo histórico preocupado com a análise das estruturas sociais e que desprezava os fatos instantâneos, que teriam importância apenas residual para o campo histórico.

Haveria então três diferentes ritmos para a temporalidade: a estrutural, a conjuntural e a factual ou acontecimental²⁹⁶. O primeiro ritmo, de *longa duração*, relaciona-se com uma história *quase imóvel*, das relações do homem com o meio geográfico, com as estruturas sociais. Nessa perspectiva, acentua-se a insignificância do tempo factual, pois a longa duração é “uma temporalidade causal, fundadora da evolução dos homens e das coisas”²⁹⁷. Transparece a ideia de uma *história sofrida*, na qual o homem, diante da longa duração, não teria liberdade para controlar seu próprio destino. A partir dessa concepção, “o homem perdeu todo o domínio sobre sua própria historicidade, ao ser devorado por ela e ao sofrê-la, espectador e objeto de sua própria temporalidade”²⁹⁸. Percebe-se uma certa hipocrisia de parte dos historiadores da *Escola dos Annales* quanto à refutação – por vezes mal explicada – das teses marxistas, por entenderem elas como fundamentadoras de um determinismo histórico, como comentado acima. Primeiramente, porque ao adotar o estudo das estruturas sociais, a história acabou se aproximando de certas características do marxismo – ainda que esse movimento não seja admitido por muitos pesquisadores²⁹⁹. No mais, a concepção da *longa duração* não deixa de resultar inexoravelmente em um determinismo histórico, mesmo que com outros fundamentos teóricos³⁰⁰.

A instituição da *longa duração* foi uma resposta ao ataque desferido à ciência histórica pela antropologia estruturalista, obrigando Fernand Braudel a adaptar a metodologia utilizada

²⁹³ BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história...* p. 54.

²⁹⁴ BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história...* p. 44.

²⁹⁵ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 171.

²⁹⁶ REIS, José Carlos. *Escola dos Annales...* p. 105.

²⁹⁷ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 174.

²⁹⁸ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 177.

²⁹⁹ FOUCAULT, Michel. *L'Arqueologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969, p. 21.

em seu campo de estudos. Isso foi necessário para a manutenção da história como ciência social, com preponderância sobre as demais³⁰¹. Pode-se afirmar que ele logrou êxito no intento, ainda que seu sucesso talvez tenha sido uma *vitória de Pirro*, porque suscitou profundas transformações no campo histórico³⁰². Talvez o custo tenha sido muito alto, pois a ciência história adquiriu características de imobilidade, já que o tempo passou a ser concebido como estacionário na longa duração. Como referido, isso favoreceu a aproximação do pensamento de historiadores conservadores à *Escola dos Annales*, os quais tinham na nova concepção um argumento para a justificação de uma sociedade estática, na qual não se admitia a hipótese de mudanças sociais profundas. Com essa lógica, também não seria possível uma opção diversa do capitalismo, o que serviu para fortalecer o isolamento do pensamento marxista³⁰³.

De todo modo, a longa duração trouxe importantes implementações na ciência histórica. Não seria possível rechaçar de forma contundente a historiografia anterior aos *Annales* – baseada nos eventos factuais, na *história historizante* – sem que se tivesse bem clara a importância do estudo da estrutura social, que pressupõe uma análise histórica mais completa, a partir períodos temporais mais longos. Mesmo na história do direito, é inegável a importância dos estudos de longa duração. Conforme afirma Paolo Grossi, “esse é o tempo real do direito, porque é o tempo dos estratos profundos, do nível mais estável, onde o *jus* tem suas raízes, (...) onde se fundam os valores, costumes e mentalidades”³⁰⁴. Por isso, se o aspecto jurídico também é resultado de estruturas socioculturais, por certo, é necessário um estudo histórico do tempo longo, para sua compreensão.

Parece-nos que as críticas relacionadas à longa duração dizem respeito à consequência indesejada de se ignorar as rupturas e transformações sociais que ocorreriam na temporalidade conjuntural e acontecimental. Isso porque a história vem retomando a preocupação com o estudo do acontecimento³⁰⁵ – como será visto na próxima seção – e por isso defender o estudo exclusivo do tempo longo significaria também reduzir o terreno do historiador. De modo que a solução estaria numa tentativa de conciliar as temporalidades distintas, construindo uma

³⁰⁰ REIS, José Carlos. *Escola dos Annales...* p. 105.

³⁰¹ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 181.

³⁰² VOVELLE, Michel. A História e a longa duração. LE GOFF, Jacques (org). *A História nova*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 90.

³⁰³ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 178-179.

³⁰⁴ GROSSI, Paolo. *Storia sociale e dimensione giuridica*. GROSSI, Paolo (org.). *Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro: atti dell'incontro di studio*. Milão: Giuffrè, 1986, p. 15.

³⁰⁵ NORA, Pierre. O Regresso do acontecimento. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (orgs.). *Fazer história, v. 1: novos problemas*. Amadora: Bertrand, 1977.

*dialética do tempo curto e do tempo longo*³⁰⁶. Isso equivale ao esforço de que as pesquisas históricas partam da estrutura ao acontecimento, ou mesmo de um acontecimento redescobrir a estrutura, sabendo-se que ambas as temporalidades são importantes para a compreensão histórica do tema³⁰⁷.

Também não poderíamos deixar de frisar o impulso que a longa duração deu para os estudos de história das mentalidades, tendo por isso patrocinado uma mudança de perspectiva no saber histórico, que Michel Vovelle denominou metaforicamente como um caminho *do porão ao sótão*³⁰⁸. Por essa razão a história do direito penal crítica – segundo o modelo que propomos – também é devedora da longa duração: sem ela não teria havido um desenvolvimento dos estudos históricos das mentalidades e da cultura, o que por sua vez obstaría uma concepção da história do direito penal que abarcasse como seus objetos de estudo o pensamento jurídico e os conceitos jurídico-penais³⁰⁹.

A longa duração não teve qualquer influência de uma *filosofia da história*, que era descartada pela *Escola dos Annales*. Na verdade, a instituição do tempo longo pode ser compreendida como um reflexo da elaboração metodológica de *serialização* da história³¹⁰. Isso significou um predomínio de aspectos quantitativos nas pesquisas, a partir de uma *história serial* marcada pela utilização de dados históricos em série com o auxílio da matemática e estatística, que foi a maior tendência científica desse campo nos anos 1950³¹¹. A ideia era “uma substituição da série ao acontecimento, isto é, a construção do dado histórico em função de uma análise probabilística”, sendo que esse método, segundo François Furet, possui um rigor e eficácia maiores que os observados em pesquisas qualitativas³¹². Esses estudos seriais promoveram um grande desenvolvimento nos trabalhos históricos, especialmente os de história econômica e demográfica, o que pode ser considerado como o acréscimo mais original da segunda fase dos *Annales*³¹³. Mais tarde o método também foi determinante para um aperfeiçoamento da história das mentalidades e cultural – como veremos na próxima seção. Contudo, nem todos acreditaram que esse novo método tenha sido

³⁰⁶ VOVELLE, Michel. A História e a longa duração. LE GOFF, Jacques (org). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 115.

³⁰⁷ VOVELLE, Michel. **A História e a longa duração...** p. 119.

³⁰⁸ VOVELLE, Michel. **A História e a longa duração...** p. 90.

³⁰⁹ Vide 2.2.

³¹⁰ FOUCAULT, Michel. **L'Arqueologie du savoir...** p. 16.

³¹¹ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 73.

³¹² FURET, François. O Quantitativo em história. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (orgs.). **Fazer história, v. 1: novos problemas**. Amadora: Bertrand, 1977, p. 62.

³¹³ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 105.

benéfico para a ciência histórica, sendo que já se afirmou que “a seriação é a expressão da nova alienação”, que terminou por empobrecer bastante o trabalho histórico³¹⁴.

Não é tão comum a utilização de informações em série em pesquisas de história do direito penal. Isso se dá, em razão da ausência de dados precisos a respeito do sistema punitivo. Como se não bastasse a existência de eventos que não transparecem nos registros oficiais – relativos à criminalidade oculta – sabemos que no passado não havia tanto esmero na reunião de informações sobre presos ou crimes cometidos, sendo que ainda hoje, padecemos desse problema. Nesse sentido, Michelle Perrot afirma que apesar de existirem fontes abundantes sobre o sistema penitenciário francês do século XIX, em razão da burocracia instalada pelo Estado após a revolução, elas seriam absolutamente irregulares – e por isso pouco confiáveis – tanto no que diz respeito à natureza dos dados como também quanto à sua abrangência. Fez ainda menção à essencialidade do *Cômputo geral da administração da justiça penal* – documento que reúne informações sobre o sistema punitivo francês – como fonte histórica para o estudo do período. Segundo a autora, o *silêncio* dos criminosos, nas fontes históricas decorreria de sua marginalização e, justamente por isso, seria necessária a criação de um estudo histórico que tivesse como objetivo específico revelar esses dados – que denominou de *história dos prisioneiros*³¹⁵. É oportuno registrar que a situação dos dados brasileiros é bem pior que a encontrada pela pesquisadora francesa e é praticamente unânime entre os nossos pesquisadores que esse empecilho acaba por prejudicar a qualidade das pesquisas históricas sobre o tema no Brasil. Fernando Salla, por exemplo, lembra da enorme dificuldade de se fazer um estudo de longo prazo sobre o tema das prisões, devido à irregularidade e pouca confiabilidade dos dados criminais brasileiros³¹⁶.

Por último, temos a ideia de uma *história total* ou *global*. Não por acaso, deixamos as considerações sobre essa importante característica da *Escola dos Annales* para o final, justamente por ser o mais delicado dos temas do movimento. Com base nessa ideia, houve sérias divergências na historiografia francesa, que acabou por se dividir dando origem a uma nova geração de historiadores marcados pela defesa da impossibilidade da *totalidade* no saber histórico. Por isso, José D’Assunção Barros afirmou que o conceito de história total representa uma *encruzilhada entre dois modelos* distintos de história, destacando as

³¹⁴ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 281 e 289.

³¹⁵ PERROT, Michelle. **Os Excluídos da história**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

³¹⁶ SALLA, Fernando. A Pesquisa sobre as prisões: um balanço preliminar. KOERNER, Andrei (org.). **História da justiça penal no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 119.

divergências que existiriam entre as duas primeiras fases da *Escola do Annales* e a terceira fase, também conhecida como *Nova História*³¹⁷.

A história total pode ser compreendida com dois significados distintos. Primeiramente, temos que a história total seria entendida como a *história abrangendo o todo*. Nesse caso, a pesquisa histórica termina por se aproximar de uma ideia unificadora, uma estrutura que explicaria o todo, na qual *a síntese substitui a análise*³¹⁸. “A história global, entendida assim, pode estar contaminada pelos pressupostos tradicionais, os de uma coerência, de uma continuidade, que levariam ao seu uso ideológico”³¹⁹. Defendendo esse modelo de história total Fernand Braudel destacou-se com a sua concepção de longa duração, pois “é em relação a essas extensões de história lenta que a totalidade da história pode se repensar, como a partir de uma infra-estrutura”³²⁰. Segundo José D’Assunção Barros, a história do todo representaria a articulação das três durações da temporalidade, conforme preconizado por Fernand Braudel: o estudo conjunto do tempo estrutural, conjuntural e factual³²¹.

Muitas críticas foram levantadas contra essa *ideia de totalidade* na história, mas talvez a mais contundente – ou ao menos aquela serviu como modelo para várias tentativas de superar essa característica, entendida por muitos como um problema – foi a de Michel Foucault, em seu trabalho *Arqueologia do saber*. Segundo o autor francês, a história total acabava priorizando uma visão de continuidade na história por se utilizar conjuntamente das três diferentes temporalidades. Contudo, a *Nova História* e a história do pensamento assumem premissas diversas contrariando o continuísmo histórico ao lançarem luzes sobre a existência de rupturas contínuas nas ideias. Nesse sentido, a história das ideias pôs em xeque a possibilidade de uma totalização de temporalidades na história. Nas palavras de Michel Foucault, “o tema e a possibilidade de uma *história global* começam a desaparecer”³²². Como veremos, essa crítica é fundamental para compreendermos a defesa de uma ciência história que se foque nas rupturas e descontinuidades, que seriam ao mesmo tempo, seu instrumento e objeto de pesquisa³²³.

O segundo significado de história total corresponde à ideia de que *a história abrangeria tudo*, ou seja, todos os fenômenos humanos do passado devem ser

³¹⁷ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história**, vol. V... p. 191.

³¹⁸ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 79.

³¹⁹ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 79.

³²⁰ BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história...** p. 53.

³²¹ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história**, vol. V... p. 277-278.

³²² FOUCAULT, Michel. **L’Arqueologie du savoir...** p. 17.

problematizados pela ciência histórica. Nesse caso, o trabalho da ciência total seria “a análise de um passado inesgotável, constituído de relações inumeráveis e todas elas tematizáveis”³²⁴. A ideia já estava presente nos textos dos fundadores da *Escola dos Annales*³²⁵. Lucien Febvre, por exemplo, afirmou que “não há história econômica e social. Há simplesmente história, na sua unidade”³²⁶. Marc Bloch, ainda mais enfático, defendeu que a história é a ciência dos homens no tempo e que não seria conveniente proceder com a delimitação de aspectos específicos relacionados ao ser humano – econômicos, políticos etc.³²⁷ Portanto, somente seria possível a ciência histórica enquanto *história global*, que abrange todas as dimensões do ser humano nas diversas temporalidades. Fernand Braudel também opinou no sentido de que esse seria o objetivo totalizador da história e lembrou que “a história é a soma de todas as histórias possíveis – uma coleção de misteres de ontem, de hoje de amanhã. O único erro (...) seria escolher uma dessas histórias com exclusão das outras”³²⁸. Desse modo, utilizou esse argumento para defender a interdisciplinaridade da história, sempre frisando a necessidade de manter o saber histórico com prioridade sobre as demais ciências sociais³²⁹. Esse imperialismo marcante na história dos *Annales* pode ser sintetizado pela célebre conclamação de Lucien Febvre: “historiadores, sejam geógrafos. Sejam também juristas e sociólogos, e psicólogos”³³⁰.

Com o advento da *Nova História*, problemas inéditos foram trazidos para as pesquisas históricas, o que acabou resultando em um alargamento do terreno do historiador. A história passou a se preocupar com temas até então desconhecidos ou mesmo entendidos como de pouca relevância para esse saber. Entretanto, segundo François Dosse, essa diversidade temática das pesquisas históricas resultou em uma grande *dispersão* no campo científico, com os trabalhos representando paradoxalmente o *fim de toda a perspectiva globalizante*. A história passou a se ocupar da totalidade dos temas humanos, não de forma integrada – como uma história total – mas sim de modo fragmentado, constituindo-se em uma *história em*

³²³ Vide 4.2.

³²⁴ REIS, José Carlos. *Escola dos Annales...* p. 79.

³²⁵ François Dosse lembra que essa era uma característica que Marc Bloch e Lucien Febvre tinham em comum com o materialismo histórico marxista, a *vontade totalizadora de abraçar o real*. DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 99.

³²⁶ FEBVRE, Lucien. *Combates pela história...* p. 30.

³²⁷ BLOCH, Marc. *Apologia da história...* p. 132.

³²⁸ BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história...* p. 53.

³²⁹ BRAUDEL, Fernand. *Escritos sobre a história...* p. 54.

³³⁰ FEBVRE, Lucien. *Combates pela história...* p. 40.

migalhas: não havia mais uma história global, mas sim *várias histórias*³³¹, conforme se detalhará na seção seguinte.

De modo geral, seria possível cogitar que a ideia de história total tenha provocado prejuízos para o desenvolvimento de uma história do direito penal. Primeiramente, porque contestou a autonomia desse saber, ignorando as idiossincrasias e especialidades óbvias do estudo do fenômeno jurídico, necessárias para uma pesquisa dessa natureza; por outro lado, também foi de encontro à ideia de que haveriam elementos propriamente jurídicos que também mereceriam serem observados criteriosamente, o que terminou por estimular trabalhos históricos nos quais os fenômenos punitivos seriam tão-somente aspectos reflexos de um *princípio unificador* da sociedade – em regra, a partir de fundamentos econômicos ou políticos. Não obstante, seria possível uma reinterpretação da ideia de história total, a partir da diversificação temática empreendida pela *Nova História*. Nesse contexto se faria possível uma história do direito penal autônoma.

Após a exposição das principais das características da *Escola dos Annales*, resta-nos fazer um balanço sobre o legado do movimento além de algumas observações sobre problemas observados na sua historiografia. Parece unânime sua importância para a renovação da historiografia, sendo possível afirmar com segurança que as suas ideias foram recepcionadas – muitas vezes com entusiasmo – não somente na França, mas em todo o mundo³³². No Brasil não seria diferente, sendo perceptível a influência da *Escola dos Annales* em nossa historiografia contemporânea³³³.

O movimento correspondeu a um programa bem diversificado de princípios e propostas científicas – incluindo divergências e contradições internas entre os seus historiadores – e por isso talvez não seja muito adequado se falar na existência de uma metodologia específica da *Escola dos Annales* ou mesmo de uma formulação teórica uniforme, mas sim de uma metodologia plural e de várias propostas teóricas³³⁴. Conforme vimos ao estudar as principais características do movimento, essas teses foram essenciais para

³³¹ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 371.

³³² BURKE, Peter. *A Escola dos Annales...* p. 123-136.

³³³ D'ALESSIO, Marcia Mansor. A Historiografia francesa na contemporaneidade e o diálogo França/Brasil. BARBOSA, Cibele (org.). *Teoria da história e historiografia*: debates pós-68. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 2012, p. 133-149.

³³⁴ MASTROGREGORI, Massimo. Existe uma formulação teórica em Marc Bloch e Lucien Febvre? NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogerio F. da. *Nova história em perspectiva*, v. 1: propostas e desdobramentos. São Paulo: Cosacnaify, 2011, p. 432.

uma renovação radical na historiografia contemporânea, aproximando-a das demais ciências sociais e buscando uma maior cientificidade para as pesquisas históricas.

É preciso chamar a atenção para alguns problemas. Primeiramente, é de se lamentar o fato de que o movimento deu pouca importância à história contemporânea³³⁵. Essa característica é até mesmo contraditória, caso lembremos da afirmação de Marc Bloch de que a história não seria uma ciência do passado, mas sim a *ciência dos homens no tempo*³³⁶, o que deveria realçar as preocupações com os eventos atuais especialmente problemáticos. Entretanto, influenciados pela ideia de longa duração – e, conseqüentemente, afastados de um modelo de história factual – a maioria dos historiadores desse movimento se especializou no período medieval ou na idade moderna em detrimento do estudo de períodos mais recentes. Essa deficiência parece ter contribuído para uma percepção, por vezes demasiado reacionária, principalmente ao se considerar que a *história estrutural* seria avessa a mudanças sociais. Também o combate contra a historiografia tradicional resultou em um desprezo pela história política, que chegou a um patamar exagerado. Tanto que hoje já se fala em uma *nova história política*³³⁷ – logicamente não como única preocupação do historiador, mas considerando o enfoque político como aliado aos demais objetos da ciência histórica. Por essa razão, a *Escola dos Annales* perdeu uma ótima oportunidade de analisar historicamente importantes eventos ocorridos no século XX³³⁸. Acabou se esquivando da incumbência, evitando encarar os problemas que se apresentavam, ocultando-se por meio de um discurso *politicamente neutro*³³⁹. Diga-se de passagem, ambos os fenômenos foram impeditivos de uma análise histórica mais cuidadosa dos fenômenos punitivos – que são essencialmente políticos – principalmente aqueles surgidos na contemporaneidade – como por exemplo, a massificação da pena de prisão.

A proposta de história total, uma das mais importantes bandeiras do *Annales*, de certa maneira também pode ter prejudicado a pretensão de cientificidade da história do direito. A afirmação poderia à primeira vista parecer contraditória, em razão da interdisciplinaridade característica do movimento. Entretanto, lembremos que a história total tinha a meta de colonizar os demais saberes sociais, o que justificou um certo desprezo pelos aspectos jurídicos da sociedade: o direito perderia seu valor enquanto ciência social, pois somente a

³³⁵ BURKE, Peter. *A Escola dos Annales...* p. 140. LE GOFF, Jacques. *A História nova...* p. 70-71.

³³⁶ BLOCH, Marc. *Apologia da história...* p. 55.

³³⁷ BARROS, José D'Assunção. *O Campo da história: especialidades e abordagens*, 7ªed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 106.

³³⁸ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 340.

história possibilitaria uma compreensão dos problemas da sociedade, inclusive os jurídicos. Podemos notar essa tendência de desprezo na afirmação de Jacques Le Goff, que comemorou o fato de a *Escola dos Annales* ter se protegido da influência da filosofia da história e do direito, pois esse último seria, em suas palavras “inspirador de uma história jurídica, frequentemente sem contato com o real, combinando-se com a erudição positivista para produzir, conforme a expressão de Marc Bloch, *esses camponeses que só lavram cartulários*”³⁴⁰.

Isso certamente contribuiu para reforçar os argumentos daqueles que defendiam que a história do direito penal deveria ser uma disciplina meramente jurídica – por meio de uma história interna – com a postura tradicional dos juristas de *cuidar do direito e deixar a história apenas para os historiadores*. O resultado lamentável foi o afastamento da disciplina das várias novidades metodológicas criadas no âmbito da historiografia francesa. Sobre isso, ressentiu-se enfaticamente Paolo Grossi, ao dizer que não podia entender “a desconfiança programática e generalizada relacionada ao jurídico, a sua retirada da relação de ciências sociais, a sua condenação ao exorcismo mais humilhante: o do silêncio”³⁴¹.

Mas é preciso esquecer esses preconceitos – que existiram no seio da própria *Escola dos Annales* – e aproveitar, ainda que com um enorme atraso, todo o potencial desse movimento intelectual, trazendo para a história do direito penal as suas importantes inovações científicas. Cumpre afirmar, nesse sentido, que a história do direito de vertente mais crítica é, sem sombra de dúvidas, devedora de ao menos algumas das propostas da historiografia francesa³⁴². Isso porque, segundo Antônio Manuel Hespanha, a *Escola dos Annales* teria sido responsável por uma visão mais arejada da história do direito, fazendo enxergar o jurídico a partir das suas inúmeras conexões com a sociedade, que somente poderiam ser compreendidas a partir de uma perspectiva interdisciplinar, por meio de uma estratégia que “leva a uma história do direito intimamente ligada à história dos diversos contextos (culturas, tradições literárias, estruturas sociais, convicções religiosas) com os quais (e nos quais) o direito funciona”³⁴³. Por fim, conforme ensinamento de Ricardo Marcelo Fonseca, justifica-se a preocupação de se incentivar um constante diálogo da *Escola dos Annales* com a história do

³³⁹ REIS, José Carlos. *Escola dos Annales...* p. 150.

³⁴⁰ LE GOFF, Jacques. *A História nova...* p. 59-60.

³⁴¹ GROSSI, Paolo. *Storia sociale e dimensione giuridica...* p. 10. Mais sobre o tema, no item 2.1.

³⁴² WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil...* p. 38-40.

³⁴³ *Apud* FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito...* p. 84.

direito “na busca e construção de novos domínios de investigação, novos instrumentos de pesquisa e na detecção de novos problemas”³⁴⁴.

3.2 DO PORÃO AO SÓTÃO: NOVA HISTÓRIA E A HISTÓRIA CULTURAL

Certas lacunas sombrias da formação jurídica me colocavam na posição incômoda do burguês de Molière: estava começando a me aproximar da chamada *história nova*, porém não sabia³⁴⁵.

Após o ano de 1968, o movimento do *Annales* passou por mudanças significativas. A começar pela liderança do grupo que não foi mais capitaneada por um historiador destacado dos demais – como ocorrera com Lucien Febvre na primeira fase ou com Braudel na segunda etapa. Houve na verdade uma disputa ferrenha pela direção do movimento por parte de vários historiadores. Fernand Braudel havia dividido o seu legado entre alguns pesquisadores mais jovens, principalmente Jacques Le Goff e Le Roy Ladurie, gerando entre eles um embate acirrado pelo posto de liderança da escola³⁴⁶. Isso acabou provocando uma *fragmentação intelectual*, pois não havia mais um modelo geral a servir como base para a historiografia do movimento, como ocorrera antes. Pelo contrário, prevaleceu um *policentrismo* que resultou, na prática, em uma grande ampliação temática da ciência histórica³⁴⁷. Desse modo, as pesquisas históricas começaram a apresentar preocupações absolutamente inovadoras com relação aos temas mais comumente estudados anteriormente. Peter Burke observou que vários historiadores dessa nova corrente prosseguiram com o programa de Lucien Febvre, “estendendo as fronteiras da história de forma a permitir a incorporação da infância, do sonho, do corpo e, mesmo, do odor. Outros solaparam o projeto pelo retorno à história política e à dos eventos. Alguns continuaram a praticar a história quantitativa, outros reagiram contra

³⁴⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito...** p. 88.

³⁴⁵ BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, v. I, 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 16.

³⁴⁶ BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les Écoles historiques...** p. 250.

³⁴⁷ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 90.

ela”³⁴⁸. Foi tão forte a fragmentação temática que François Dosse chegou a denominar essa renovada historiografia de *história em migalhas*³⁴⁹.

Cumpre lembrar que tanto os historiadores desse último período como também as duas primeiras gerações da *Escola dos Annales* – conhecidas pela influência de Marc Bloch, Lucien Febvre e Fernand Braudel – em alguns momentos foram denominadas com o termo *Nova História*. Isso fez alguns pesquisadores afirmarem – alguns com certa ironia – que haveria uma *nouvelle nouvelle histoire*, referindo-se à essa última geração³⁵⁰. Para evitar uma confusão terminológica, utilizaremos a expressão *Nova História* – adotando a terminologia que ficou mais popularizada à época³⁵¹ – para nos referirmos à essa *terceira* geração, surgida após 1968. Por sua vez, caso façamos alguma referência às duas primeiras gerações, adotaremos a expressão *Escola dos Annales*, seguindo a formatação já utilizada neste texto. Com relação à questão da cronologia da escola, alguns autores apontam para a existência de uma *quarta geração* da *Escola dos Annales*, que teria surgido a partir da crítica da história das mentalidades e do surgimento da história cultural nos anos 1980 e que serão explicadas adiante³⁵².

Temos a difícil tarefa de indagar se essa diversidade característica da *Nova História* realmente significou um distanciamento definitivo do programa originalmente criado pelos fundadores da *Escola dos Annales*, ou seja, se houve de fato a inauguração de uma nova proposta de historiografia, diferenciada da que lhe precedeu. Em outras palavras, após uma observação atenciosa do tema, seria possível falar em uma terceira fase dos *Annales* ou estaríamos diante de um novo movimento historiográfico, distinto – *histoire nouvelle* – com características diversas do seu antecessor? Para responder à pergunta, é preciso lembrar da necessidade – que transpareceu em muitos trabalhos históricos – de vincular as pesquisas então realizadas a uma *longa e sólida tradição* científica representada pela *Escola dos Annales*³⁵³. Não foi por outra razão que se aperfeiçoou a historiografia sobre o próprio movimento, como já foi dito. Lembrar esse legado tinha uma dupla função para os historiadores que se autoproclamavam como sucessores de Lucien Febvre e Fernand Braudel: além de isso servir como uma legitimação para os seus trabalhos – considerando que estariam

³⁴⁸ BURKE, Peter. *A Escola dos Annales...* p. 89-90.

³⁴⁹ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 340.

³⁵⁰ BARROS, José D’Assunção. *Teoria da história, vol. V...* p. 311-313.

³⁵¹ LE GOFF, Jacques. *A História nova...*

³⁵² HUNT, Lynn. *História, cultura e texto*. HUNT, Lynn (org.). *A Nova história cultural*, 2ªed. São Paulo: Martins fontes, 2001, p.8.

³⁵³ LE GOFF, Jacques. *A História nova...* p. 36.

trilhando o caminho que havia sido delineado pelos fundadores do movimento – a vinculação também funcionava como um escudo protetor contra as críticas proferidas por aqueles historiadores que não tinham aderido às novas ideias. Por isso, Guy Bourdé e Hervé Martin lembraram que “essa genealogia constitui assim um argumento de peso na convivência conflituosa com os outros setores da ciência histórica. Invocar os ancestrais venerados por todos permite que se evite os confrontos mais violentos”³⁵⁴. Indo além do *culto aos antepassados*³⁵⁵, representado por esse discurso de legitimação de alguns historiadores, autoproclamados herdeiros da *Escola dos Annales*, é importante saber se eles realmente permaneceram apegados aos postulados fundamentais do movimento. Desse modo, torna-se possível concluir se teria havido uma continuidade na *Escola dos Annales*, a partir do início dos anos 1970.

Inicialmente, vale a pena esclarecer que essa nova historiografia não tinha as mesmas pretensões de unificação doutrinária da *Escola dos Annales*, tampouco ela se colocou *em combate* declarado contra modelos historiográficos divergentes. Pelo contrário, parece que a ideia era congregar os mais diversos estilos e propostas de historiografia e não rechaçar aqueles que não fossem conformes com determinado padrão científico. Jacques Le Goff e Pierre Nora deixaram bem claro que não estavam propondo uma nova *escola*, nem muito menos um modelo de historiografia ortodoxo³⁵⁶. A *Nova História*, diferentemente da *Escola dos Annales*, caracteriza-se muito mais pela heterogeneidade dos modelos de pesquisa histórica que por atributos e princípios comuns. Para destacar ainda mais esse traço, Jacques Le Goff – referindo-se aos pesquisadores da *Nova História* que contribuíram para uma importante coletânea que organizou – afirmou que “os autores desse *dicionário* não possuem denominador ideológico comum, embora todos eles partilhem – com outros, cada vez mais numerosos – a *preocupação de fazer a história avançar por novos caminhos*. Com efeito, embora postule a necessidade de uma reflexão teórica, *a história nova não depende de nenhuma ortodoxia ideológica*”³⁵⁷.

Uma tendência que surgiu no período foi a de os historiadores tomarem para si a tarefa de compreenderem como se constrói o pensamento histórico, a partir da realização de

³⁵⁴ BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. *Les Écoles historiques...* p. 252.

³⁵⁵ CARDOSO, Ciro Flamarion.. *Ensaaios racionalistas*. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 99.

³⁵⁶ LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre. Apresentação. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre. (orgs.). **Fazer história, v. 1: novos problemas**. Amadora: Livraria Bertrand, 1977, p. 9. Alguns anos depois, Jacques Le Goff voltou a frisar esse aspecto, afirmando: “(...) quero deixar bem claro que não sou o líder de uma escola e que, mais ainda do que em 1978, falo aqui em meu próprio nome e não comprometo outros historiadores além de mim”. LE GOFF, Jacques. Prefácio. LE GOFF, Jacques (org.). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 2.

*reflexões sobre as formas de representação histórica*³⁵⁸. Conforme ensinou José Carlos Reis, os historiadores se aperceberam da relativização do saber histórico e começaram a questionar-se sobre os *fundamentos epistemológicos de sua disciplina*. Isso também significou uma reação contra a teorização da história por parte de não historiadores, pois “eles não aceitam que outros – filósofos, teóricos – façam essa epistemologia da história, mas eles mesmos, os práticos, fariam a teoria dessa sua prática”³⁵⁹.

Graças a essa nova *atividade epistemológica* do historiador, surgiram avanços no que diz respeito à história do direito: os historiadores começaram a elaborar critérios e fundamentos epistemológicos, delineando como seria possível uma pesquisa histórica sobre o fenômeno jurídico com a cientificidade desejada. No campo criminal, isso parece ter impulsionado o surgimento da *história criminal* e da *história crítica do direito penal*³⁶⁰. Essa tese também poderia ser compreendida como vinculada aos esforços da *Nova História*, considerando que se trata de uma tentativa de contribuir com uma proposta diferenciada para o estabelecimento de fundamentos epistemológicos utilizados na pesquisa histórica dos conceitos jurídico-penais.

Com o horizonte das pesquisas históricas dividido por variadas propostas, coube a alguns historiadores levarem às últimas consequências algumas das tendências que já haviam sido inauguradas na segunda geração da *Escola dos Annales*. Talvez o maior exemplo dessa corrente mais exagerada seja Le Roy Ladurie. Esse historiador defendeu uma aproximação maior com a longa duração, advogando a ideia de uma *história imóvel*³⁶¹. A partir de uma radicalização da influência da antropologia estruturalista nas pesquisas históricas, ensinou que a história deveria se encaminhar para o fomento de pesquisas que demonstrassem que no longuíssimo prazo as mudanças sociais seriam desprezíveis, devendo por isso ser descartadas do ofício do historiador. Nesse sentido, afirmou que as conquistas do saber histórico referentes à *Escola dos Annales* são realmente irreversíveis, mas ainda poderiam ser aprimoradas caso a ciência histórica se apresentasse de forma “lógica, inteligível, previsível; se fosse possível, de uma vez por todas, exorcizar dela o acontecimento ou o acaso; e evacuar

³⁵⁷ LE GOFF, Jacques. **Prefácio...** p. 26, com grifos nossos.

³⁵⁸ CARDOSO, Ciro Flamarion. Introdução: história e paradigmas rivais. CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (orgs.). **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**, 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 6.

³⁵⁹ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 119. Poderíamos citar, como exemplos desse tipo de trabalho: DE CERTEAU, Michel. **A Escrita da história**, 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. VEYNE, Paul. **Como se escreve la historia: ensayo de epistemologia**. Madrid: Fragua, 1972.

³⁶⁰ Vide 2.2.

essa parte de circunstancial que constitui, para o historiador, o resíduo irritante da descoberta”³⁶².

Desse modo, o autor trouxe para o debate histórico a necessidade de se acentuar as serializações no tempo longo, que fariam com que, no contexto mais amplo, os eventos históricos fossem irrelevantes dentro da continuidade estável da história. Com essa preocupação com dados históricos seriais, Le Roy Ladurie foi o grande defensor da utilização de computadores nas pesquisas historiográficas, a ponto de afirmar que “o historiador de amanhã será programador, ou não será mais”³⁶³. O autor ainda acreditava que o mais importante para o saber histórico continuava sendo a problematização do tema e o desenvolvimento de hipóteses efetuados pelo historiador. Entretanto, com sua empolgação com a informática acabou destacando em demasia apenas os aspectos tecnológicos da pesquisa historiográfica. Segundo suas lições, a utilização da informática – que havia evoluído bastante à época – seria uma estratégia fundamental para o campo histórico, pois do contrário a historiografia francesa perderia seu espaço para os estudos norte-americanos³⁶⁴. O uso de computadores nas pesquisas históricas privilegia as repetições e constâncias e, portanto, destaca a *longa duração, permanente e imóvel*³⁶⁵.

Com essa fetichização da perspectiva quantitativa, a *Nova História* perdeu muito da capacidade de conceitualização, transformando-se em uma longa série de dados ociosos, uma descrição pormenorizada de fatos e acontecimentos. Acabou se assemelhando ao positivismo histórico – *historicismo* – tão combatido pela *Escola dos Annales*. Segundo François Dosse esse modelo historiográfico, excessivamente encantado pelas séries de dados, seria na verdade uma nova forma de alienação no campo da história que traduziria uma *dupla impotência*, “a de o historiador poder aspirar à visão global e a do homem agindo na história, entre as séries que lhe escapam”³⁶⁶. A rigor, com essa postura Le Roy Ladurie acabou marginalizando a própria humanidade do debate histórico, ao promover uma *história sem os homens*³⁶⁷, uma história do tempo geográfico, imóvel. François Dosse acrescenta que considerar o homem supérfluo diante de uma história do tempo longuíssimo – como a *história climática* –

³⁶¹ LE ROY LADURIE, Emmanuel. L'Histoire immobile. **Annales: économie, sociétés, civilisations**, ano 29, n. 3. Paris: EHESS, 1974.

³⁶² LE ROY LADURIE, Emmanuel. Acontecimento e longa duração na história social: o exemplo dos chouans. NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogério F. da (orgs.). **Nova história em perspectiva**, v. 1: propostas e desdobramentos. São Paulo: Cosacnayfi, 2011, p. 250.

³⁶³ LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973, p. 14.

³⁶⁴ REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 115.

³⁶⁵ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 280.

³⁶⁶ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 281.

equivalia a promover uma verdadeira revolução copernicana na ciência histórica³⁶⁸. A história deixaria de ser uma *ciência dos homens* e acabaria se encaminhando para o estudo do *tempo estrutural e geográfico* – uma história *cosmológica e da natureza*³⁶⁹ – numa visão que coadunava com um modelo de ciência estática e tradicionalista, que não se fundamentava na observação de mudanças e transformações sociais: antes, pelo contrário, afirmava que essas seriam impossíveis. Com esse novo paradigma, o historiador tornava-se “o especialista do tempo imóvel em um presente congelado, petrificado de pavor diante de um futuro incerto”³⁷⁰.

Diga-se de passagem, essas propostas de Le Roy Ladurie são absolutamente contrárias ao modelo de história crítica do direito penal que propomos neste trabalho. Ao optar por uma análise histórica estruturalista, fomentadora de uma visão estática da sociedade e ancorada em um passado imutável idealizado, esse desenho epistemológico impossibilita a construção de um saber histórico direcionado para as transformações das práticas punitivas no sistema penal; também impede a compreensão das rupturas discursivas no campo criminal, afastando-se de um modelo almejado de história criminal oxigenado pela história cultural. Por essa razão, esse modelo deve ser recusado, em prol de uma história do direito penal dinâmica e crítica.

Além desse modelo de *história imóvel*, a já comentada heterogeneidade da *Nova História* possibilitou o ressurgimento de certas tendências historiográficas que haviam sido excluídas da ciência histórica pelas duas primeiras gerações do *Annales*. Foi o que aconteceu com a volta da preocupação histórica com a biografia, com o acontecimento (factual), e ainda, o retorno da história-narrativa e da história política. Segundo Jacques Le Goff, não se tratava exatamente de uma *volta* porque “se cada uma delas pode ser aceita pela nova história e se os partidários da nova história não raro delas deram o exemplo, é porque *cada um desses gêneros históricos (ou quase) volta com uma problemática renovada*”³⁷¹. Primeiramente, comentaremos a questão do retorno da biografia e do acontecimento para o domínio da historiografia.

A *Escola dos Annales* havia condenado a biografia como gênero de trabalhos científicos, em razão de estudos dessa natureza se deterem em uma análise individualizada de

³⁶⁷ LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973, p. 424-455.

³⁶⁸ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 282.

³⁶⁹ LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973, p.513.

³⁷⁰ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 250.

um problema histórico, despreocupando-se das questões gerais, da totalidade da sociedade. Não obstante, o próprio Lucien Febvre chegou a produzir trabalhos históricos dessa natureza – suas biografias históricas mais importantes foram estudos sobre Rabelais³⁷² e Lutero. Isso nos faz acreditar que essa reação exagerada contra a biografia histórica talvez tenha sido mais acentuada na segunda geração do movimento, a partir da ênfase estruturalista na história capitaneada por Fernand Braudel. De toda forma, parece que o motivo do rechaço era justamente o fato de a biografia ser relacionada a uma história *narrativa* e *factual*, alvos preferenciais do combate pela história pelos *annalistes*.

Não obstante, a *Nova História* começou a se preocupar em delinear o estudo histórico a partir de recortes menores, desapegando-se de uma ideia de história global. Assim, as biografias apresentaram-se como um dos possíveis expedientes para se realizar uma história relativizada e fragmentada, com um foco na história individual. Entretanto, a preocupação agora não era estudar a vida de figuras notáveis – os chamados *vultos históricos* – como ocorria com o *historicismo*. Pelo contrário, em conformidade com a lógica utilizada pela *história vista de baixo* e *história dos marginais* – que comentaremos à frente – a tendência era focar-se nas pessoas *comuns* do povo, que poderiam oferecer luzes sobre as questões da cultura popular, dos *mores* das classes mais baixas da sociedade. Segundo essa lógica, “não é um objetivo de pouca importância estender às classes mais baixas o conceito histórico de *indivíduo*”³⁷³. Um exemplo bastante conhecido dessas biografias históricas renovadas, é o da trajetória de Menocchio – um moleiro friuliano condenado por práticas heréticas pelo Santo Ofício, personagem do célebre *O Queijo e os vermes*, de Carlo Ginzburg³⁷⁴. Trata-se de um trabalho representativo da *micro-história* que ocupou uma posição muito específica, dentro do contexto da *Nova História*³⁷⁵.

Prosseguindo, sabemos que os *annalistes* defendiam que as pesquisas históricas se debruçassem sobre a estrutura da sociedade, ignorando os acontecimentos – assumindo que os fatos não seriam importantes, a partir de uma perspectiva de longa duração. Por isso, a rejeição da história *factual* – *histoire événementielle* – em prol de uma história estrutural foi

³⁷¹ LE GOFF, Jacques. **Prefácio...** p. 9, grifamos.

³⁷² FEBVRE, Lucien. **O Problema da incredulidade no século XVI...**

³⁷³ GINZBURG, Carlo. **O Queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela inquisição.** São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 20, grifos no original.

³⁷⁴ GINZBURG, Carlo. **O Queijo e os vermes...**

³⁷⁵ LEVI, Giovanni. Sobre a micro-história. BURKE, Peter (org.). **A Escrita da história: novas perspectivas.** São Paulo: UNESP, 2011, p. 138.

um dos pontos fulcrais do programa científico da *Escola dos Annales*³⁷⁶. Contudo, esse princípio foi relativizado e os fatos e acontecimentos voltaram a ser objeto de estudo privilegiado dos historiadores. Nesse sentido, a *volta do acontecimento* representou uma preocupação da *Nova História* com a historiografia do tempo atual, dos acontecimentos presentes. O ressurgimento do acontecimento na ciência histórica “é irresistivelmente ligada à tentativa de imediação histórica”³⁷⁷.

Havíamos comentado sobre as críticas que eram feitas à *Escola dos Annales*, relacionadas ao seu desapego à história contemporânea. Houve uma reação contra essa lacuna da historiografia francesa e um restabelecimento da preocupação histórica com o tempo atual, entre outras razões por estar-se diante de um *presente* tão atribulado – nos anos após 1968 – que não fazia nenhum sentido que os historiadores continuassem a ignorá-lo solenemente como objeto de suas reflexões. Pierre Nora afirmou que “nenhuma época viu, como a nossa, seu presente ser vivido de um modo já tão carregado de *sentido histórico*. E só isto bastaria para a dotar de uma identidade, para *libertar a história contemporânea*”³⁷⁸. Essa preocupação resultou numa sistematização do estudo histórico do tempo presente. Assim, segundo Jean Lacouture, a história imediata seria uma necessidade decorrente das crises atuais, uma *projeção de um século convulsionado*. O mesmo autor destacou a importância da utilização dos meios de comunicação de massa como fonte histórica, e por isso afirmou que historiadores e jornalistas cada vez mais aproximavam-se em suas atividades³⁷⁹.

De certo modo, essa retomada do acontecimento reflete um rechaço a um apego exagerado à ideia de continuidade do tempo longo, dando-se também destaque nos trabalhos históricos para os eventos factuais, os acontecimentos contemporâneos. Entretanto, esses *acontecimentos* não poderiam mais ser considerados pelo historiador tão-somente como uma fria coleção de fatos a serem reunidos cronologicamente – como sucedia anteriormente com a história *positivista*. Adotando uma concepção diferenciada, os acontecimentos passaram a ser considerados, na verdade, reflexos de fenômenos pretéritos, possuindo por isso uma *significação histórica*³⁸⁰. Assim, equivalem a rupturas, inaugurando mudanças sociais. Nas palavras de Pierre Nora, enquanto a historiografia se esforçou para esconjurar o

³⁷⁶ BURKE, Peter. A História dos acontecimentos e o renascimento da narrativa. BURKE, Peter (org.). **A Escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: UNESP, 2011, p. 336.

³⁷⁷ LACOUTURE, Jean. A História imediata. LE GOFF, Jacques (org.). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 311.

³⁷⁸ NORA, Pierre. **O Regresso do acontecimento...** p. 243-244, grifamos por último.

³⁷⁹ LACOUTURE, Jean. **A História imediata...** p. 313-321.

³⁸⁰ NORA, Pierre. **O Regresso do acontecimento...** p. 249.

acontecimento, negando-lhe importância, paradoxalmente “o acontecimento regressa – um outro acontecimento – e, com ele, talvez, mesmo a possibilidade de uma história propriamente contemporânea”³⁸¹. As rupturas são um conceito fundamental para a investigação arqueológica proposta por Michel Foucault, que será estudada mais adiante, e justamente por isso a *história do presente* é uma das características mais importantes de sua arqueogenealogia do poder.

Também a crítica à *história-narrativa* foi relativizada. Cumpre lembrar que essas objeções às narrativas históricas ocorridas nas primeiras gerações da *Escola dos Annales*, foram importantes, tendo contribuído para o aperfeiçoamento epistemológico nesse campo de conhecimentos por meio da superação do *historicismo*. Contudo, segundo Peter Burke, passado esse momento de transição de paradigmas *a escrita da história passou a se empobrecer com esse abandono da narrativa*, sendo necessário buscar novos modelos de narração correspondentes às novas histórias³⁸². Em grande parte, esse movimento de revalorização da narrativa no campo histórico foi também ocasionado por um rechaço ao determinismo – especialmente de natureza econômica – tão característico dos trabalhos históricos focados nas estruturas sociais, além de resultar de um descrédito com relação ao método quantitativo nas pesquisas históricas³⁸³. Com efeito, a narrativa seria naturalmente ampliada nas pesquisas que tivessem como foco o relato de acontecimentos e, por outro lado, seria ela proporcionalmente menor naqueles trabalhos que objetivassem análises dos mesmos fatos³⁸⁴. Por essa razão, *a história-narrativa foi beneficiada pela volta do acontecimento no campo histórico*, que já comentamos.

O tema da narração como atividade inerente ao *métier* do historiador suscitou discussões a respeito da margem de discricionariedade que o pesquisador teria ao narrar sobre o passado. A questão seria identificar até que ponto a história poderia ser entendida como uma atividade criativa e não como uma investigação científica. Com essa preocupação, vários trabalhos reforçaram os vínculos existentes entre a pesquisa histórica e a retórica e ficção, o que fez com que surgissem indagações sobre as certezas de que o relato histórico seria capaz de apresentar o passado tal como realmente aconteceu³⁸⁵. Paul Veyne, por exemplo, afirmou

³⁸¹ NORA, Pierre. **O Regresso do acontecimento...** p. 262.

³⁸² BURKE, Peter. **A História dos acontecimentos e o renascimento da narrativa...** p. 355.

³⁸³ HOBBSAWM, Eric. **Sobre história**. São Paulo: Companhia das letras, 2013, p. 260.

³⁸⁴ WHITE, Hayden. A Questão da narrativa na teoria histórica contemporânea. NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogério F. da. **Nova história em perspectiva**, v. 1: propostas e desdobramentos. São Paulo: Cosacnaify, 2011, p. 441.

³⁸⁵ CHARTIER, Roger. **A história ou a leitura do tempo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 11-12.

que *a história não existe* porque na verdade o que existem são *histórias sobre algum tema*. Desse modo, acabou por concluir que *a história não seria uma ciência*³⁸⁶. Por sua vez, Michel de Certeau acentuou o caráter discursivo da história, afirmando que “o discurso histórico pretende dar um conteúdo verdadeiro (que vem da verificabilidade), mas sob a forma de uma narração”³⁸⁷. Já Georges Duby, destacando a aproximação existente entre o discurso histórico e literário, ensinou que “a diferença entre o romancista e o historiador é que o historiador é obrigado a ter em conta um certo número de coisas que se lhe impõem; ele preocupa-se com a *veracidade*, se quiser, talvez mais do que com a realidade”³⁸⁸.

O resultado de toda essa discussão foi o surgimento de sérias dúvidas com relação à validade da história enquanto um conhecimento seguro, o que causou uma verdadeira crise nesse campo científico³⁸⁹. A reação dos historiadores foi imediata. Eric Hobsbawm criticou o *deslumbamento* com essas teses pós-modernistas, de exagerado relativismo e que lançavam *dúvidas sobre a distinção entre fato e ficção*. Não obstante, talvez admitindo que o conhecimento histórico realmente se baseava em um discurso construído pelo pesquisador, afirmou que a diferenciação entre fato histórico e ficção é apenas uma das muitas tarefas do historiador e talvez não seja a mais importante delas³⁹⁰. Já Carlo Ginzburg, reagindo à negação do caráter epistemológico da história, construiu uma defesa do conhecimento histórico, que segundo ele teria suas especificidades por se valer de um *paradigma indiciário*. Segundo o autor, a história nunca foi uma ciência aproximada do modelo de Galileu, apegada a uma metodologia rígida e baseada na causalidade lógica. Pelo contrário, *o conhecimento histórico seria caracterizado por ser conjectural e indiciário* pois o pesquisador chega às suas conclusões de forma indireta³⁹¹.

Da celeuma podemos concluir que o papel do historiador é essencial na construção do conhecimento histórico³⁹², pois é por meio de sua narrativa que se constrói o discurso histórico –essa constatação se tornou um consenso e é uma das importantes contribuições da *Nova História*. Entretanto, parece-nos exagerada a opinião de que não haveria segurança alguma no conhecimento obtido pelas pesquisas históricas, sendo as mesmas equivalentes à

³⁸⁶ VEYNE, Paul. **Como se escreve la historia...** p. 5-6.

³⁸⁷ DE CERTEAU, Michel. **A Escrita da história...** p. 100.

³⁸⁸ DUBY, Georges; LARDREAU, Guy. **Diálogos sobre a nova história**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1989, p. 38.

³⁸⁹ CHARTIER, Roger. **A História ou a leitura do tempo...** p. 13.

³⁹⁰ HOBBSAWM, Eric. **Sobre história**. São Paulo: Companhia das letras, 2013, p. 371 e 373.

³⁹¹ GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**, 2ªed. São Paulo: Companhia das letras, 2014, p. 156-157.

literatura ficcional. Nesse ponto, concordamos com Carlo Ginzburg, acreditando que seria possível obter informações seguras de acontecimentos pretéritos a partir de um juízo indiciário que é próprio da história, o que equivale a afirmar que *o caráter narrativo da história não inviabiliza o seu caráter epistêmico*. No mais, essa característica da narração não está presente apenas nesse saber pois é compartilhada com outros campos de conhecimento que possuem também um acentuado traço discursivo – como, por exemplo, o direito.

A *Nova História* também foi marcada por um renascimento da história política. Foi dito aqui que a *Escola dos Annales* teve como um de seus principais alvos a história política, que era vinculada a um modelo superado de historiografia relacionado a uma história positivista ou historicista³⁹³. Segundo o programa, a pesquisa histórica deveria se concentrar no estudo das estruturas sociais e por isso seria mais conveniente para esse campo científico o desenvolvimento das histórias social e econômica em detrimento da política. Não obstante, é possível tecer algumas considerações críticas acerca dessa postura de rechaço ao político na história, tão exagerada que chegou a ignorar completamente a questão do poder³⁹⁴. Primeiramente, pode-se dizer que a *Escola dos Annales* se viu perigosamente afastada dos debates contemporâneos fundamentais em razão da sua *despolitização*³⁹⁵. Nesse sentido, o afastamento da dimensão política parece ser um sintoma da *era do vazio*, condição da pós-modernidade, marcada por uma apatia das massas, uma indiferença com relação aos rumos da sociedade³⁹⁶. Em segundo lugar, tal resistência acabou justificando um recorte artificial da sociedade, insuficiente, no qual estariam ausentes todos os significados referentes à concepção do ser humano como *zoo politicum*, e “essa perda é ainda mais difícil de sustentar, pois ela envolve uma redefinição radical da natureza humana”³⁹⁷.

Por esses motivos, a *Nova História* admitiu – ou mesmo incentivou – um renascimento da história política considerando que seria indesejável ignorar nos estudos históricos as consequências do exercício do poder nas sociedades. Entretanto, para concretizar essa meta seria necessário distinguir essa *nova* história política daquela outra *démodé*, vinculada ao modelo superado do historicismo: seria preciso formular novas bases teóricas e

³⁹² Algo que já era lembrado pela primeira geração da *Escola dos Annales*, que dava destaque para as *escolhas* do historiador. BLOCH, Marc. **Apologia da história...** p. 51.

³⁹³ Entretanto, esse ostracismo da história política não teve tanto sucesso fora da França. FALCON, Francisco. *História e poder*. CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo. **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**, 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 63.

³⁹⁴ CARDOSO, Ciro Flamarion. **Ensaio racionalistas...** p. 97.

³⁹⁵ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 340.

³⁹⁶ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 344.

metodológicas. Uma primeira diferença de abordagem foi evitar o estudo histórico limitado ao poder que era exercido pelos representantes do Estado, pelas grandes figuras políticas – nobres e reis, militares e mandatários políticos – tal como se fazia na história positivista. Nesse sentido, a história política se associou à perspectiva da *história vista de baixo* e passou a se ocupar também da observação da atividade política das massas anônimas, dos indivíduos comuns³⁹⁸. Por isso, o retorno da história política também significou uma negação do determinismo histórico, a partir do destaque dado para o papel do homem diante do poder instituído, para o *agir em oposição à estrutura*³⁹⁹.

Um segundo aspecto notável foi a busca por fundamentos teóricos que estavam além da ciência histórica para fundamentar as análises históricas relacionadas ao poder. Nesse sentido, a *Nova História* “possibilitou a abertura para concepções novas e variadas a respeito de temas pouco frequentados pela historiografia: os poderes, os saberes enquanto poderes, as instituições supostamente não políticas, as práticas discursivas”⁴⁰⁰. Isso parece ter impulsionado uma perspectiva de desconcentração da análise política da esfera exclusiva do poder estatal, com a consideração de que o poder é uma tática política absolutamente fragmentada que se exerce nas mais variadas instâncias sociais. Segundo essa ideia, “o poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão”⁴⁰¹. Essa abordagem, construída por Michel Foucault, parece ter sido essencial para uma renovação da história política. Por meio dessa perspectiva ficou evidente que o exercício do poder não pode ser conhecido “como uma propriedade, mas como uma estratégia, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma *apropriação*, mas sim a disposições, manobras, táticas, técnicas e operações”⁴⁰². Logo, a análise histórica do poder não pode se resumir às questões do Estado, devendo ser ampliada para as técnicas e estratégias de poder distribuídas e capilarizadas na sociedade.

A história crítica do direito penal é devedora dessas renovações ocorridas na história política, assim como boa parte da estruturação da criminologia crítica segue assumidamente esses preceitos. A análise histórica do funcionamento do sistema punitivo equivale a um

³⁹⁷ HIMMELFARB, Gertrude. História com a política deixada de fora. NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogerio F. da. **Nova história em perspectiva**, v. 2: debates. São Paulo: Cosacnaify, 2013, p. 218.

³⁹⁸ BARROS, José D’Assunção. **O Campo da história...** p. 107.

³⁹⁹ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 116.

⁴⁰⁰ FALCON, Francisco. **História e poder...** p. 68.

⁴⁰¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2011, p. 183.

⁴⁰² FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: naissance de la prison**. Paris: Gallimard, 1975, p. 35.

estudo sobre o poder de punir e por isso se trata, entre outros aspectos, de uma pesquisa de história política. A perspectiva foucaultiana referida possibilita que existam objetos de estudo histórico mais específicos, indo além da preocupação formal com a legislação criminal – e, desse modo, evitando a história do direito interna. Nesse sentido, com essa abertura maior torna-se viável, por exemplo, uma pesquisa sobre as práticas punitivas ilícitas ou clandestinas – a análise histórica do *direito penal subterrâneo*, como denominam alguns criminólogos críticos⁴⁰³.

Entretanto, é preciso lembrar que, se por um lado o aspecto político não pode ser sonegado pelos historiadores, por outro lado não se deve deixar ofuscados os demais aspectos importantes da sociedade de suas análises. É nesse sentido, que a *nova história política* descobriu suas conexões com a história social, econômica e – mais importante para o nosso estudo – a *história cultural*⁴⁰⁴. Importante a lição de José D’Assunção Barros de que “não é o tipo de fato – político, econômico, social ou cultural por definição – o que define uma subespecialidade da história, mas sim o enfoque que o historiador dá a cada um destes tipos de fatos”⁴⁰⁵. Portanto, não é descabida a proposta de uma análise histórica no âmbito cultural que considere os aspectos políticos inerentes ao sistema punitivo.

A história dos conceitos jurídico-penais, que ensaiamos nessa tese, deve seguir os parâmetros de uma *história cultural, a partir da consideração de elementos próprios do discurso jurídico inter-relacionando-os com os fatores políticos e sociais*. Isso não significa que o aspecto político possa ser desprezado na pesquisa histórica. Muito pelo contrário. Mas também é importante uma análise histórica que considere que os discursos criminais devem ser analisados criticamente a partir de sua estrutura cultural própria, sendo daí interpretados em conjunto com os demais aspectos sociais e políticos. Um estudo histórico dos conceitos próprios do discurso criminal não deixa de trabalhar com aspectos sociais, políticos e econômicos, os quais não podem ser ignorados. Porém, segundo essa abordagem é na *especificidade do discurso criminal* que a análise histórica deverá se focar.

Portanto, a perspectiva de Michel Foucault de tratar a justiça penal como sendo algo *não jurídico*⁴⁰⁶ é absolutamente coerente com o modelo histórico genealógico adotado em sua obra que prioriza aspectos políticos no funcionamento do sistema punitivo, observando as

⁴⁰³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**, t. I, v. I, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Vide 2.2.

⁴⁰⁴ FALCON, Francisco. **História e poder...** p. 73. BARROS, José D’Assunção. **O Campo da história...** p. 109.

⁴⁰⁵ BARROS, José D’Assunção. **O Campo da história...** p. 112-113.

estratégias de poder empregadas nesse campo. Contudo, apesar de todo o mérito dessa abordagem, ela não suplantou totalmente o modelo histórico arqueológico do mesmo autor, que se fundamenta numa ênfase dada à análise interna do discurso – que, por isso, seria focada no estudo do pensamento jurídico-penal – relacionando-o com os elementos políticos e econômicos, bem como com as práticas punitivas. Conforme será mais bem explicado, a genealogia não exclui a arqueologia, antes a complementou. E isso significa que o conceito jurídico-penal somente pode ser corretamente entendido por meio de uma criteriosa investigação do discurso jurídico no qual é apresentado, lembrando sempre de relacionar o discurso com as práticas punitivas que lhes são próprias.

A *Nova História* também se caracterizou por uma diversidade de temas, uma multiplicação de objetos de pesquisa. Jacques Le Goff e Pierre Nora afirmaram que a *Nova História* é marcada pelo surgimento de *novos objetos* de estudo⁴⁰⁷. Dessa tendência resultou uma *hiperespecialização do conhecimento histórico*⁴⁰⁸, já que as pesquisas se focavam cada vez mais em aspectos específicos e bem delimitados da existência social. Há muita discussão sobre o que poderia ter ocasionado esse fenômeno, mas algo que certamente contribuiu para esse processo foi o aprofundamento do sentimento de *relativização* do conhecimento. Como afirmou François Dosse, de uma sociedade fragmentada terminou por surgir uma *história em migalhas*⁴⁰⁹. Desapegando-se de um modelo de historiografia ancorado na estrutura social e na longa duração – que por isso se prendia inexoravelmente a análises sociais ou econômicas – o historiador passou a ter uma ampla liberdade com relação ao seu objeto de pesquisa, podendo se deter sobre temas até então despercebidos pela história. Essa tendência já foi muito criticada, justamente por demonstrar de forma cabal a impossibilidade de uma unidade temática entre os historiadores. François Furet chegou a alegar que a *expansão incontrolada do campo histórico*, característica da *Nova História*, levou a uma busca incessante por novos temas a partir de escolhas arbitrárias ou até mesmo *modismos*⁴¹⁰.

Por isso, em razão dessa fragmentação temática é conveniente indagarmos se a *Nova História* continuou seguindo rumo a uma história total e em consonância com os princípios fundamentais da *Escola dos Annales*. Dessa maneira, também seria possível responder à

⁴⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir...* p. 30.

⁴⁰⁷ Esse é o título de uma coletânea organizada pelos autores. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (org.). *História: novos objetos*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

⁴⁰⁸ BARROS, José D'Assunção. *O Campo da história...* p. 10-11.

⁴⁰⁹ DOSSE, François. *A História em migalhas...* p. 266.

⁴¹⁰ FURET, François. Beyond the Annales. *The Journal of modern history*, v. 55, n. 3. Chicago: The University of Chicago press, 1983, p. 405.

questão inicial: seria ou não a *Nova História* uma continuação da *Escola dos Annales*? O tema é bastante polêmico, porque a resposta poderia levar à conclusão de que teria havido uma ruptura na tradição historiográfica dos *annalistes*, chamando atenção para a possível existência de *descontinuidades internas*⁴¹¹. Muitos chegaram a falar que a terceira geração teria traído os ideais do *Annales*⁴¹². Guy Bourdé e Hervé Martin chegaram a se preocupar com os vínculos dos historiadores da *nouvelle histoire* com os meios de comunicação em massa, fazendo entender que essa submissão ao *show business* poderia fazer com que a história rapidamente se tornasse obsoleta⁴¹³. De outro lado, François Dosse afirmou que a continuidade da *Escola dos Annales* seria um mito⁴¹⁴ e que as modificações surgidas no campo histórico a partir dos anos 1970 nos fariam concluir que o programa inicialmente projetado pelos fundadores Marc Bloch e Lucien Febvre teria se diluído. Para adaptar-se às metodologias dos demais saberes sociais a história teria renunciado   vocação de ciência sintetizadora. Com isso, a história – ao menos sob esse tradicional modelo francês – teria perdido sua identidade, correndo um sério risco de desaparecer dividida entre inúmeros objetos sem uma correlação interna entre eles⁴¹⁵. Com críticas ainda mais contundentes, Ciro Flamarion Cardoso entendeu que a *Nova História* seria uma *corrente retrógrada sob aparências de novidade e ousadia*, e justificou a opinião explicando que os temas estudados pelo movimento seriam de todo legítimos, mas o método empregado em seu estudo, que negava a *totalidade cognoscível e teoriz vel do social*, seria ileg timo⁴¹⁶.

Entretanto,   possível uma outra interpretação dessa dispersão temática. Numa outra posição acerca da controvérsia seria cabível defender que a multiplicação dos objetos de pesquisas históricas vai ao encontro de um programa de história total, pois o campo histórico passaria a abranger a totalidade do fenômeno humano, ainda que os estudos tenham passado a ser realizados de forma setORIZADA em razão da especialização do conhecimento. É com essa premissa que Jacques Le Goff defende que a *História Nova* “se afirma como história global, total, e reivindica a renovação de todo o campo da história”⁴¹⁷. Assim, toda forma de historiografia preocupada com um setor específico da sociedade e que “se coloca sob a bandeira de uma etiqueta aparentemente parcial ou setorial, (...)   na verdade uma tentativa

⁴¹¹ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história**, vol. V... p. 192.

⁴¹² REIS, José Carlos. **Escola dos Annales...** p. 125.

⁴¹³ BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les  coles historiques...** p. 270.

⁴¹⁴ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 369.

⁴¹⁵ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 372-373.

⁴¹⁶ CARDOSO, Ciro Flamarion. **Ensaio racionalistas...** p. 94 e 110.

⁴¹⁷ LE GOFF, Jacques. **A História nova...** p. 34.

de história total”⁴¹⁸. De fato, considerando-se a totalidade da história a partir da diversificação temática empreendida pelos *nouvelles* historiadores, seria possível afirmar que a *Nova História* dá sequência à tradição inaugurada pela *Escola dos Annales*, correspondendo a uma terceira geração desse movimento. Como já frisamos, alguns autores chegam a mencionar uma quarta geração, que se iniciaria em meados dos anos 1980, com destaque para os estudos de história cultural. Segundo essa posição, exatamente por meio dessa diversificação temática os historiadores estariam sendo fiéis à abordagem inicialmente proposta pelos *annalistes*⁴¹⁹. Essa é a opinião da maioria dos pesquisadores que costumam ser apontados como integrantes dessa renovada historiografia, como Jacques Le Goff⁴²⁰ e François Furet⁴²¹, entre muitos outros.

Também concordamos com esses autores. Parece haver uma linha de continuidade entre os dois movimentos historiográficos, ainda que tenham ocorrido modificações substanciais a partir da adoção desse paradigma mais recente de fragmentação do objeto do saber histórico. Acreditamos que a *História Nova*, mesmo apresentando características próprias, apresenta muitos dos traços definidores da *Escola dos Annales* como a preocupação com a interdisciplinaridade e a ideia de história total – mesmo que por meio de uma reinterpretação desse princípio. Contudo, não custa lembrar do já comentado interesse dos historiadores de serem classificados como pertencentes a essa tradição da *Escola dos Annales*, visando a legitimar a sua produção historiográfica. Como bem identificou José D’Assunção Barros, os pesquisadores da *Nova História* se viram com a difícil incumbência de administrar uma tensão importante, pois ao mesmo tempo em que tiveram que defender o legado da *Escola dos Annales* também foram obrigados a oferecer suas inovações originais⁴²².

Continuando, essa heterogeneidade ocasionada pela *Nova História* possibilitou o desenvolvimento da *história vista de baixo*. Trata-se de uma visão *subversiva* da história que buscava contestar a corrente principal historiográfica, passando a preocupar-se com a história dos *homens comuns*. Por meio dessa nova abordagem se fez possível “explorar experiências históricas daqueles homens e mulheres, cuja existência é tão frequentemente ignorada,

⁴¹⁸ LE GOFF, Jacques. **A História nova...** p. 35.

⁴¹⁹ FURET, François. **Beyond the Annales...** p. 390.

⁴²⁰ LE GOFF, Jacques. **A História nova...** p. 38. O autor afirmou que a *História Nova* teria uma *tradição própria*, vinculada à *Escola dos Annales*.

⁴²¹ FURET, François. **Beyond the Annales...** p. 391.

⁴²² BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 311-312.

tacitamente aceita ou mencionada apenas de passagem na principal corrente da história”⁴²³. Desse modo, surgiram estudos históricos direcionados para grupos sociais que foram tradicionalmente negligenciados pela história tradicional, tais como a classe trabalhadora⁴²⁴, bruxas e hereges⁴²⁵, presos⁴²⁶, loucos⁴²⁷, etc. Em suma, o pesquisador passou a ter legitimidade para desenvolver estudos históricos sobre aquelas pessoas entendidas como marginalizadas⁴²⁸, o que abria as portas do campo histórico para um sem-número de novos problemas. Também contribuiu para essa diversificação dos interesses da ciência histórica, a perspectiva da *micro-história*, corrente profundamente influenciada pela antropologia que possibilitou uma análise histórica bem específica – em escala microscópica – especialmente preocupada com a *cultura popular*⁴²⁹. A *Nova História* passou também a abranger temas específicos – tais como a mulher, a criança e a família – ou abstratos – como o medo⁴³⁰, o corpo⁴³¹, a sexualidade⁴³², a prisão⁴³³, entre outros. Enfim, *tornaram-se infinitas as histórias possíveis* e com isso o território do historiador foi alargado ilimitadamente.

Uma consequência importante desse processo de fragmentação temática da história foi possibilitar o amadurecimento de uma história do direito penal. Isso significa que a autonomia desse campo específico de investigação histórica – a questão criminal – beneficiou-se dessas mudanças no saber histórico ocasionadas pelo paradigma inaugurado pela *Nova História*. Nesse sentido, Ricardo de Brito Freitas afirmou que “a *Nova História* torna o campo penal um inegável domínio legítimo de investigação por parte do historiador”⁴³⁴. Por isso, o direito penal também teria todo o interesse de “ser considerado objeto específico da história, embora, evidentemente, precise dialogar de igual para igual com as demais disciplinas por força da

⁴²³ SHARPE, Jim. A História vista de baixo. BURKE, Peter (org.). **A Escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: UNESP, 2011, p. 41.

⁴²⁴ THOMPSON, E. P. **A Formação da classe operária inglesa, v. 1: a árvore da liberdade**. São Paulo: Paz & Terra, 2011.

⁴²⁵ MANDROU, Robert. **Magistrados e feitiçarias na França do século XVII: uma análise de psicologia histórica**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

⁴²⁶ PERROT, Michelle. **Delinquência e sistema penitenciário na França do século XIX...**

⁴²⁷ FOUCAULT, Michel. **História da loucura: na idade clássica**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

⁴²⁸ SCHMITT, Jean-Claude. A História dos marginais. LE GOFF, Jacques (org.). **A Nova História**, 5ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 352-353.

⁴²⁹ GINZBURG, Carlo. **O Queijo e os vermes...** p. 11-26.

⁴³⁰ DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente (1300-1800): uma cidade sitiada**. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

⁴³¹ REVEL, Jacques; PETER, Jean-Pierre. O Corpo: o homem doente e sua história. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (org.). **História: novos objetos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. PORTER, Roy. História do corpo. BURKE, Peter (org.). **A Escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: UNESP, 2011.

⁴³² FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade, v.1: a vontade de saber**. São Paulo: Paz & Terra, 2014.

⁴³³ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir...**

⁴³⁴ FREITAS, Ricardo. Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram: o direito penal e as possibilidades do conhecimento histórico das ideias penais. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 473.

necessária interdisciplinaridade”⁴³⁵. Entretanto, o autor pondera que essa *pulverização* do objeto da disciplina paradoxalmente pode ser perigosa para o estudo histórico do fenômeno criminal, caso o tema seja tratado tão-somente a partir de óticas estanques – jurídica, política etc. – isoladas de outros aspectos que são também essenciais para o exercício do poder de punir. A solução para esse impasse seria justamente a construção de um saber histórico crítico e interdisciplinar que considere toda a complexidade do direito penal⁴³⁶. Por isso, a escolha de qual a perspectiva que servirá de guia para a pesquisas históricas – cultural, política, social – não pode significar o isolamento dos demais aspectos que também compõem o campo penal. Nesse sentido, a história dos conceitos jurídico-penais não pode ignorar dados políticos e econômicos, concentrando-se de forma maniqueísta apenas na cultura jurídica do sistema penal. O desafio é delinear de que maneira essa comunicação entre os diversos fatores que integram o fenômeno punitivo será efetivada, quando da realização de uma metodologia histórica com objetivos específicos de analisar a questão cultural e o desenvolvimento dos conceitos do campo penal.

A partir da constatação de que não existe o privilégio de alguns tópicos preferenciais no estudo histórico, a *Nova História* indicou a necessidade do desenvolvimento de ferramentas conceituais especializadas para a pesquisa de temas com peculiaridades e características próprias. Parece-nos que esse é o caso do direito penal, que apresenta vários traços distintivos que nos obrigam a refletir sobre qual seria a abordagem científica mais apropriada para a pesquisa histórica do fenômeno punitivo. Por essa razão, verificamos a necessidade de desenvolver instrumentos teóricos e metodológicos específicos para o estudo histórico dos conceitos jurídico-penais. Para isso, partimos da premissa de que o pensamento jurídico e o discurso criminal são um possível objeto de investigação histórica, sendo que o tema está absolutamente relacionado com fatores políticos e socioeconômicos; entretanto, também existem elementos culturais próprios do discurso jurídico-penal que não podem ser sonegados na análise histórica.

Esta tese apresenta um conjunto de fundamentos teóricos e metodológicos para a análise histórica dos conceitos criminais desenvolvidos no discurso penal. Dessa maneira, vincula-se à *história cultural* e se oferece como uma possível alternativa para modelos historiográficos já existentes, que se fundamentam preferencialmente em outros aspectos do fenômeno punitivo – como o político ou econômico – em detrimento dos elementos culturais

⁴³⁵ FREITAS, Ricardo. **Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram...** p. 473.

⁴³⁶ Vide 2.2.

do discurso penal. Trata-se de uma tentativa de elaboração de uma sistematização de estudos históricos focados no próprio discurso penal – e nos conceitos ali presentes – mas sem ignorar os dados sociais, políticos e econômicos que também influenciam na formação discursiva.

Prosseguindo, um aspecto de extrema importância no desenvolvimento dessa historiografia renovada foi a ênfase dada à chamada *história das mentalidades*, que chegou a ser considerada por muitos como a *prima donna* da Nova História⁴³⁷. De fato, muitos daqueles novos temas que marcaram a ampliação do campo histórico e emergiram mais recentemente como objetos de interesse científico dizem respeito às mentalidades. Talvez por essa razão Jacques Le Goff chegou a afirmar que esses estudos foram extremamente importantes nas modificações mais recentes do campo histórico, enfatizando que as mentalidades *teriam dado oxigênio* à história⁴³⁸. Michel Vovelle se referiu à definição de Robert Mandrou, corroborando que a história das mentalidades seria uma *história das visões de mundo*, apesar de ele próprio admitir que essa explicação é vaga e imprecisa, apesar de bela⁴³⁹. Aliás, essa é uma das críticas costumeiras a esse campo da história: não se sabe ao certo qual seria o seu objeto de estudos. Não há uma definição consensual a respeito dessa modalidade de pesquisa história, mas é possível oferecer uma explicação simples afirmando que se trata do ramo da historiografia que se ocupa da investigação dos *modos de sentir e pensar*. Para François Dosse, na história das mentalidades o historiador deve estar atento para o *não dito pelos documentos*, esforçando-se para acessar o *inconsciente das práticas sociais*⁴⁴⁰.

Esse tipo de historiografia não era exatamente uma novidade. Na verdade, pode-se verificar a preocupação com esse tema em outros autores isolados, anteriores mesmo ao surgimento da *Escola dos Annales*, como por exemplo o alemão Norbert Elias – cuja obra somente ficou conhecida bem depois de ter sido publicada originalmente – ou mesmo o holandês Johan Huizinga⁴⁴¹, que teve bastante influência nos historiadores dos *Annales*. Contudo, esses precursores das mentalidades não foram coesos com relação a essas

⁴³⁷ VAINFAS, Ronaldo. História das mentalidades e história cultural. CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (orgs.). **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**, 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 119.

⁴³⁸ LE GOFF, Jacques. **A História nova...** p. 68.

⁴³⁹ VOVELLE, Michel. **Idéologies et mentalités**. Paris: Gallimard, 1982, p. 18.

⁴⁴⁰ DOSSE, François. **A História em migalhas...** p. 134-135.

⁴⁴¹ Esse autor, prefaciando estudo pioneiro no campo da história das mentalidades, declarou: “As formas de vida e de pensamento foram as evidências usadas aqui. Captar o conteúdo essencial que repousa na forma: não será sempre essa a tarefa da pesquisa histórica?”. HUIZINGA, Johan. **O Outono da idade média: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos países baixos**. São Paulo: Cosacnaify, 2010, p. 7.

preocupações e talvez por essa razão *não fizeram uma escola*, ao contrário do grupo de historiadores franceses⁴⁴².

Foi somente a partir do fim da primeira guerra mundial, com a estruturação da *Escola dos Annales*, que a proposta de estudo das mentalidades tomou forma mais sistematizada e se popularizou. Marc Bloch e Lucien Febvre, os fundadores dos *Annales*, preocuparam-se bastante com as mentalidades em suas obras. Ficou célebre o conceito de *atitude mental* – *outillage mental* – criado por Lucien Febvre para explicar as mudanças que ocorriam nos sentimentos e valores sociais ao longo do tempo. Segundo essa concepção “algumas coisas eram, portanto, aceitáveis e concebíveis, em dada época, em dada cultura, deixando de sê-lo em outra época e em outra cultura”⁴⁴³. Destacando as mudanças históricas nas mentalidades, Lucien Febvre afirmou que seria necessário, a partir de uma análise das estruturas profundas, que “a mentalidade dos homens mais esclarecidos do fim do século XVI e início do século XVII seja distinta, e radicalmente, da mentalidade dos homens mais esclarecidos do nosso tempo”⁴⁴⁴.

Também ficaram bastante conhecidos estudos de Marc Bloch⁴⁴⁵ – sobre a crença existente até o século XVIII de que os reis franceses e ingleses tinham o poder místico de curar os doentes de escrófula – e de Georges Lefebvre⁴⁴⁶ – sobre o grande sentimento de medo que se abateu na população francesa no ano de 1789. Não obstante, as mentalidades estavam, nessa primeira geração dos *Annales*, intrinsecamente ligadas à história econômica e social. Na verdade, não havia uma ideia de separação entre os aspectos *psicológicos* e aqueles materiais – socioeconômicos – em conformidade com a proposta de história total então utilizada⁴⁴⁷. Isso proporcionou um favorecimento da história econômica, que era naturalmente associada à história psicológica, já que “ambas eram igualmente a história dos humildes e do coletivo. Os fatos econômicos (preços, salários, impostos, crédito, mercado) repercutiam na

⁴⁴² ARIÈS, Philippe. A História das mentalidades. LE GOFF, Jacques (org.). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 209.

⁴⁴³ ARIÈS, Philippe. **A História das mentalidades...** p. 207.

⁴⁴⁴ FEBVRE, Lucien. Sorcellerie, sottise ou révolution mentale. **Annales: économies, sociétés, civilisations, ano 3, n. 1**. Paris: EHESS, 1948. Paris: 1948, p. 14. Esse estudo foi muito importante para o desenvolvimento da história das mentalidades na *Nova História*, tendo inspirado Robert Mandrou a desenvolver sua pesquisa sobre feitiçaria. MANDROU, Robert. **Magistrados e feitiçarias na França do século XVII...** p. 15.

⁴⁴⁵ BLOCH, Marc. **Os Reis taumaturgos**. São Paulo: Companhia das letras, 1993.

⁴⁴⁶ LEFEBVRE, Georges. **O Grande medo de 1789**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

⁴⁴⁷ ARIÈS, Philippe. **A História das mentalidades...** p. 210.

vida cotidiana de todos (carestia, miséria ou enriquecimento, fome, epidemias, mortalidade)”⁴⁴⁸.

A partir da segunda geração dos *Annales*, com a introdução da longa duração nos estudos históricos, a história das mentalidades poderia ter se fortalecido. O tempo longo é absolutamente compatível com o conceito de mentalidades, que podem ser entendidas como sentimentos e valores *que mudam muito lentamente*, por vezes apresentando-se de forma quase estática sendo por isso conformes com o tempo estrutural. Nesse sentido, Jacques Le Goff já afirmara que “a mentalidade é aquilo que muda mais lentamente. História das mentalidades, história da lentidão na história”⁴⁴⁹. O que nos faz acreditar que Fernand Braudel criou elementos que seriam bem úteis para os estudos das mentalidades⁴⁵⁰. Entretanto, apesar dessa compatibilidade, na *era Braudel* as mentalidades foram marginalizadas na historiografia francesa. A causa mais importante para esse rechaço das mentalidades pode ser relacionada à postura do próprio Fernand Braudel, que resistia em reconhecer a importância do estudo da cultura e das ideias⁴⁵¹. Desse modo, o autor afastou-se um pouco do modelo original da *Escola dos Annales*, originalmente formulado por Lucien Febvre e Marc Bloch, na medida em que enfatizou a história social e econômica, porém, com algum prejuízo para o desenvolvimento da história das mentalidades⁴⁵².

Isso certamente influenciou outros autores que passaram a entender a história dos fatores socioeconômicos como mais importante em detrimento de outros objetos do saber histórico, o que terminou por prejudicar o estudo das mentalidades. No mais, o modelo quantitativo em voga à época, utilizado pela história serial, também parece ter eclipsado a história das mentalidades, considerando que esse método se adequava muito melhor à história social e econômica⁴⁵³. Ainda assim, é bom frisar que foram realizadas algumas pesquisas quantitativas de história das mentalidades – como na história demográfica – mas esses estudos seriais não podem ser considerados essenciais para o desenvolvimento do campo das mentalidades, sendo que o método serial chegou a ser ignorado por alguns historiadores desse gênero⁴⁵⁴. Na verdade, a história das mentalidades é um campo privilegiado para o método qualitativo, pois somente por meio desse tipo de estudos poderíamos chegar a certas

⁴⁴⁸ ARIÈS, Philippe. **A História das mentalidades...** p. 210.

⁴⁴⁹ LE GOFF, Jacques. *As Mentalidades: uma história ambígua*. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (org.). **História: novos objetos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 72.

⁴⁵⁰ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 124.

⁴⁵¹ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 71.

⁴⁵² VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 124.

⁴⁵³ BURKE, Peter. **A Escola dos Annales...** p. 99-100.

informações subjetivas, as quais não podem ser descortinadas através do método quantitativo⁴⁵⁵.

Portanto, a retomada do estudo das mentalidades parece significar também uma ruptura com a *era Braudel* e não com a *Escola dos Annales* como um todo, visto que a primeira geração de *annalistes* era entusiasta de trabalhos dessa natureza. Tanto assim que os autores que se enveredaram pela história das mentalidades nunca negaram o legado de Lucien Febvre e Marc Bloch⁴⁵⁶. A partir da *Nova História* – que como visto equivale a uma terceira geração de *annalistes* – deu-se um grande fortalecimento da história das mentalidades. Segundo Phillipe Ariès, somente a partir desse momento se pode afirmar que a história das mentalidades teria se tornado um *fenômeno significativo da cultura contemporânea*⁴⁵⁷. Alguns autores entendem que essa tendência fez com que a historiografia francesa se desapegasse daqueles estudos históricos que se limitavam às relações de produção material, encaminhando-se rumo a pesquisas focadas na psicologia coletiva e nos processos mentais e representações, num movimento que ficou denominado a partir de uma conhecida metáfora: *do porão ao sótão*⁴⁵⁸. Dessa maneira, a história das mentalidades assumiu uma posição de centralidade na historiografia francesa, a partir da *Nova História*⁴⁵⁹.

Muitos estudos dessa natureza foram publicados nesse período, sendo que a obra inaugural desse movimento de renascimento das *mentalidades* na historiografia francesa foi o famoso trabalho de Robert Mandrou sobre a feitiçaria na França da idade moderna⁴⁶⁰. Mas também poderíamos destacar as pesquisas de Phillipe Ariès sobre a família e a infância – posteriormente o autor reuniu-se com Georges Duby para coordenar uma obra de extraordinária importância sobre a vida privada ao longo dos tempos históricos. Jacques Le Goff também se interessou bastante sobre o imaginário medieval, tendo publicado alguns trabalhos sobre o tema. Dentre eles, um estudo célebre sobre a criação da ideia do purgatório na mentalidade medieval. Nesse trabalho, o autor frisou que seu interesse não era ligado tão-

⁴⁵⁴ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 128.

⁴⁵⁵ GINZBURG, Carlo. **O Queijo e os vermes...** p. 19-23. No texto, o autor se refere à história das ideias, mas parece considera-la como semelhante à história das mentalidades. De toda forma, as observações poderiam também ser estendidas para a história das mentalidades, sem problemas. Em outra oportunidade, Carlo Ginzburg parece ter afirmado com mais ênfase que a história é uma ciência eminentemente qualitativa. GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais...** p. 156.

⁴⁵⁶ Por exemplo: ARIÈS, Philippe. **A História das mentalidades...** p. 209-210.

⁴⁵⁷ ARIÈS, Philippe. **A História das mentalidades...** p. 216.

⁴⁵⁸ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 125.

⁴⁵⁹ BARROS, José D'Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 331.

⁴⁶⁰ MANDROU, Robert. **Magistrados e feiteiras na França do século XVII...** Sobre esse estudo, Michel Vovelle afirmou que nunca se dirá o suficiente sobre o seu mérito científico. VOVELLE, Michel. **Idéologies et mentalités**. Paris: Gallimard, 1982, p. 18.

somente à teologia, pois ele dava maior importância ao entendimento popular a respeito do assunto, explicando que o purgatório enquanto uma crença seria “também imposto por outras vozes, e essas vozes me interessam particularmente porque elas informam mais sobre as relações entre crença e sociedade, sobre as estruturas mentais, sobre o lugar do imaginário na história”⁴⁶¹. Por sua vez, Michel Vovelle fez uma tentativa de relacionar a noção de mentalidade com a ideologia, tentando empreender uma história das mentalidades com fundamentos marxistas, preocupando-se com a dominação de classe, entre outros problemas da história marxista⁴⁶².

Em uma síntese, Ronaldo Vainfas demonstrou que os pesquisadores das mentalidades desse período poderiam ser classificados didaticamente em três grandes grupos: primeiro, os que continuavam com a tradição dos primeiros *annalistes*, utilizando a ideia de Lucien Febvre de atitude mental, como os autores Jacques Le Goff, Georges Duby, Le Roy Ladurie, entre outros. Num segundo grupo, estariam os historiadores que se aproximaram com mais intensidade do marxismo, relacionando os conceitos de mentalidades e ideologia, dentre os quais o principal destaque é Michel Vovelle. Por último, aqueles que se preocuparam com aspectos do cotidiano, não se definindo entre uma linguagem histórica ou literária e, portanto, abusando do caráter narrativo – por vezes até permitindo-se não explicar os objetos da pesquisa histórica e limitando-se às descrições de episódios pretéritos⁴⁶³.

Poderíamos indicar algumas características marcantes da história das mentalidades, primeiramente, frisando suas diferenças com relação à história das ideias. Como já explicado, a *Escola dos Annales* se afastou de uma historiografia que considerava aspectos filosóficos, ignorando qualquer resquício de idealismo. Por isso, o modelo antiquado de história das ideias que se focava no pensamento de certos autores renomados foi combatido ferozmente pelos historiadores franceses, especialmente por Lucien Febvre. Segundo esse autor, alguns historiadores insistiam na utilização de *ideias desencarnadas* que “vivem sua própria vida fora do tempo e do espaço, entrelaçam estranhas cadeias de relações simultaneamente irreais e fechadas”⁴⁶⁴. Esquivando-se dessa concepção, propôs uma análise das ideias contextualizadas em seu tempo, entendendo-as como resultantes de representações coletivas. O fundamento básico para essa posição era a defesa de que as ideias das grandes figuras intelectuais somente

⁴⁶¹ LE GOFF, Jacques. **La Naissance du purgatoire**. Paris: Gallimard, 1981, p. 25.

⁴⁶² VOVELLE, Michel. **Idéologies et mentalités...**

⁴⁶³ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 133.

poderiam ser objeto da ciência histórica a partir do momento que fossem recepcionadas pelas massas, quando então poderão ser indutoras de práticas coletivas⁴⁶⁵.

Isso denota claramente que a história das mentalidades estava interessada em um conceito coletivo de ideia, pois a mentalidade de um homem é justamente *o que ele tem em comum com outros homens de seu tempo*⁴⁶⁶. Nesse sentido, Lucien Febvre parece destacar que se poderia notar em cada época “a existência de *estruturas de pensamento* (...) comandadas elas próprias pelas evoluções socioeconômicas, que organizam as construções intelectuais como as produções artísticas, as práticas coletivas como os pensamentos filosóficos”⁴⁶⁷. Daí a aproximação inevitável da história das mentalidades com a etnologia e a sociologia, de onde foi buscar os conceitos teóricos para formular suas análises das mentalidades coletivas⁴⁶⁸.

A história das mentalidades também deve ser inscrita na estrutura social, com a qual possui uma *relação complexa*. Por isso, é importante para esse campo de estudos a identificação das *transformações das mentalidades* ao longo do tempo e como elas se relacionam com as estruturas sociais⁴⁶⁹. No mais, nem as mentalidades podem ser entendidas como categorias ideais – afastadas das representações e práticas sociais, na forma de um *espiritualismo ultrapassado* – nem tampouco podem significar apenas uma superestrutura, a partir de um marxismo vulgar mecânico que implica numa sobrevalorização das infraestruturas socioeconômicas em detrimento das peculiaridades dos aspectos culturais. Por isso Jacques Le Goff afirmou que a *mentalidade não é mero reflexo*⁴⁷⁰.

Outra característica da história das mentalidades é a de que ela teria uma atração especial por temas referentes ao irracional ou extravagante. Essa *valorização do periférico em detrimento do central*⁴⁷¹ seria decorrente de uma utilização da mentalidade enquanto *anormalidade* ou patologia social⁴⁷², o que explicaria a presença constante de temas relacionados à feitiçaria, inquisição, indigentes, entre outros referentes à marginalidade social. Muito embora essa corrente historiográfica tenha recebido críticas por isso, é preciso

⁴⁶⁴ FEBVRE, Lucien. **Combats pour le histoire**. Paris: Librairie Armand Colin, 1992. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/febvre_lucien/Combats_pour_lhistoire/febvre_combats_pour_histoire.pdf>. Acesso em: 17/05/2015.

⁴⁶⁵ LE ROY LADURIE, Emmanuel. Os Caminhos da nova história. DUBY, Georges et al. **História e nova história**. Lisboa: Teorema, 1986, p. 52.

⁴⁶⁶ LE GOFF, Jacques. **As Mentalidades...** p. 69.

⁴⁶⁷ CHARTIER, Roger. **A História cultural: entre práticas e representações**, 2ªed. Algs: Difel, 2002, p. 35.

⁴⁶⁸ LE GOFF, Jacques. **As Mentalidades...** p. 73-74.

⁴⁶⁹ LE GOFF, Jacques. **As Mentalidades...** p. 77.

⁴⁷⁰ LE GOFF, Jacques. **As Mentalidades...** p. 78.

⁴⁷¹ CARDOSO, Ciro Flamarion. **Ensaio racionalistas...** p. 100.

⁴⁷² LE GOFF, Jacques. **As Mentalidades...** p. 74.

reconhecer que esse inusitado gosto pelo que está *fora da ordem social* inaugurou um interesse no campo histórico que viria a beneficiar os estudos de história do direito penal, ao se debruçar sobre as manifestações punitivas que eram direcionadas para os marginais – pobres, loucos, hereges etc. – como pode ser bem percebido pela obra de Michel Foucault.

Mesmo alcançado grande sucesso na época – sendo por isso considerada por muitos críticos como um grande *modismo* – a história das mentalidades apresentava inúmeras dificuldades e desafios que de certo modo contribuíram para um crescente descrédito surgido entre os historiadores para com esse modelo de pesquisa⁴⁷³. Jacques Le Goff resumiu bem as ponderações feitas à história das mentalidades – que chamou de *ambígua* – quando observou que “ao mesmo tempo que se trata de um terreno pioneiro, de um domínio a ser desbravado, pergunta-se se a expressão recobre uma realidade científica, se possui uma coerência conceitual, se é epistemologicamente operacional”⁴⁷⁴.

Pode-se apontar falhas teóricas e metodológicas que resultaram no enfraquecimento da história das mentalidades. Inicialmente, todo o campo se estruturou em torno de um conceito teórico extremamente vago e impreciso, de mentalidade coletiva, cuja existência mesma pode ser colocada em questionamento⁴⁷⁵. De outro lado, houve uma abertura exagerada para outras disciplinas – em especial a antropologia, linguística, psicologia social, sociologia, entre outras – sem a preocupação de conservar uma coerência interna e unidade ou de manter um referencial teórico específico para a ciência histórica, o que parecia esconder uma *indigência teórica*⁴⁷⁶. A utilização indiferenciada das ciências referidas foi muito além da interdisciplinaridade, que parte de um princípio de coordenação de métodos e fundamentos teóricos das diversas ciências a partir de critérios cuidadosos. O que ocorreu na verdade foi uma indesejável *transdisciplinaridade*, resultando em um *cataclismo teórico* que, “no limite, pôs em risco a própria soberania e legitimidade da disciplina, sobretudo em algumas versões ou *profissões de fé* da história das mentalidades”⁴⁷⁷.

Para resolver esse problema epistemológico, começa a se delinear a partir dos anos 1980 uma historiografia que teria como objeto alguns dos temas que já eram comumente tratados pela história das mentalidades, mas a partir de perspectivas diferentes⁴⁷⁸: a *história*

⁴⁷³ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 135.

⁴⁷⁴ LE GOFF, Jacques. **As Mentalidades...** p. 68, grifamos no final.

⁴⁷⁵ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 335.

⁴⁷⁶ CARDOSO, Ciro Flamarion. **Ensaio racionalistas...** p. 100.

⁴⁷⁷ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 134-135.

⁴⁷⁸ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. V...** p. 340.

cultural. Em grande medida essa nova historiografia – entendida por muitos como a quarta geração da *Escola dos Annales*⁴⁷⁹ e chamada de *nova história cultural* – consiste numa tentativa de dar seguimento ao estudo das mentalidades, mas corrigindo os vários problemas identificados na historiografia da terceira geração dos *Annales*. Isto significava não renunciar à autonomia científica do saber histórico diante da intromissão de outras ciências sociais⁴⁸⁰. Ou seja, a história cultural pode ser entendida como uma estratégia de renovação de legitimidade científica diante do estudo histórico dos novos objetos desvelados pela história das mentalidades⁴⁸¹. Ronaldo Vainfas diz ser possível destacar três características importantes da história cultural: em primeiro lugar, o descarte de um conceito vago de mentalidade por meio da adoção de objetos mais bem delimitados e definidos relacionados à cultura; depois, uma preocupação com as manifestações culturais populares; e, por fim, uma maior importância dada para as tensões socioculturais, elencadas como objetos de investigação histórica⁴⁸².

Os historiadores que aderiram a essa nova corrente historiográfica rapidamente substituíram a denominação *história das mentalidades* por *história cultural*, que entendiam ser menos problemática e mais adequada. Por isso, mesmo existindo diferenças entre ambas – essencialmente metodológicas – seria possível afirmar que a história cultural é uma nova terminologia para aquilo que outrora era denominado como história das mentalidades⁴⁸³. Contudo, a nomenclatura escolhida também possui problemas, principalmente no que diz respeito à extensão do termo *cultura* que como sabido é demasiado abrangente, possuindo inúmeros significados⁴⁸⁴. De modo geral, poderíamos dizer que o termo tinha um significado de *alta cultura*, referindo-se ao saber produzido pelas elites intelectuais. Mas essa dimensão limitada de *cultura* foi rechaçada pela *nova história cultural* porque era representativa de uma história das ideias tradicionalista, que se incumbia da análise das *ideias desencarnadas* desprendidas de um contexto social. Por isso, a história cultural – assim como a história das mentalidades – desejava se apegar a um conceito de ideias entranhadas no social, motivo pelo qual o conceito de *cultura* foi estendido para abranger também a *cultura popular*.

⁴⁷⁹ HUNT, Lynn. **História, cultura e texto...** p. 8.

⁴⁸⁰ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 137.

⁴⁸¹ CHARTIER, Roger. Le Monde comme représentation. *Annales: économies, sociétés, civilisations*, ano 44, n. 6. Paris: EHESS, 1989, p. 1506-1507.

⁴⁸² VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 139.

⁴⁸³ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 137.

⁴⁸⁴ BURKE, Peter. **O Que é história cultural?** 2ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 42-43.

Segundo a história cultural, a *visão dicotômica* que apregoava uma divisão maniqueísta entre *cultura popular* e *cultura erudita* seria absolutamente equivocada, devendo ser descartada em definitivo⁴⁸⁵. Na verdade, não seria possível se proceder com uma divisão tão simplista, pois ambas as formas de cultura se influenciam mutuamente, além de se entrelaçarem, não sendo correto proceder-se com uma separação artificial delas. Por isso, adotou-se um conceito bem mais abrangente de cultura que englobava não somente a *alta* cultura, mas também a *baixa* ou *cultura popular*⁴⁸⁶. Nesse ponto, é possível ouvir claramente os ecos da *Nova História*, no sentido de se tomar como objeto de interesse do saber histórico os marginalizados da sociedade – a *história vista de baixo*. Esse conceito mais amplo de cultura teve bastante influência da antropologia cultural, o que acabou impulsionando uma especialidade histórica com bastante afinidade com a história cultural, a *antropologia histórica*⁴⁸⁷.

Este trabalho não pretende se aprofundar na intrincada questão da cultura. Nosso intento é apenas demonstrar apenas como a doutrina penal – e o seu discurso específico – foram alçados como objetos da *nova história cultural*. O que significa dizer que não iremos nos preocupar com todos os campos de estudo disseminados pela história cultural, mas tão-somente com um aspecto especial da cultura: o discurso doutrinário penal, enquanto manifestação da cultura jurídica. Também é essencial frisar, nesse momento, que muitos historiadores adotaram um conceito mais restrito da história cultural, entendendo que ela teria como tarefa apenas “o estudo da cultura no sentido antropológico, incluindo concepções de mundo e *mentalités* coletivas”⁴⁸⁸. Por essa razão, para esses autores, como Robert Darnton, o estudo do pensamento jurídico e da formação e disseminação das ideias nesse campo do conhecimento seria de interesse da história social das ideias⁴⁸⁹, e não da história cultural. Esta celeuma resulta de uma discordância meramente terminológica, que não parece afetar seriamente a natureza das pesquisas históricas desenvolvidas nesse campo. Contudo, é conveniente destacar que optamos por utilizar a nomenclatura *história cultural* para designar o estudo histórico do discurso penal, porque entendemos o conceito de cultura de modo amplo abarcando também os discursos penais produzidos pelo campo jurídico. Como já explicado⁴⁹⁰, o pensamento penal – incluindo as formações discursivas, os conceitos ali desenvolvidos, sua

⁴⁸⁵ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 142.

⁴⁸⁶ BURKE, Peter. **O Que é história cultural?**... p. 42.

⁴⁸⁷ BURKE, Peter. **O Que é história cultural?**... p. 44-67.

⁴⁸⁸ DARNTON, Robert. **O Beijo de Lamourette**. São Paulo: Companhia das letras, 2010, p. 219.

⁴⁸⁹ DARNTON, Robert. **O Beijo de Lamourette...** p. 219

⁴⁹⁰ Ver 2.2.

recepção no campo criminal e sua efetivação por meio de práticas – não deixa de ser uma manifestação da cultura jurídica, que é objeto da história do direito penal, especialmente quando se utilizam os referenciais da história cultural que adotamos neste trabalho.

A história cultural parte de uma premissa de relativismo cultural, considerando que *a realidade é social ou culturalmente constituída*⁴⁹¹, o que justificaria, a um só tempo, o aprofundamento da fragmentação temática já presente na *Nova História*, como também a aproximação entre história social e cultural. Roger Chartier lembrou que “não há prática nem estrutura que não seja produzida pelas representações, contraditórias e afrontadas, pelas quais os indivíduos e grupos dão sentido ao mundo que é deles”⁴⁹². Isso significa que *todas as histórias são culturais*, pois os fenômenos percebidos objetivamente sempre são o resultado dos significados que as pessoas atribuem às coisas, palavras e ações⁴⁹³. Assim, a história teria ido *do social ao cultural*, por meio de um processo que resultou no fortalecimento da história cultural em detrimento da social. Explicando esse fenômeno, Robert Darnton afirmou que a história das ideias – que já havia sido desacreditada – acabou sendo influenciada de forma determinante pela história social⁴⁹⁴.

A valorização dos aspectos culturais já vinha influenciando a historiografia, até mesmo aquela de base marxista, como se pode perceber nos trabalhos de E. P. Thompson. O autor se afastou do *marxismo vulgar*, evitando a dicotomia simplista representada pela infraestrutura e superestruturas, adotando o estudo das *mediações culturais e morais*⁴⁹⁵, analisando como as relações materiais seriam compreendidas culturalmente. Também ficou em destaque na história cultural um interesse pelo *papel da linguagem na constituição da sociedade*, certamente por influência da *virada linguística* que pregou um relativismo da realidade, chegando em seus extremos a negar a possibilidade do conhecimento histórico. Segundo essa última corrente mais radical, a história seria tão-somente uma narrativa, não podendo ser considerada uma ciência social. Contra essa afirmativa, Roger Chartier afirmou que “o objeto fundamental de uma história cujo projeto é reconhecer a maneira como os atores sociais investem de sentido suas práticas e seus discursos parece-me residir na *tensão entre as capacidades inventivas dos indivíduos ou das comunidades e os constrangimentos*,

⁴⁹¹ BURKE, Peter. A Nova história, seu passado e seu futuro. BURKE, Peter (org.). **A Escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: UNESP, 2011, p. 12.

⁴⁹² CHARTIER, Roger. **Le Monde comme représentation...** p. 1508.

⁴⁹³ CHARTIER, Roger. **A História ou a leitura do tempo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 33.

⁴⁹⁴ DARNTON, Robert. **História intelectual e cultural...** p. 204-211.

⁴⁹⁵ HUNT, Lynn. **História, cultura e texto...** p. 6.

as normas, as convenções que limitam – mais ou menos fortemente, dependendo de sua posição nas relações de dominação – o que lhes é possível pensar, enunciar e fazer”⁴⁹⁶.

A história cultural tomou uma feição excessivamente heterogênea, interessando-se por diversos temas distintos. Propôs métodos alternativos de abordagem desses novos objetos. Por esse motivo, alguns dos problemas epistemológicos encontrados na história das mentalidades voltariam a se repetir no campo da historiografia cultural⁴⁹⁷. Já a aproximação com a história social fez surgir o interesse pelas manifestações sociais concretas dos sistemas de pensamento e discursos, o que se nota pelo desenvolvimento da noção de *práticas* – essencial para a história cultural⁴⁹⁸. Talvez seja mais preciso falar de várias *histórias culturais* possíveis, ao invés de envidar esforços na tentativa de identificar características comuns em grupos de pesquisa tão diversificados.

Pode-se elencar, sem nenhuma intenção de ser exaustivo, áreas específicas da historiografia que germinaram no âmbito da nova história cultural, como a história do livro e do leitor⁴⁹⁹; a história cultural de base marxista, interessada pelos movimentos sociais e pelo cotidiano das classes trabalhadoras⁵⁰⁰; a micro-história e seus estudos de cultura popular e circularidade cultural⁵⁰¹; o desenvolvimento de estudos epistemológicos sobre o papel do historiador diante do saber histórico, com uma especial preocupação com o caráter narrativo da historiografia e a mudança do paradigma de conhecimento após o *linguistic turn*⁵⁰²; a história cultural desenvolvida por Roger Chartier, particularmente o desenvolvimento das noções de representação e práticas culturais.

Contudo, o modelo de história cultural que utilizaremos nesta tese será o da *arqueologia do saber*, em conjunto com a *genealogia*, ambos de autoria de Michel Foucault. No próximo capítulo detalharemos como é possível, com base nesse referencial teórico, analisar historicamente o discurso penal e os conceitos desenvolvidos pela doutrina criminal, e dissertaremos sobre o modo como as estratégias de poder são desenvolvidas a partir desses conceitos discursivos. Também serão analisados os problemas desses fundamentos e as críticas que foram levantadas a essas teorias.

⁴⁹⁶ CHARTIER, Roger. A História hoje: dúvidas, desafios, propostas. **Estudos históricos**, v. 7, n. 13. Rio de Janeiro: 1994, p. 102, grifamos.

⁴⁹⁷ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 138.

⁴⁹⁸ BURKE, Peter. **O Que é história cultural?**... p. 78.

⁴⁹⁹ CHARTIER, Roger. **A História ou a leitura do tempo...**

⁵⁰⁰ THOMPSON, E. P. **A Formação da classe operária inglesa...**

⁵⁰¹ GINZBURG, Carlo. **O Queijo e os vermes...**

⁵⁰² DE CERTEAU, Michel. **A Escrita da história...** CHARTIER, Roger. **A história ou a leitura do tempo...**

Mas antes é conveniente explicar brevemente o porquê de termos decidido seguir por essa vertente da história cultural. Isso porque seria possível utilizar outras teorias históricas – como a que foi desenvolvida por Roger Chartier. Entretanto, evitamos a proposta desse autor, basicamente por duas razões: primeiramente, pelo fato de a teoria de Roger Chartier não ser bem definida no que diz respeito a como se dariam os efeitos dos aspectos sociais nas práticas e representações culturais, o que acabou fazendo com que o autor permanecesse “prisioneiro das ambiguidades teóricas típicas da escola francesa, para não falar das mentalidades que tanto combate”⁵⁰³. Mas somente essa razão não seria suficiente para a preferência dada à Michel Foucault, cujas teorias também padecem de certas ambiguidades. O que nos levou a um segundo motivo, que foi definitivo para a preferência por Michel Foucault, que consiste na enorme tradição da utilização de seu pensamento no âmbito das ciências criminais. Partimos da premissa de que trabalhar corretamente com o modelo historiográfico de Michel Foucault – e, principalmente, compreender de que modo a sua arqueologia do saber, conjuntamente com a genealogia do poder, poderia ser útil na análise histórica do discurso criminal – é de extrema importância no campo penal.

Nesse sentido, pareceu-nos muito importante destacar uma característica marcante de sua obra, que em regra é pouco – ou mal – utilizada pelos criminalistas, os quais muitas vezes ignoram as ferramentas oferecidas pelo Michel Foucault *arqueólogo*, preocupando-se somente com as lições da sua fase genealógica. Trata-se da opção deliberada por priorizar a análise histórica das rupturas discursivas. No campo penal, essas observações parecem de enorme importância para o entendimento de como se deu a construção do saber criminal e a observação do modo como é exercido o poder punitivo. No próximo capítulo, analisaremos a contribuição da obra de Michel Foucault para a compreensão histórica dos conceitos jurídico-penais.

Após demonstrado o percurso da *Escola dos Annales* e da *Nova História*, ficou visível a influência que esses movimentos historiográficos tiveram na estruturação de uma ciência histórica sobre a questão criminal. Na verdade, essa dívida não é exclusiva da historiografia criminal, sendo mais que justo afirmar que toda a história do direito contemporânea se baseia, em maior ou menor medida, nos preceitos criados pelos historiadores franceses, rapidamente espalhados pelo mundo afora. Entretanto, em conformidade com os objetivos deste trabalho, é mister indicar como essas contribuições específicas para a análise criminal acabaram por forçar a história do direito penal para o campo da história cultural.

⁵⁰³ VAINFAS, Ronaldo. **História das mentalidades e história cultural...** p. 143.

A necessária interdisciplinaridade de uma história crítica do direito penal se coaduna perfeitamente com o que fora arquitetado pelos *annalistes*, no sentido de que a história não pode se afastar dos demais saberes sociais. Isso é perfeitamente compreensível no estudo da problemática penal que envolve fatores das mais variadas naturezas – cultural, política, econômica – que devem ser corretamente considerados por meio de uma análise criminológica. Se a criminologia é interdisciplinar, o trabalho de historiar o poder de punir não poderia abrir mão desse fundamento epistemológico, sob pena de tornar-se incoerente.

Após a quebra dos ídolos, empreendida por François Simiand, coube à história do direito penal adaptar-se a esse novo modelo, afastando-se de preocupações históricas estereis e discussões bizantinas, evitando anacronismos, refutando as biografias descontextualizadas de grandes juristas. O legado dessa historiografia permite dar vida à história, utilizando o modelo de uma história-problema: a análise histórica visando a ser útil para a resolução de problemas atuais. Almeja-se, portanto, uma disciplina que contribua de algum modo para que se cheguem a soluções para a tão comentada *crise do direito penal* – aqui entendida, por óbvio, em um sentido amplíssimo, pela agudização dos problemas enfrentados no sistema punitivo como um todo.

Alguns dos excessos da *Escola dos Annales* que poderiam ser prejudiciais para a história do direito penal foram relativizados – ou sublimados – a partir do advento da *Nova História*. Foi o que ocorreu com o grande apego ao modelo de história total, que foi superado pela fragmentação do objeto da história, o que possibilitou uma autonomia para a história do direito penal, com a elevação da questão criminal como tema de relevância para uma especialização do conhecimento histórico. Também foram suavizados os preconceitos contra a história política após as transformações semânticas do político, principalmente com a obra de Michel Foucault. No mais, a história contemporânea voltou a ser valorizada, o que favoreceu o campo da historiografia penal.

De toda sorte, é indubitável que dentre as *várias histórias* surgidas da *Nova História*, a história do direito penal esteja incluída como um saber epistemologicamente viável e podendo utilizar da tradição da historiografia francesa, possuindo fundamentos teóricos e metodológicos bem desenvolvidos. Não obstante, foi necessária a adoção dos preceitos da *história cultural*, como uma consequência da melhor definição do objeto científico da história criminal. Isso, porque a história do direito penal também inclui em seu bojo as preocupações com o discurso criminal, com os conceitos jurídico-penais elaborados para a sedimentação

das práticas punitivas. Assim, considerar historicamente o discurso penal implica necessariamente esboçar uma nova historiografia na qual a linguagem específica do direito penal, os conceitos elaborados pela doutrina criminal, passam a ter preponderância. Isso não significa renunciar a todas as inovações metodológicas da *Escola dos Annales*, mas sim absorvê-las com a criação de um novo modelo historiográfico no qual as rupturas discursivas serão um elemento de destaque, uma ferramenta do historiador.

Para isso, optamos pela utilização da análise *arqueogenealógica* empreendida por Michel Foucault. Como já dito, o autor francês é bastante conhecido no âmbito das ciências sociais em geral e, particularmente, no campo da criminologia. Esse fato, por si só, justificaria a escolha do modelo historiográfico de Michel Foucault, dentre tantos outros conectados à *Nova História*. Entretanto, é bom que se frise que infelizmente é muito comum a utilização parcial da teoria do autor, com a consequente desconsideração da sua elaboração *arqueológica*, a partir de um foco restrito à sua genealogia do poder – desenvolvida principalmente a partir de *Vigiar e punir*. Como será demonstrado nos seus primeiros escritos – no período da *arqueologia* – é que encontramos os instrumentos de análise específicos para o estudo do discurso, os quais devem ser utilizados para as pesquisas históricas criminais. Nesse sentido, esta tese empreende uma tentativa de fundamentar o estudo histórico do poder punitivo a partir da observação atenciosa da construção dos conceitos criminais no discurso penal. Para isso, não seria possível ignorar as lições contidas nas primeiras obras de Michel Foucault, as quais devem ser compreendidas em conjunto com seus textos mais tardios.

4 ABRINDO A CAIXA DE FERRAMENTAS: MICHEL FOUCAULT E A ARQUEOGENEALOGIA DO SABER JURÍDICO-PENAL

A pesquisa aqui empreendida implica, portanto, o projeto deliberado de ser ao mesmo tempo histórica e crítica⁵⁰⁴.

Todos os meus livros (...) podem ser pequenas caixas de ferramentas. Se as pessoas querem mesmo abri-las, servirem-se de tal frase, tal ideia, tal análise, como de uma chave de fenda, ou uma chave-inglesa, para produzir um curto-circuito, desqualificar, quebrar os sistemas de poder, inclusive, eventualmente, os próprios sistemas de que meus livros resultaram... pois bem, tanto melhor!⁵⁰⁵

4.1 FOUCAULT HISTORIADOR?

Fazer-me passar por quem nega a história é verdadeiramente ridículo. Só faço história⁵⁰⁶.

O trabalho intelectual de Michel Foucault deve ser colocar permanentemente aberto para novas interpretações. Ele próprio convidou os leitores a utilizarem seus textos como *verdadeiras ferramentas* e frisou que os livros servem para terem usos imprevistos, não cogitados nem mesmo por seus autores. Afirmou que ficaria bastante contente quando surgissem *usos novos, possíveis e imprevistos* de seus escritos⁵⁰⁷. O que significa que a ousadia na interpretação dos seus trabalhos foi incentivada pelo próprio Foucault. Assim, desde que se tomem os cuidados devidos, essa postura pode evitar que suas lições se engessem, reduzidas por uma leitura única, acrítica e pretensamente neutra – o que certamente iria de encontro à constante inquietude que transparece em sua obra. Nesse sentido, Marcos César Alvarez afirmou que “a metáfora da caixa de ferramentas se oporia, desse modo, ao ritual acadêmico do comentário, que garantiria ao autor um lugar no conjunto da tradição filosófica, mas pagando-se o preço da neutralização de novas possibilidades abertas pelo seu

⁵⁰⁴ FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da clínica**, 7ªed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2013, p. XVIII.

⁵⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **Michel Foucault**: entrevistas a Roger Pol-Droit. São Paulo: Graal, 2006, p. 52.

⁵⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos VI**: repensar a política. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 328.

⁵⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **Michel Foucault**: entrevistas a Roger Pol-Droit... p. 52.

pensamento, dos novos espaços de problematização que Foucault buscava obsessivamente desobstruir”⁵⁰⁸.

Por essa razão, não temos nenhum constrangimento em tentar fazer uma utilização específica dos textos do autor francês, mesmo correndo o risco de nos afastarmos do entendimento consolidado que se tem a respeito de sua obra. Trata-se na verdade de agir conforme aconselhado pelo próprio filósofo, que afirmou que o maior reconhecimento possível para com a obra de um grande autor seria *utilizar o seu pensamento, deformá-lo, fazê-lo ranger e gritar*⁵⁰⁹. Com essa premissa, traremos instrumentos teóricos e metodológicos encontrados nos escritos de Michel Foucault que reputamos serem valiosos para a história do direito penal.

Cumprе lembrar que a proposta do uso das ferramentas que serão demonstradas neste capítulo talvez não seja totalmente inédita. Entretanto, acreditamos que, ao menos no campo de estudos históricos sobre a questão criminal, é oportuno reforçar a sua importância. Na verdade, existe um grande paradoxo no fato de que a obra de Michel Foucault – tão citada e festejada nos estudos criminais – não seja inteiramente conhecida e utilizada pelos pesquisadores do campo penal. Ao contrário do que pode ocorrer em outras disciplinas, os estudos de história jurídico-penal ainda desconhecem boa parte das ferramentas oferecidas por esse autor. Em outras palavras, propomos uma reutilização da obra de Michel Foucault na história do direito penal. O discurso criminal deve ser estudado, conforme essa proposta, a partir da consideração de todos os elementos de sua fase arqueológica – muitas vezes subutilizados ou até mesmo esquecidos – em combinação com a genealogia do poder punitivo.

Não pretendemos esgotar os instrumentos teórico-metodológicos contidos nos trabalhos de Michel Foucault. Tal meta seria extremamente pretensiosa, para dizer o mínimo. Na verdade, nosso objetivo é tão-somente esclarecer melhor como sua obra pode servir como fundamento para o entendimento da arquitetura especial do saber criminal, especialmente no que diz respeito às construções conceituais – que representam um papel importante na configuração das práticas punitivas. Esse já é um grande desafio, pois não podemos esquecer que tal “convite à instrumentalização de seus trabalhos não excluiria o esforço de enfrentar as

⁵⁰⁸ ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a sociologia: aproximações e tensões. **Estudos sociológicos**, v. 20, n. 38. Araraquara: UNESP, 2015, p. 16.

⁵⁰⁹ FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos IV**: estratégia, poder-saber, 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 171. O autor se referia especificamente à obra de Friedrich Nietzsche.

dificuldades próprias de um pensamento, sem dúvida, original, mas igualmente complexo e denso”⁵¹⁰.

Organizamos o capítulo em função da nossa proposta de utilização dos paradigmas foucaultianos para o entendimento das positivities do saber criminal. Para isso, cumpre esclarecer a tradicional divisão da obra do autor, que normalmente é classificada a partir da distinção de três fases diversas⁵¹¹. Inicialmente, o autor teria se preocupado com o estudo *arqueológico* dos saberes, enfocando as regras de formação dos discursos. Em um segundo momento, Michel Foucault teria se dedicado ao relacionamento entre saberes e poder com o modelo de *genealogia* do poder. Por fim, teria analisado o sujeito por uma perspectiva ética. Essa última fase não será abordada neste trabalho por não ter aproximação direta com a questão histórica do direito penal. Não obstante, é necessário frisar que essa catalogação dos seus escritos – que tem algumas utilidades do ponto de vista didático – deve receber ponderações cautelosas. Em se tratando de uma obra tão rica e diversificada como a de Michel Foucault, é preciso levar em conta que “tanto os domínios explorados quanto as abordagens construídas sucedem-se em sua trajetória de modo complexo, com frequentes sobreposições metodológicas e retornos a períodos históricos de análise”⁵¹². Por essa razão, Judith Revel defendeu que tal divisão traz uma impressão equivocada de continuidade na obra de Michel Foucault, que na verdade sempre apresentou a ruptura e a descontinuidade como uma de suas marcas fundamentais. Não se ignora o fato de que o autor sempre problematizou seus próprios conceitos e pontos de vista, muitas vezes criticando seus escritos e revendo suas opiniões. Por isso, não seria exagerado falar em uma *descontinuidade coerente do pensamento de Foucault*⁵¹³.

Essa ressalva importante, com relação à ilusão de continuidade na obra de Michel Foucault, é essencial para a nossa tese. Isso entendemos que devem ser utilizadas as ferramentas da análise *arqueológica* para a pesquisa histórica do direito penal. Entretanto, muitas vezes esse instrumental teórico ficou esquecido na história do direito penal, devido a uma ênfase na utilização da fase *genealógica* do autor, especialmente os conceitos encontrados em *Vigiar e punir*⁵¹⁴. Somos da opinião de que as regularidades das formações

⁵¹⁰ ALVAREZ, Marcos César. **Michel Foucault e a sociologia...** p. 17.

⁵¹¹ Essa classificação é encontrada em diversos trabalhos sobre Michel Foucault. Por exemplo: DEKENS, Olivier. **Michel Foucault: a verdade de meus livros está no futuro**. São Paulo: Loyola, 2015.

⁵¹² ALVAREZ, Marcos César. **Michel Foucault e a sociologia...** p. 18.

⁵¹³ REVEL, Judith *apud* ALVAREZ, Marcos César. **Michel Foucault e a sociologia...** p. 19.

⁵¹⁴ Já vimos em 2.3 que a criminologia crítica se utilizou bastante dos conceitos de *Vigiar e punir*. Entretanto, acreditamos que as ferramentas teóricas da *arqueologia* do saber punitivo também deveriam ser melhor

discursivas são estratégias utilizadas para o exercício do poder punitivo, motivo pelo qual é essencial dar atenção aos instrumentos de análise contidos na *arqueologia do saber*. Por essa razão, as ferramentas de ambas as fases da obra de Michel Foucault – referentes à *arqueologia do saber* e à *genealogia do poder* – devem ser igualmente consideradas pelo historiador do direito penal. As estratégias do poder punitivo somente poderiam ser bem entendidas com a análise das regras que controlam a formação dos discursos criminais. Por isso deve-se proceder com uma *arqueogenealogia do direito penal*.

Iniciaremos o capítulo com uma discussão sobre a hipótese de existência de um vínculo entre os trabalhos de Michel Foucault e as pesquisas históricas. Muito se falou acerca da impertinência de se classificar suas publicações como trabalhos históricos. Não obstante, somos da opinião de que a análise dos discursos ensaiada pelo autor em boa parte de seus escritos constitui um exemplo paradigmático de história cultural. A sua insistência em ignorar os métodos historiográficos tradicionais ou mesmo a forma inusitada com que trabalhou as fontes históricas seriam suficientes para classificá-lo como um historiador – ainda que *sui generis*. Vamos detalhar os embates que Michel Foucault teve com o campo historiográfico francês e esclarecer melhor as aproximações e discordâncias de seus trabalhos com a *Escola dos Annales* e a *Nova História*. Veremos também o grande destaque que o autor deu para a análise das rupturas discursivas e o significado disso para a história dos pensamentos.

Em seguida abordaremos o método *arqueológico*, enfocando com alguns exemplos de que modo essa análise discursiva pode ser empreendida no campo criminal. Inicialmente, esclareceremos os argumentos de Michel Foucault no sentido de que a unidade do discurso é uma criação artificial. Na verdade, os discursos, longe de formarem uma uniformidade, seriam caracterizados por sua dispersão, a qual deve servir a um só tempo como método e objeto de trabalho do *arqueólogo do saber*. Teceremos explicações sobre os enunciados, que são as menores unidades do discurso. As suas características serão esmiuçadas, a partir da observação de enunciados surgidos no campo criminal brasileiro. Também serão comentadas as formações discursivas, por meio do estudo de suas regularidades: definição de objeto, das modalidades enunciativas, dos conceitos e das estratégias. Todas essas regularidades serão colocadas em função da compreensão do domínio do saber criminal, a fim de que se compreenda como essas categorias teóricas poderiam servir à pesquisa de história jurídico-penal. Daremos uma maior atenção para a análise dos conceitos criados pelo discurso penal –

considerando que eles servem como estratégias fundamentais para a legitimação de práticas punitivas, pelo saber criminal. No mais, as formações conceituais são reveladoras do pensamento próprio do direito penal.

Por fim, na terceira seção, explicaremos a *genealogia* do poder punitivo. Nesse ponto, serão esclarecidos os motivos pelos quais não se pode isolar a *genealogia* do poder da análise *arqueológica* do saber criminal. Também teceremos explicações sobre a relação entre saber e poder na obra de Michel Foucault e quais as implicações disso na história do direito penal. No mais, será explicada a ideia de história do presente desenvolvida pelo autor francês para fundamentar sua preocupação com o exercício do poder. Também serão explicadas as categorias de *lei* e *norma*, criadas para distinguir a função normalizadora que foi desenvolvida como estratégia para o disciplinamento de indivíduos e controle de populações.

Um tema extremamente controverso na obra de Michel Foucault diz respeito ao questionamento acerca da natureza de seus estudos; nesse sentido, indaga-se se os seus textos seriam de fato trabalhos historiográficos ou se, pelo contrário, estariam afastados das premissas científicas utilizadas pelas pesquisas históricas. É verdade que não se encontra na obra de Michel Foucault uma macro teoria histórica ou mesmo uma metodologia de trabalho bem definida, e por essa razão “permanece realmente problemático elaborar uma *teoria foucaultiana da história* ou o *discurso da história* em Foucault”⁵¹⁵.

O questionamento dogmático é por si só *antifoucaultiano*, já que o autor acreditava que aquilo que define uma ciência – ou saber – não seria o estabelecimento prévio de um objeto ou método. Já tivemos oportunidade de alertar sobre os perigos de uma exagerada especialização do conhecimento histórico, que deve ser por natureza interdisciplinar⁵¹⁶. Por essa razão, essa discussão poderia parecer apenas um preciosismo de reduzida importância. Contudo, entendemos como sendo bastante conveniente esclarecer essa celeuma. Ponderar sobre esse debate nos possibilita uma observação mais cuidadosa do relacionamento que Michel Foucault nutria com os historiadores de seu tempo, bem como uma análise da intensidade com que o autor se utilizou do legado da historiografia francesa em sua teorização. O tema pode também ser útil para verificarmos como a sua obra teria sido recepcionada pelos historiadores.

⁵¹⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. Michel Foucault e o discurso histórico-jurídico: encontros e desencontros entre Estado e poder. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 142.

⁵¹⁶ Vide 2.1.

No mais, faz-se necessária a explicação dos fundamentos de nossa posição, de que a *arqueogenealogia* de Michel Foucault seria uma espécie bastante original de história cultural⁵¹⁷, mesmo que tenha sido construída por meio de uma linguagem e de fundamentos estranhos ao paradigma historicista de então. Cumpre, por essa razão, esclarecer os motivos de termos adotado a perspectiva histórica de Michel Foucault como um dos fundamentos basilares de nossa proposta de historicização dos conceitos jurídico-penais. Conforme ficará mais claro, a sua obra poderia ser interpretada como “*um modelo alternativo para a escrita da história da cultura*, um modelo que incorpora uma crítica fundamental da análise marxista e dos *Annales*, bem como da própria história social”⁵¹⁸.

Começamos com algumas reflexões sobre a recepção da obra de Michel Foucault. Quanto a esse tópico pode-se afirmar que a adesão às ideias do autor sempre encontrou enormes resistências por parte dos historiadores. Ítalo Tronca chegou a afirmar que existiria um *espaço em branco* separando o autor dos demais historiadores⁵¹⁹. A reação desses pesquisadores diante dos trabalhos de Michel Foucault pode ser compreendida a partir da verificação de três etapas distintas: inicialmente, a não-recepção dos seus textos; em seguida a confrontação, numa fase em que recebeu enormes críticas; e, por fim, a assimilação paulatina de Michel Foucault no campo histórico, ainda que de modo parcial e limitado⁵²⁰. A resistência inicial se deve ao fato de a maioria dos historiadores não terem compreendido à princípio as questões colocadas pelo autor, que muitas vezes envolviam questionamentos filosóficos estranhos ao seu *métier*. Também contribuiu para essa primeira reação negativa o fato de que os historiadores estavam demasiadamente apegados a um método – já sedimentado na ciência histórica francesa – e por isso não conseguiam abrir mão facilmente de seus pontos de vista tradicionais; dito de outra forma, não conseguiam aceitar as inovações empreendidas pela abordagem histórica do discurso de Michel Foucault, que relativizava – historicizava – até mesmo a noção de verdade⁵²¹.

Isso não impediu a admiração e os elogios à sua pessoa de parte de alguns historiadores fundamentais da escola francesa, os quais conseguiram perceber a originalidade que perpassava os trabalhos de Michel Foucault. Assim, o historiador Robert Mandrou fez

⁵¹⁷ Vide 3.2.

⁵¹⁸ O'BRIEN, Patricia. A História da cultura de Michel Foucault. HUNT, Lynn (org.). **A Nova história cultural**, 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 34, grifos nossos.

⁵¹⁹ TRONCA, Ítalo. Foucault e a história: um espaço em branco. TRONCA, Ítalo (org.). **Foucault vivo**. Campinas: Pontes editores, 1987, p. 7.

⁵²⁰ MEGILL, Allan. The Reception of Foucault by historians. **Journal of the history of ideas**, v. 48, n. 1. Philadelphia: University of Pennsylvania press, 1987, p. 125.

elogios à *História da loucura*⁵²² e Fernand Braudel destacou bastante essa mesma obra, apesar de tê-la comparado com os trabalhos de história das mentalidades e psicologia coletiva de Lucien Febvre – o que demonstra que não aceitou inteiramente as inovações historiográficas ali contidas⁵²³. De toda sorte, pode-se afirmar que Fernand Braudel teve uma grande simpatia por Michel Foucault, que perdurou por toda a sua vida e que seguramente esse sentimento teria contribuído – em razão da enorme influência acadêmica do líder da *Escola dos Annales* – para a sua nomeação para o prestigiado *Collège de France*⁵²⁴.

Para ser mais preciso, somente esses dois representantes da *Escola dos Annales* fizeram comentários sobre Michel Foucault antes da década de 1970 e ainda assim caracterizando-o como filósofo – o que, em outras palavras, significava um *não-historiador*⁵²⁵. Entretanto, conforme pontuou Allan Megill, a partir de meados dessa mesma década, a relação entre Michel Foucault e os historiadores se estreitou com a assimilação parcial de suas propostas por alguns deles, mas principalmente com o acirramento das críticas feitas por aqueles que não concordavam com suas inovações⁵²⁶. Nesse sentido, Jacques Le Goff foi um dos que assimilaram algumas de suas contribuições. Assim, ao fazer algumas ponderações sobre o legado de Michel Foucault – que denominou de *o mestre da inquietude* – teceu várias críticas à sua obra mas reconheceu a enorme importância do autor para a *Nova História*⁵²⁷. Paul Veyne também aderiu às ideias de Michel Foucault, com muito mais ênfase que o seu colega, tendo afirmado – não sem algum exagero – que ele é “o historiador acabado, o remate da história”⁵²⁸.

Por outro lado, apesar de ele ter conquistado o reconhecimento e a admiração de alguns historiadores – principalmente os que se enveredavam pela história das mentalidades e a *Nova História* – sua obra terminou recebendo severas críticas, as quais terminaram por gerar em Michel Foucault um sentimento profundo de ressentimento para com os pesquisadores do campo historiográfico⁵²⁹. Conforme sintetizou Patricia O’Brien, “os historiadores menos

⁵²¹ VEYNE, Paul. **Foucault: seu pensamento, sua pessoa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011, p. 43.

⁵²² O’BRIEN, Patricia. **A História da cultura de Michel Foucault...** p. 37.

⁵²³ ERIBON, Didier. **Michel Foucault**. Paris: Flammarion, 1991, p. 144.

⁵²⁴ RAMOS, Igor Guedes. As Relações de Michel Foucault com Clio: os historiadores, o filósofo, a história-disciplina e a ontologia histórica. **Antíteses**, v. 6, n. 12. Londrina: Universidade estadual de Londrina, 2013, p. 341.

⁵²⁵ RAMOS, Igor Guedes. **As Relações de Michel Foucault com Clio...** p. 341.

⁵²⁶ MEGILL, Allan. **The Reception of Foucault by historians...**

⁵²⁷ LE GOFF, Jacques. Foucault e a *Nova História*. **Plural**, n. 10. São Paulo: USP, 2003, p. 209.

⁵²⁸ VEYNE, Paul. **Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história**, 4ªed. Brasília: UNB, 1998, p. 239.

⁵²⁹ VEYNE, Paul. **Foucault...** p. 46.

dispostos a aceitá-lo apontam sem vacilar as deficiências de Foucault, a *falta de método*, o *menosprezo pelos dados*, a *obscuridade filosófica*, a *linguagem singular*, as *simplificações excessivas* e as *abstrações*, que para eles *refletem a falta de validade histórica* da obra de Foucault. Os historiadores propensos a admitir que Foucault estava escrevendo história veem-na como *má história*, por demais genérica, insubstancial e mecânica”⁵³⁰.

Parece-nos que essas críticas possuíam fundamentos diversos, mas no geral tinham em comum o fato de se basearem em uma incompreensão de suas ideias ou em conclusões precipitadas acerca de suas proposições, numa reação passional à tentativa de Michel Foucault de transformar radicalmente a historiografia tradicional – estabelecida com o Norte do marxismo ou da *Escola dos Annales*, linhas de pensamento que foram questionadas por suas propostas. Também não deixou de existir – muitas vezes disfarçadamente – um certo despeito com sua obra simplesmente pelo fato de não ter sido escrita por alguém que possuía uma formação acadêmica estrita de historiador⁵³¹. O ressentimento provocado em Michel Foucault motivou de sua parte, por vezes, uma postura *blasé*, que acirrou ainda mais as tensões entre o autor e os demais historiadores. Exemplificando essa postura, lembramos que ele chegou a afirmar em uma entrevista, ironicamente, que não era um historiador profissional, mas que “ninguém é perfeito”⁵³². Em outra ocasião, emendou que seus trabalhos eram “estudos de *história*, pelos campos que tratam e pelas referências que assumem; mas não são trabalhos de *historiador*”⁵³³.

Entre as opiniões mais extremadas dos historiadores, afirmava-se que ele *teria colocado em xeque o próprio saber histórico*⁵³⁴. Assim, Hayden White, apesar de simpático aos escritos do autor, afirmou que Michel Foucault “escreve a *história* a fim de destruí-la enquanto disciplina, enquanto modo de consciência e enquanto modo de existência (social)” e concluía acrescentando que, exatamente por esse motivo, ele poderia ser compreendido como um *historiador anti-histórico*⁵³⁵. Apesar de enfático, tal posicionamento pode ser bem compreendido quando lembramos que Michel Foucault negava veementemente qualquer modelo historiográfico que se focasse em análises causais ou mesmo na pesquisa das origens;

⁵³⁰ O'BRIEN, Patricia. **A História da cultura de Michel Foucault...** p. 41, com grifos nossos.

⁵³¹ O'BRIEN, Patricia. **A História da cultura de Michel Foucault...** p. 36.

⁵³² O'BRIEN, Patricia. **A História da cultura de Michel Foucault...** p. 37.

⁵³³ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**, v. 2: o uso dos prazeres, 13ªed. São Paulo: Graal, 2012, p. 16, grifos no original.

⁵³⁴ VAINFAS, Ronaldo. História das mentalidades e história cultural. CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo. **Domínios da história**: ensaios de teoria e metodologia, 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 125-126.

⁵³⁵ WHITE, Hayden. **Trópicos do discurso**: ensaios sobre a crítica da cultura. São Paulo: Edusp, 2014, p. 257.

na primeira etapa – *arqueológica* – de sua obra negava também “a validade de qualquer relação redutiva entre as formações discursivas e seus contextos sociopolíticos”⁵³⁶.

De certo modo, esse seu posicionamento lhe colocava em uma posição incômoda de adversário da historiografia mais tradicional, principalmente considerando-se que as propostas mais inovadoras da *Nova História* – muitas das quais poderiam ser vislumbradas como próximas às de Michel Foucault – ainda estavam sendo construídas e por isso ainda não haviam sido naturalizadas no campo histórico. Por esse motivo, muitos historiadores teriam se interessado por algumas das colocações críticas incisivas feitas por Michel Foucault, muito embora tenham tomado o cuidado de não aderir ao seu polêmico *antimétodo*⁵³⁷ que priorizava a autonomia do discurso.

A grande dificuldade dos historiadores em aceitar a proposta histórica de Michel Foucault diz respeito ao apego que tinham a uma perspectiva tradicional de história, entendendo-a como uma reconstrução do passado baseada na análise de dados objetivos. Como visto, a *Nova História* quebrou com essa ideia, dando uma ênfase para o aspecto discursivo da historiografia. Michel Foucault é um dos historiadores mais emblemáticos nessa transição da percepção histórica, que *se afasta da observação dos fatos e passa a se focar na narratividade*⁵³⁸. Michel Foucault afirmava que a *história efetiva* não pode se fundamentar em nenhuma constância⁵³⁹, o que implicava no fato de que os objetos de estudo do historiador não são predefinidos. Nem mesmo a sociedade ou o homem poderiam servir como referência para a história, pois são produtos de contingências possuindo historicidade própria. Disso, resultava um questionamento profundo sobre o próprio *estatuto do real* que terminou por levar as preocupações do historiador para a análise dos discursos que formavam tais conceitos⁵⁴⁰. Desse modo, não se pode visualizar em Michel Foucault um discurso perene que perpassasse as temporalidades. Assim, “dizer o que é o real será uma afirmação que, já num primeiro momento, irá depender da apreciação específica do *modo como funciona cada uma das regras de produção de conhecimento que presidem cada configuração discursiva*

⁵³⁶ HUNT, Lynn. História, cultura e texto. HUNT, Lynn (org.). **A Nova história cultural**, 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 11.

⁵³⁷ HUNT, Lynn. **História, cultura e texto...** p. 10.

⁵³⁸ ROLT, Clóvis da. Foucault e a história numa trama de conceitos. **Revista de ciências sociais**, v. 42, n. 2. Fortaleza: UFC, 2011, p. 109.

⁵³⁹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2001, p. 27.

⁵⁴⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Michel Foucault e o discurso histórico-jurídico...** p. 143.

diferente na história”⁵⁴¹. Por certo que essa mudança epistemológica drástica não poderia ser assimilada de forma tranquila.

Algumas reações do campo histórico à proposta de Michel Foucault foram bastante comentadas. Entre essas, certamente a polêmica com Jacques Léonard é uma das mais significativas. Esse último historiador reconheceu a definitiva influência do autor em certos temas da historiografia – como o das prisões – mas teceu críticas contundentes à *Vigiar e punir*, afirmando que seria possível questionar o método empregado por Michel Foucault na obra. Acrescentou ainda que ele teria feito análises ligeiras tendo negligenciado o estudo da legislação do período estudado, além de ter desconsiderado uma série de fatos que contradiriam a sua tese de *normalização da sociedade* a partir do poder disciplinar. Por fim, desmereceu a utilização excessiva de conceitos abstratos no trabalho de Michel Foucault⁵⁴². Sobre o tema, Paul Veyne discordou dessa última ressalva concernente à excessiva conceitualização abstrata de Michel Foucault, afirmando que os historiadores se precipitavam já que “nem todos haviam compreendido que, no fundo, suas noções eram tão abstratas quanto as de Foucault”⁵⁴³.

Michel Foucault rebateu ferozmente essas críticas, afirmando que Jacques Léonard tentou estabelecer uma distinção maniqueísta entre filósofos e historiadores ao afirmar que ele não se atinha à verdade dos fatos, optando por utilizar-se de conceituações livres e abstratas. Ironizou o que seria uma espécie de auto consagração do historiador que teria se alçado à condição de *grande testemunha da realidade*; segundo Michel Foucault, Jacques Léonard teria dessa maneira agido como se fosse um “especialista desconsolado, chorando por seu pequeno reino que os selvagens acabaram de saquear”⁵⁴⁴. Em resumo, Jacques Léonard ao desmerecer o trabalho histórico de *Vigiar e punir* teria se utilizado de “todos os clichês: os pequenos acontecimentos verdadeiros contra as grandes ideias vagas; *a poeira desafiando a nuvem*”⁵⁴⁵.

Comentando essa acalorada discussão entre Michel Foucault e Jacques Léonard, a historiadora Margareth Rago afirmou que o primeiro autor deixara bem claro em sua proposta

⁵⁴¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Michel Foucault e o discurso histórico-jurídico...** p. 143.

⁵⁴² LÉONARD, Jacques. L’Historien et le philosophe: a propos de Surveiller et punir. PERROT, Michelle (org.). **L’Impossible prison: recherches sur le système pénitentiaire au XIXe. Siècle.** Paris: Éditions du Seuil, 1980, p. 9-14.

⁵⁴³ VEYNE, Paul. **Foucault...** p. 44.

⁵⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **La Poussière et la nuage.** PERROT, Michelle (org.). L’Impossible prison: recherches sur le système pénitentiaire au XIXe. Siècle. Paris: Éditions du Seuil, 1980, p. 29.

⁵⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **La Poussière et la nuage...** p. 29, grifamos.

que tinha optado por um *modo de fazer a história que partia de um problema*, e a partir dessa delimitação é que se determinaria o objeto da pesquisa que deveria ser analisado; o que diferia enormemente do modo tradicional de se fazer história, que parte de um objeto previamente estabelecido para daí encontrar problemas⁵⁴⁶. Isso porque acreditava que os objetos da história – e de qualquer ciência humana – não são *verdades eternas*, devendo ser eles próprios historicizados⁵⁴⁷; o que levava à ideia de que o ponto de partida do historiador deveria ser sempre um problema determinado. Com isso, compreende-se melhor a afirmação de Michel Foucault de que o problema exposto em *Vigiar e punir* diz respeito à formação do poder disciplinar e consequentemente se refere à criação de um saber que lhe justificava. A prisão foi tão-somente o objeto de estudo escolhido para explicar o questionamento original. Por esse raciocínio, somente seria coerente esperar de Michel Foucault a apresentação de detalhes históricos sobre as prisões do século XIX na medida em que esses explicassem a sua problemática central, já que seu objetivo nunca foi o estudo minucioso do período estudado⁵⁴⁸. *Definitivamente, Michel Foucault não era um historiador tradicional.*

Não obstante todas as ressalvas à sua obra, Michel Foucault nunca negou a importância da história em seus escritos. Muito pelo contrário, sempre destacou a necessidade de sua valorização no âmbito das ciências humanas. Chegou a afirmar em tom de advertência que a história “forma, assim, para as ciências humanas, uma esfera de acolhimento, ao mesmo tempo, privilegiada e perigosa”, já que, para cada ciência do homem “ela dá um fundo básico que a estabelece, fixa-lhe um piso, como que uma pátria (...) mas ela lhes cerca de uma fronteira, que lhes limita, e imediatamente, arruína sua pretensão de valerm no elemento da universalidade”⁵⁴⁹. Em várias oportunidades assumiu a sua admiração pela historiografia francesa – apesar do ressentimento com alguns historiadores que o criticaram, conforme exemplificado acima.

Desde o seu primeiro trabalho de fôlego, *História da Loucura*⁵⁵⁰, o autor trabalhou com o saber histórico. Continuou utilizando a análise histórica em *O Nascimento da clínica*⁵⁵¹ e *As Palavras e as coisas*⁵⁵². Contudo, nessas três primeiras obras parece ter utilizado a

⁵⁴⁶ RAGO, Margareth. O efeito Foucault na historiografia brasileira. **Tempo social**, 7(1-2). São Paulo: USP, 1995, p. 71.

⁵⁴⁷ VEYNE, Paul. *Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história...* p. 274.

⁵⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *La Poussière et la nuage...* p. 32.

⁵⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Les Mots e les choses: une archeologie des sciences humaines*. Paris: Gallimard, 1966, p. 382.

⁵⁵⁰ FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2013.

⁵⁵¹ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da clínica...*

⁵⁵² FOUCAULT, Michel. *Les Mots e les choses...*

história de maneira mais intuitiva. Tanto que sentiu a necessidade de esclarecer melhor a sua proposta historiográfica⁵⁵³, o que fez no seu trabalho seguinte, *A Arqueologia do saber*⁵⁵⁴. Nesse livro, Michel Foucault tentou racionalizar as técnicas de pesquisa que já havia utilizado nos textos anteriores.

No mais, pode-se afirmar que o autor prosseguiu com suas investigações históricas, ainda que com características um pouco distintas da sua primeira fase *arqueológica* – inaugurando com trabalhos posteriores o que ficou denominado de *genealogia* histórica. Assim, *Vigiar e punir*⁵⁵⁵ e os volumes publicados de *História da sexualidade*⁵⁵⁶, entre outros textos do autor, também são exemplos de trabalhos historiográficos. Por isso, é de todo compreensível a sua afirmação enfática de que não compreendia os críticos, que alegavam que sua obra atentaria contra a história, *ele que sempre havia feito história*⁵⁵⁷. Cumpre ainda lembrar que Michel Foucault somente sentiu a necessidade de escrever um trabalho mais específico sobre o *fazer histórico* – algo que se aproximaria de uma metodologia – em *A Arqueologia do saber* – portanto, apenas depois de ter vivenciado experiências de pesquisa, o que lhe possibilitou aproveitar os erros e acertos de suas empreitadas anteriores.

Na clássica introdução de *Arqueologia do saber*⁵⁵⁸, Michel Foucault especifica com maiores detalhes a sua opinião sobre a ciência histórica, destacando suas principais divergências com o modelo tradicional de historiografia. Nesse texto, o autor aproveitou parte do legado da *Escola dos Annales*, contudo, sem perder a oportunidade de demonstrar a sua profunda admiração por outro campo intelectual, a *epistemologia francesa*, especialmente aquela que era representada por Georges Canguilhem, Gaston Bachelard e Jean Hyppolite, entre outros autores. No trabalho, apesar de ter se utilizado parcialmente da tradição historiográfica, fez questão de inová-la em aspectos essenciais – como a negação do continuísmo histórico, a partir de uma valorização da ideia de ruptura, e o rechaço a uma *história total* – assumindo uma postura que se identificaria, pouco depois, com os novos rumos que seriam desenvolvidos pela *Nova História*. Pode-se afirmar que Michel Foucault “encontrou nos *Annales* uma prática histórica que lhe suscitou importantes problemas

⁵⁵³ Que será comentada em 4.2.

⁵⁵⁴ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969.

⁵⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir*: naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1975.

⁵⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*, v. 1: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*, v. 2...

⁵⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos VI*... p. 328.

⁵⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir*... p. 9-28.

filosóficos”⁵⁵⁹. Na sequência, explicitaremos a opinião do autor sobre os caminhos da pesquisa histórica com o objetivo de demonstrar que Michel Foucault era de fato um historiador, ainda que com peculiaridades que o distinguiam dos colegas mais tradicionalistas.

De início, a questão da descontinuidade e da ruptura. Michel Foucault enfrentou a visão sedimentada da historiografia francesa que priorizava a continuidade nas análises históricas – principalmente a partir da segunda geração dos *Annales* e da ideia de longa duração de Fernand Braudel. Nesse movimento, aproximou-se bastante das gerações seguintes de historiadores e da chamada *Nova História*⁵⁶⁰. Jacques Le Goff afirmou que Michel Foucault admirava os seguidores da *Nova História* e tinha em comum com esses o “desejo de substituir a historiografia tradicional por uma história da história que estaria sujeita, como o conjunto do campo histórico, a rupturas, descontinuidades, e não a este majestoso avanço da historiografia tradicional que se vê tornar-se mais *científica* e precisa”⁵⁶¹. Michel Foucault explicou que, paradoxalmente, enquanto a história social se apegava cada vez mais a um conceito de longa duração, a história das ideias e do pensamento tinha um fundamento absolutamente oposto na medida em que *multiplicava as rupturas e procurava as perturbações da continuidade*⁵⁶². Por essa razão, defendeu “o projeto de uma história geral construída a partir das descontinuidades, das rupturas e do entrecruzamento de séries organizadas pelo historiador”⁵⁶³.

É oportuno lembrar que não foi somente a história do pensamento realizada na França que assumiu essas características, afastando-se de um continuísmo a partir da valorização das rupturas. Também a história das ciências que era desenvolvida em outras localidades assumiu esses parâmetros. Por exemplo, Thomas Kuhn, mais ou menos na mesma época, explicava que a *ciência normal* era ocasionalmente abalada por “*anomalias que subvertem a tradição existente*” as quais denominou de *revoluções científicas* que resultariam em novos paradigmas, servindo de modelo para a sedimentação do conhecimento científico futuro⁵⁶⁴.

A importância da ruptura para Michel Foucault diz respeito às conseqüentes transformações nas formações discursivas. Sendo mais específico, referimo-nos aos câmbios

⁵⁵⁹ DEAN, Mitchell. **Critical and effective histories**: Foucault’s methods and historical sociology. London: Routledge, 1994. Kindle version, Página 40 de 239.

⁵⁶⁰ Vide 3.1 e 3.2.

⁵⁶¹ LE GOFF, Jacques. **Foucault e a Nova História...** p. 201, grifos no original.

⁵⁶² FOUCAULT, Michel. **L’Archéologie du savoir...** p. 13.

⁵⁶³ RAGO, Margareth. As Marcas da pantera: Michel Foucault na historiografia brasileira contemporânea. **Anos 90, v.1, n.1**. Porto Alegre: UFRGS, 1993, p. 132.

⁵⁶⁴ KUHN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**, 10ªed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 24.

na estruturação dos conceitos, fundamentais para a arquitetura dos saberes. Isso porque as rupturas discursivas fazem com que os conceitos científicos não sejam *inertes* e *estáticos*. Da mesma forma, eles não se desenvolvem linearmente, considerando que “a história de um conceito não é, sob nenhuma hipótese, a de um refinamento progressivo, de sua racionalidade continuamente crescente, de seu gradiente de abstração”⁵⁶⁵. Muito pelo contrário, a historicidade dos conceitos pode ser associada às mudanças bruscas e transformações radicais. Portanto, analisar historicamente os conceitos jurídico-penais implica na necessidade de considerarmos um modelo de história de rupturas a partir da percepção das súbitas e por vezes rápidas transformações nos saberes estruturantes do sistema punitivo. Com esse foco, podem ser estudadas as variações nos discursos punitivos da doutrina criminal brasileira a partir da observação das mutações nas formações discursivas e das transformações conceituais.

A ruptura teria, portanto, um enorme significado para a análise histórica, a ponto de ser, ao mesmo tempo, um instrumento de pesquisa para o historiador e o seu próprio objeto de pesquisa⁵⁶⁶. Isso significa que a pesquisa histórica deve considerar as cisões sociais como naturais além de se interessar por estudá-las. No que diz respeito aos discursos parece ainda mais clara essa postura, visto que a história cultural deve se focar nas mudanças e transformações das práticas discursivas. Michel Foucault mais uma vez dá mostras de se colocar próximo à *Nova História*, quando diz que entre as características mais importantes desse novo modelo historiográfico destaca-se “esse *deslocamento da descontinuidade*: sua passagem do obstáculo à prática; sua integração no discurso do historiador, no qual não cumpre mais com um papel de uma fatalidade externa, que é necessário reduzir, mas sim o de *um conceito operatório que se utiliza*”⁵⁶⁷. Prosseguindo sua explicação, afirmou que *a descontinuidade histórica teria um triplo papel para o historiador*: consistiria, inicialmente, numa *operação deliberada do historiador* que deve selecionar os períodos de análise que são convenientes para sua pesquisa sem preocupar-se forçosamente com um continuísmo; em segundo lugar, a descontinuidade também se torna o *resultado de sua descrição* e não mais aquilo que deveria ser eliminado da pesquisa, pois o que se pretende descobrir é exatamente o *ponto de inflexão de uma curva*, o momento de transformação; por fim, o terceiro papel da descontinuidade histórica é o de ser um *conceito*, próprio do saber histórico que deve ser demonstrado pela investigação e não mais escamoteado pelo pesquisador⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 11.

⁵⁶⁶ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 17.

⁵⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 17, grifamos.

⁵⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 16-17.

Um segundo ponto destacado por Michel Foucault, em *Arqueologia do saber*, é a sua defesa por uma *história geral*. Isso significava o descarte do modelo de *história total* – ou *global* – tão caro para a segunda fase da *Escola dos Annales*. Como visto, a defesa de um princípio unificador – que faria com que a história englobasse todos os temas da existência humana – foi duramente criticado pela *Nova História*. A caracterização de grandes unidades históricas com um mesmo princípio de coesão foi colocada em questão pela *Nova História* pelo fato de que “ela problematiza as séries, os cortes, os limites, os desníveis, as defasagens, as especificidades cronológicas, as formas singulares de permanência, os tipos possíveis de relação”⁵⁶⁹. Por isso, a história total deveria ser substituída por uma história geral que se fundamenta na dispersão, guiando-se pela não-unicidade da história⁵⁷⁰. Segundo Michel Foucault, seria possível distinguir os modelos de história propostos pois “uma descrição global reúne todos os fenômenos em torno de um centro único – princípio, significação, espírito, visão do mundo, forma de conjunto; uma história geral desdobraria, ao contrário, o espaço de uma dispersão”⁵⁷¹.

A utilização de um modelo de história geral implicava como consequência a absorção da criação dos *novos objetos da história* – algo que já vinha sendo desenvolvida pela *Nova História* – o que possibilitava a Michel Foucault trabalhar especificamente com temas marginais que lhe eram muito importantes, como a prisão, a sexualidade, entre outros⁵⁷². Por outro lado, Michel Foucault deixa claro que a dispersão temática resultante da história geral não poderia significar em uma “pluralidade de histórias justapostas e independentes uma da outra”⁵⁷³; de alguma forma deveria haver uma relação entre as histórias desenvolvidas e para o autor esse era o principal desafio da história geral: definir qual a relação que pode existir entre essas diferentes histórias⁵⁷⁴.

Veremos que o autor utilizou em seus trabalhos mais tardios o poder como um dado comum, um elemento que poderia relacionar os diferentes tipos de história; entretanto, em sua análise do poder, o discurso é sempre um componente central⁵⁷⁵. Nesse sentido, podem ser compreendidas as *várias histórias* empreendidas por Michel Foucault, reunidas em torno da análise do poder, que é exercitado inexoravelmente enquanto prática discursiva – o que não

⁵⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 18.

⁵⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 18.

⁵⁷¹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 19.

⁵⁷² LE GOFF, Jacques. *Foucault e a Nova História...* p. 204, grifos no original.

⁵⁷³ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 18.

⁵⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 18.

⁵⁷⁵ O'BRIEN, Patricia. *A História da cultura de Michel Foucault...* p. 48.

significa de modo algum o desprezo pela consideração das práticas sociais não discursivas. A sua obra poderia ser descrita, portanto, como uma *história do poder a partir de seus discursos*.

Com essas opiniões, fica evidente a sua adesão a certos postulados da *Nova História*. Sem correr o risco de cometer exageros, pode-se afirmar que Michel Foucault ampliou o relativismo na história ao considerar que não existem objetos preferenciais nas pesquisas. Com essa premissa, nem mesmo a sociedade ou a ideia de humanidade poderiam ser considerados como dados acabados, devendo ser por essa razão historicizados. Nesse sentido, o princípio implícito na história social de que a sociedade seria o objeto de estudo do historiador foi seriamente contestado, na medida em que nem mesmo essa realidade poderia mais ser utilizada como referência fixa para o historiador. Pelo contrário, a sociedade deve ser problematizada na pesquisa histórica⁵⁷⁶.

Apesar de todas as celeumas apontadas, entendemos que a obra de Michel Foucault pode ser compreendida como um conjunto de pesquisas históricas, ainda que fundamentadas em características bastante peculiares e sendo em certa medida distintas dos modelos historiográficos mais tradicionais. Essa *nova história cultural* – que prioriza o discurso produzido historicamente e tenta desvendar sua conexão com as estratégias de poder – parece ser uma ferramenta muito útil à compreensão dos conceitos desenvolvidos no âmbito dos saberes humanísticos, especialmente aqueles utilizados mais enfaticamente para a legitimação do exercício do poder. É o caso do direito penal, cujo discurso serve como suporte para a estruturação do poder punitivo. Por esse motivo, o aporte de Michel Foucault é importantíssimo para a compreensão dos conceitos jurídico-penais, os quais devem ser visualizados como elementos da formação discursiva própria do campo penal.

4.2 ARQUEOLOGIA DO SABER CRIMINAL: ANÁLISE HISTÓRICA DAS FORMAÇÕES DISCURSIVAS NO CAMPO PENAL

Para o arqueólogo das ideias, então, uma dada época da história intelectual deve ser tratada como um sítio de escavação. Tem por objeto de estudo não sua fisiografia aparente, representada pelas ciências humanas surgidas dentro de suas fronteiras, mas antes as

⁵⁷⁶ O'BRIEN, Patricia. **A História da cultura de Michel Foucault...** p. 35.

estruturas da cartada linguística e dos compromissos epistemológicos que originariamente a constituíram⁵⁷⁷.

Com a intenção de elaborar uma explicação acerca de como a *ciência* passou a assumir funções em nossa sociedade, Michel Foucault elaborou *Arqueologia do saber*. Nessa obra, foram explicadas as ferramentas de pesquisa que já tinham sido utilizadas pelo historiador francês em trabalhos anteriores. Entretanto, esse escrito não contém uma *teoria acabada* ou mesmo uma *metodologia completa* para a análise *arqueológica* dos discursos, conforme admitido pelo próprio autor⁵⁷⁸. Ainda assim, o trabalho contém lições indispensáveis, a respeito da compreensão das formações discursivas na estruturação dos saberes. Por essa razão os elementos contidos na análise *arqueológica* são essenciais para a elaboração de uma história do discurso criminal.

Na concepção adotada por Michel Foucault em sua historicização do saber – guiada pelos princípios de dispersão, ruptura e transformação do discurso – destacam-se vários problemas teóricos merecedores de reflexão⁵⁷⁹. A partir da observação desses problemas, pode-se compreender de que maneira um discurso é construído, especialmente naquelas disciplinas com fronteiras mal definidas e com status epistemológico precário – ou duvidoso – como é o caso do direito penal. Por isso, a compreensão histórica do direito penal exige o estudo de suas formações discursivas, dos enunciados que sustentaram retoricamente esse saber. Com essa visão, o autor se afastou de uma centralização da observação histórica na sociedade, preocupando-se mais especificamente com os seus discursos.

Isso não significa que as práticas não-discursivas sejam dispensáveis para o autor, mas sim que elas devem ser compreendidas por meio de um entrelaçamento com os discursos – em uma relação de dependência e não de causalidade. Seria necessária a preocupação com a relação entre os enunciados discursivos e os eventos de outra natureza, incluindo aqueles de ordem política, econômica e social⁵⁸⁰. Segundo Luiz Orlandi, a análise arqueológica refuta a possibilidade de enxergar no discurso um mero reflexo de contingências socioeconômicas, afastando-se de um modelo causalista muito comum em algumas teorias de base marxista. Dessa forma, deseja-se “*descobrir o domínio de existência e de funcionamento de uma*

⁵⁷⁷ WHITE, Hayden. **Foucault decodificado...** p. 263.

⁵⁷⁸ FOUCAULT, Michel. Entrevista. ROUANET, Sérgio Paulo *et ali*. **O Homem e o discurso: a arqueologia de Michel Foucault**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2008, pp. 17-19. FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 149.

⁵⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 48.

prática discursiva, o que exige sua atenção para com uma *história geral*, pois ela *procura descobrir todo esse sistema de instituições, de processos econômicos, de relações sociais sobre os quais pode se articular uma formação discursiva*”⁵⁸¹.

Essa posição tem algumas semelhanças com a que foi adotada por Pierre Bourdieu, quando ensinou que “as práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, *por suas relações de força específicas* que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, *pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis* e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas”⁵⁸². Interessante notar que, na fase *arqueológica* dos escritos de Michel Foucault, o autor deu mais atenção para o segundo elemento destacado por Pierre Bourdieu, preocupando-se mais com os aspectos discursivos; mas, a partir da segunda fase de sua obra, dita *genealógica*, Michel Foucault deu maior destaque para as práticas e estratégias de poder – o que Pierre Bourdieu denominou de *relações de força específicas*.

Em nossa opinião, não seria possível separar esses dois aspectos fundadores do campo criminal: práticas e discursos são intrinsecamente relacionados entre si. Justamente por essa razão, Michel Foucault trata os enunciados como verdadeiras práticas – *práticas discursivas*. Assim, para o propósito de entender o funcionamento do direito penal, não é possível deixar de estudar historicamente os discursos próprios do campo penal – de onde exsurge a importância da história cultural e da obra de Michel Foucault para a historicização do direito penal.

Para a análise histórica do discurso é essencial a quebra de uma falsa ideia de continuidade. A história do pensamento é feita de rupturas, sendo que suas transformações não são lineares: o desenvolvimento do pensamento não corresponde a uma marcha contínua, nem tampouco indica a existência de um *progresso*. Também é essencial desconfiar dos recortes e agrupamentos discursivos, o que significa *problematizar a unidade do discurso*: as práticas discursivas se caracterizam por sua dispersão e não por formarem uma unidade bem definida. Como ensinou Michel Foucault, esses recortes seriam “categorias reflexivas,

⁵⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 41.

⁵⁸¹ ORLANDI, Luiz. Do Enunciado em Foucault à teoria da multiplicidade em Deleuze. TRONCA, Italo (org.). **Foucault vivo**. Campinas: Pontes, 1987, p. 52, grifos no original.

⁵⁸² BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**, 8ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 211, grifamos.

princípios de classificação, regras normativas, tipos institucionalizados”. Por isso, as organizações dos discursos são *per se* fatos discursivos e por isso merecedoras de atenção do estudioso⁵⁸³. Nesse sentido, é interessante analisar como a criminologia foi absorvida pelo campo jurídico-penal, enquanto discurso da doutrina do direito penal, com a recepção do positivismo criminológico. Também é deveras importante perceber como esse modelo criminológico foi parcialmente expurgado e escamoteado retoricamente – a partir das críticas ao positivismo e do advento do tecnicismo jurídico.

Com essa fragmentação do discurso, faz-se necessária a consideração de seus pressupostos constitutivos mais elementares. Por isso, a *arqueologia* fundamenta-se no *estudo dos enunciados*, sendo certo que “a análise das formações discursivas é bem centrada na descrição do enunciado em sua especificidade”⁵⁸⁴. O enunciado seria como um elemento indivisível para as formações discursivas, como um átomo do discurso⁵⁸⁵. Michel Foucault não foi tão preciso ou detalhista nesse ponto, preocupando-se mais em afirmar *o que o enunciado não é* do que em esclarecer mais objetivamente o que ele seria.

O enunciado não pode ser confundido com as proposições lógicas tampouco com as frases e os atos de fala. Também não podem ser igualados às representações psicológicas. Com relação aos atos de fala, é importante lembrar que os objetivos de Michel Foucault não eram os mesmos de John Austin e John Searle. Isso porque, ao contrário de John Searle, o autor francês não se interessou pelo “modo como o ouvinte *compreende* o ato do discurso”⁵⁸⁶, tampouco demonstrou preocupação com os atos discursivos *cotidianos*. Pelo contrário, interessou-se pelos atos discursivos que se destacam de seu local de emissão, tornando-se constitutivos de um *campo relativamente autônomo*. “Tais atos discursivos ganham sua autonomia depois de serem aprovados em uma espécie de teste institucional, como regras do argumento dialético, interrogação inquisitória ou confirmação empírica”⁵⁸⁷. Daí, mais uma vez, a importância do amparo institucional para a validação do enunciado, como se percebe bem por meio da observação daqueles emitidos pela doutrina criminal, que são legitimados em função da posição que ocupam no discurso do direito penal e de sua função no sistema punitivo.

⁵⁸³ FOUCAULT, Michel. *L’Archéologie du savoir...* p. 33.

⁵⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *L’Archéologie du savoir...* p. 150.

⁵⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *L’Archéologie du savoir...* pp. 106-107.

⁵⁸⁶ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica, 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 60.

⁵⁸⁷ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault...** p. 62.

Os enunciados também não se colocam no nível lógico ou gramatical. Por exemplo, há enunciados que não consistem em frases. “Um quadro classificatório das espécies botânicas, uma árvore genealógica, são constituídos de enunciados, mas não de frases (...) A série de letras A, Z, E, R, T, em um manual de datilografia, não é uma frase, embora seja o enunciado da ordem alfabética adotada para as máquinas francesas”⁵⁸⁸. Michel Foucault lembra que não surpreende o fato de não ser possível se chegar a uma unidade do que seja o enunciado: “é que ele não é em si mesmo uma unidade, mas uma função que cruza um domínio de estruturas e unidades possíveis, e que faz com que se mostrem com conteúdos concretos no tempo e no espaço”⁵⁸⁹.

Por isso, *o que caracteriza definitivamente o enunciado é a existência de uma relação*: um conjunto de signos somente se torna um enunciado a partir de uma relação consigo mesmo, “uma relação específica que se refira a ela mesma – e não à sua causa, nem a seus elementos”⁵⁹⁰. Nesse sentido, Gilles Deleuze observou que os enunciados possuem *esquemas discursivos próprios* e o seu *espaço correlativo* – que une os enunciados ao seu campo referencial – seria a “ordem discursiva dos lugares ou posições dos sujeitos, dos objetos e dos conceitos numa família de enunciados”⁵⁹¹. A relação enunciativa não equivale àquelas que existem entre significante e significado, ou do nome com o que ele designa, entre a proposição e o seu referente ou entre a frase e seu sentido. “Em razão dessas distinções, a relação enunciativa não pode ser apreendida por uma *análise formal*, por meio de uma *investigação semântica* ou de uma *verificação*”⁵⁹². Dessa forma, o correlato do enunciado pode ser compreendido como um referencial, que não se compõe de *coisas, fatos* ou *realidades*, pelo contrário é formado de “leis de possibilidade, de regras de existência para os objetos que aí se encontram nomeados, designados ou descritos”⁵⁹³. Como explicou Roberto Machado, a finalidade de existência dos enunciados, que relaciona esses ao seu referencial, possibilita um vínculo entre as unidades de signos – proposições ou frases – com um domínio específico de objetos, permitindo assim a utilização de certos objetos pelos enunciados⁵⁹⁴.

Além dessa relação com o referencial, *os enunciados também mantem uma relação específica com os sujeitos*. É importante notar que o sujeito do enunciado não equivale ao

⁵⁸⁸ MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber**, 3ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p. 150.

⁵⁸⁹ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** pp. 115.

⁵⁹⁰ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** pp. 117.

⁵⁹¹ DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 2013, pp. 20-21.

⁵⁹² ORLANDI, Luiz. **Do Enunciado em Foucault...** p. 13, grifos do autor.

⁵⁹³ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** pp. 120.

⁵⁹⁴ MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber...** p. 151.

sujeito da construção linguística, tampouco se confunde com o autor do enunciado. Nesse particular podemos notar uma aproximação inegável entre a análise arqueológica e o estruturalismo, considerando que ambos os esquemas teóricos rejeitavam a busca de uma subjetividade, recusando-se a considerar em suas análises um sujeito consciente, que dá sentido às coisas⁵⁹⁵. Ao contrário da história das ideias – que se preocupava demasiadamente com os indivíduos, na tentativa de compreender como se comportavam os autores diante de suas formulações – a observação arqueológica dos enunciados não tem nenhuma pretensão de individualização, de identificação dos sujeitos. Assim, na arqueologia do saber o autor do enunciado é na verdade, “um espaço determinado e vazio, que pode, efetivamente, ser ocupado por indivíduos diferentes”⁵⁹⁶. *Analisar o autor do enunciado significa delimitar o lócus institucional, a posição que o sujeito ocupa no campo referencial do enunciado*. Como sintetizou Michel Foucault, “descrever uma formulação enquanto enunciado não consiste em analisar as relações entre o autor e o que ele falou (ou quis dizer, ou disse sem querer), mas sim *determinar qual a posição que pode e deve ocupar todos os indivíduos, pelo fato de serem sujeitos*”⁵⁹⁷.

O enunciado exige que exista um domínio a ele associado, um *espaço colateral*. Isso, porque ele não subsiste sozinho, de forma isolada, diferentemente do que ocorre com as proposições e frases. Essas estruturas linguísticas somente serão consideradas enunciados na medida em que estiverem conectadas a um outro grupo de enunciados⁵⁹⁸. Por isso, um enunciado não é um solilóquio, mas um diálogo, considerando que sempre haverá a sua interação com outros campos, formados por enunciados regulares. Assim, *o enunciado já é ligado a um determinado status, proveniente do campo ao qual se relaciona*, pois “se delineia em um campo enunciativo (...) que lhe apresenta relações possíveis com o passado e que lhe abre um futuro eventual”⁵⁹⁹.

Segundo Gilles Deleuze, além do espaço correlativo e colateral – que relacionam o enunciado respectivamente a seus objetos e conceitos, e com um campo enunciativo entendido como um domínio discursivo próprio – também deve ser visualizado um *espaço complementar* representado pelas práticas não-discursivas. No âmbito dessa zona de

⁵⁹⁵ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault...** p. 75.

⁵⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** pp. 125.

⁵⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** pp. 126, grifamos.

⁵⁹⁸ MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber...** p. 151.

⁵⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 130.

complementaridade pode-se visualizar como o enunciado também se relaciona com “instituições, acontecimentos políticos, práticas e processos econômicos”⁶⁰⁰.

Muito embora a ênfase da análise *arqueológica* seja direcionada para a observação do discurso por meio de seus enunciados, Michel Foucault já começava a se preocupar com as estratégias políticas, como pode se observar pelas reflexões sobre os complementos dos enunciados. Isso significa que o discurso não é autônomo já que existe uma ligação forte com aquilo que ocorre fora do âmbito estritamente discursivo, com os acontecimentos e práticas institucionais. *A relação entre enunciados e o espaço complementar não é de um causalismo mecânico* – como poderia pretender um *marxismo vulgar*, denominação pejorativa que indica as correntes que explicam todos os aspectos discursivos como reflexos da ideologia, provocados pela estrutura econômica. *Tampouco se trata de algo meramente simbólico* já que os discursos também são entendidos como práticas. A atenção de Michel Foucault com o espaço complementar irá se intensificar no decorrer de sua obra. Tanto que a partir da fase *genealógica*, principalmente após a publicação de *A Ordem do discurso* e *Vigiar e punir*, o seu foco analítico desvia-se, inclinando-se na direção do estudo do poder. Com essa mudança de eixo, é possível notar o destaque dado para o papel das estratégias políticas na formação e ordenação dos discursos. O mais importante frisar é que *a perspectiva arqueológica não é incompatível com a genealógica, antes a complementa*, considerando que o discurso criminal deve ser estudado, também, a partir da *análise dos seus arranjos discursivos e conceituais*, e pela *observação da estruturação do domínio que lhe é subjacente*. Trata-se de um aspecto essencial, compreendido como um requisito para a compreensão histórica das práticas punitivas.

Cumprir lembrar que os enunciados são definidos por sua *materialidade*. Para explicar tal característica, deve-se distinguir o enunciado da *enunciação*. As enunciações são múltiplas e ocorrem a cada vez que um conjunto de signos for emitido. Por isso podemos afirmar que cada enunciação é singular, tratando-se de um acontecimento único e irrepetível⁶⁰¹. O enunciado, diferentemente, é dotado de uma *materialidade repetível* pois ele pode ser reproduzido mais de uma vez sempre que sua identidade for preservada e cada vez que a relação com o campo específico a que se vincula o enunciado estiver presente. “Por essas razões, Foucault pode dizer o que o enunciado é um *objeto específico e paradoxal* em sua materialidade repetível. Como todo objeto, ele pode ser *produzido, manipulado, utilizado*,

⁶⁰⁰ DELEUZE, Gilles. **Foucault...** p. 21.

⁶⁰¹ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 133-134.

transformado, trocado, combinado, decomposto, recomposto e eventualmente destruído”⁶⁰². A materialidade do enunciado não indica o seu substrato físico, o modo como transparece o significante; pelo contrário, está atrelada ao campo institucional de referência do enunciado. Por isso, a análise arqueológica não pode se afastar da observação do domínio institucional que forma a própria identidade do enunciado⁶⁰³. Como lembrou Gilles Deleuze, as repetições de enunciados se restringem, não são ilimitadas na medida em que “é preciso que haja o mesmo espaço de distribuição, a mesma repartição de singularidades, a mesma ordem de locais e de posições, a mesma relação com um meio instituído: tudo isso forma para o enunciado uma materialidade que o faz repetível”⁶⁰⁴.

Os enunciados também são compreendidos em seu princípio de dispersão, pois seguem um *efeito de raridade*. Isso significa que não há continuidade ou completude nos enunciados, eles não descrevem a realidade enquanto unidade, pelo contrário, são descontínuos, representando apenas uma parte do todo já que *nem tudo é sempre dito*⁶⁰⁵. Por essa razão, Michel Foucault afasta a análise *arqueológica* da hermenêutica que teria como função dar sentido aos diferentes enunciados, interpretados conjuntamente. Por isso, a arqueologia é uma investigação histórica que se coloca longe da ideia de interpretação⁶⁰⁶, observando os enunciados como uma manifestação da linguagem e apoiando-se em uma descrição que *não é nem transcendental nem antropológica*⁶⁰⁷. Desse modo, os vazios do discurso não são preenchidos pela interpretação dos enunciados observados; ao invés disso, procura-se compreender as razões e em que condições foi possível o surgimento dos enunciados isolados, tais como se mostram, como realidades discursivas individualizadas. Nesse sentido, “interpretar é uma forma de reagir à pobreza enunciativa, e de compensá-la pela multiplicação do sentido; uma maneira de falar a partir dela, e apesar dela. Mas analisar uma formação discursiva é encontrar a lei dessa pobreza, medi-la e determinar-lhe a forma específica”⁶⁰⁸. Assim, o discurso deixa de ser infinito para o intérprete tornando-se um *bem limitado*, objeto de disputas de poder.

A *exterioridade* diz respeito ao modo da análise enunciativa se focar naquilo que é objetivo, no enunciado como dado linguístico, desapegado de questões ligadas ao âmbito da

⁶⁰² ORLANDI, Luiz. **Do Enunciado em Foucault...** p. 16, grifos do autor.

⁶⁰³ MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber...** p. 152.

⁶⁰⁴ DELEUZE, Gilles. **Foucault...** p. 22.

⁶⁰⁵ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 156.

⁶⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 143.

⁶⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 148.

⁶⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 158.

interioridade – contrariando visões tradicionais da história, como a teleológica, com uma visão de progresso que implicaria em uma valoração, ou mesmo o subjetivismo encontrado na vontade dos indivíduos, que seria o motor para o discurso. Assim, Michel Foucault estava mais preocupado em verificar como os discursos objetivos eram considerados pelos indivíduos enquanto práticas discursivas (saber), despreocupando-se com a influência dos indivíduos nesse discurso. Como disse o autor, em uma conversa célebre com Noam Chomsky, seu projeto de história partia de uma *eliminação da subjetividade* pois considerava que não seria necessário levar em conta o indivíduo, pelo contrário, deveria ser observado “o ponto de vista do intelecto, de suas regras, de seus sistemas, de suas transformações de totalidades no jogo do conhecimento individual”⁶⁰⁹.

O terceiro traço característico das análises de enunciados diz respeito ao seu *acúmulo*. Os enunciados se acumulam ao longo do tempo e não há nenhuma necessidade de se buscar a sua origem mais remota pois a análise deve ser feita em um recorte, considerando-se esse acúmulo anterior. Segundo Michel Foucault, trata-se de verificar como e por quais razões sobrevivem os enunciados, independentemente das enunciações que por vezes rareiam ou silenciam em certos momentos⁶¹⁰. Certas ideias correspondentes a enunciados não morrem, de tempos em tempos se repetem, mesmo que revestidas de novas características. É o que ocorre, por exemplo, com a contraposição entre os enunciados relativos aos conceitos de liberdade de vontade e determinismo, no campo criminal. As novas roupagens científicas – psicanálise, neurociência, psicologia cognitiva – somente vão agregando argumentos inéditos, às discussões que já são tradicionais, relacionadas ao fundamento da responsabilidade penal. Para exemplificar essas características dos enunciados acima comentadas, observemos as duas passagens abaixo:

Se a justiça não é um princípio absoluto e imutável (...), é também outro erro grave dos metafísicos a ilusão do livre arbítrio. Fundar sobre esta hipótese a responsabilidade penal é enfraquecer a defesa social, deixando impune pela consequência lógica dos princípios uma vasta classe de criminosos perigosos⁶¹¹.

⁶⁰⁹ FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. **Natureza humana: justiça x poder**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 22.

⁶¹⁰ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 162.

⁶¹¹ CASTRO, Viveiros de. **A Nova escola penal**, 2ªed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1913, p. 34.

Se a análise científica derrui assim pela base a imutabilidade e o absolutismo das ideias de justiça e de direito, dando-lhes apenas um valor relativo e variável, submetido a exame igual não oferece maior consistência o pressuposto da vontade livre, critério e fundamento da imputabilidade⁶¹².

Ambos os excertos traduzem um mesmo enunciado, relacionado à defesa da ideia de determinismo, resultando no desprezo pelos parâmetros clássicos do livre-arbítrio como fundamento para a punição. Podemos afirmar que a materialidade repetível do enunciado pode ser visualizada ao se compreender que a pluralidade de enunciações não implica, no caso, na existência de mais de um enunciado. Pelo contrário, em razão da ligação específica com o campo criminal, seria possível afirmar que, mesmo tendo as enunciações sido proferidas por dois autores diversos, trata-se essencialmente de um único enunciado – o qual foi repetido por diversas vezes em obras do positivismo penal publicadas no Brasil. Tais enunciados se acumularam por meio da doutrina elaborada pelos mais variados autores brasileiros que a seu tempo defendiam o positivismo criminológico. Aliás, apesar de os excertos terem sido escritos por autores distintos o sujeito do enunciado é um só, dotado de um status epistemológico diferenciado. Em ambos os trechos notamos a *voz da autoridade*, que fala como um legítimo fiador da *nova escola criminal*, advogando a superação do antigo modelo penal, baseado na ideia metafísica do livre-arbítrio.

Também interessa lembrar que os objetos do discurso criminal possibilitavam que pessoas provenientes de áreas distintas falassem com *autoridade* de um conceito criminal. Nos exemplos, o autor do primeiro trecho selecionado, Viveiros de Castro, era jurista de formação, enquanto o autor do segundo, Nina Rodrigues, era médico. A aceitação de ambas as enunciações deve ser compreendida a partir do contexto histórico, pois os limites entre as disciplinas eram tênues exatamente porque o discurso criminal tinha sido expandido para além de questões estritamente jurídicas, com o acúmulo de orientações científicas provenientes do positivismo criminológico. Esse fato contribuiu para eclodir uma disputa entre os discursos médico e jurídico pela supremacia do poder de punir⁶¹³.

⁶¹² RODRIGUES, Nina. **As Raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Salvador: Livraria Progresso editora, 1957 (1894), p. 45.

⁶¹³ GENELHÚ, Ricardo. **O Médico e o direito penal, v. 1: introdução histórico-criminológica**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Falando especificamente da realidade francesa, Pierre Darmon lembrou que “as teorias sucessivas e revolucionárias de Lombroso contribuíram largamente para a medicalização do crime, tanto por seus exageros como pelas críticas que suscitaram. Ao tirarem as conclusões de suas investigações e reflexões, era previsível que os médicos acabariam, cedo ou tarde, interpelando o tribunal. Da mesma forma, quaisquer que fossem seus

A importância de se compreender o enunciado advém do fato de essa estrutura ser a unidade mínima das *formações discursivas*, da mesma forma que uma frase pertence a um texto⁶¹⁴. Desse modo, a análise do enunciado estaria intrinsecamente correlacionada com a das formações discursivas, não se podendo proceder isoladamente com essas verificações. Em outras palavras, o estudo do enunciado é uma condição inevitável para a compreensão das formações discursivas. Sobre o tema, Michel Foucault ensinou que os discursos seguiriam determinadas formações que não podem ser observadas como contínuas, tampouco como unidades consolidadas. Primeiro, porque a ruptura e dispersão dos discursos é uma característica fundamental que nos obriga a *acabar com as falsas ideias de continuidade*⁶¹⁵. Quanto às falsas unidades, existem certos agrupamentos discursivos que dão uma impressão equivocada de unidade, como por exemplo o gênero dos discursos, cortes de discursos com temas comuns – ciência, arte etc. Entretanto, tais recortes “são sempre, eles mesmos, categorias reflexivas, princípios de classificação, regras normativas, tipos institucionalizados: são, por isso, fatos do discurso que merecem ser analisados ao lado dos outros”⁶¹⁶. Por isso, as equivocadas impressões de unidades discursivas devem ser historicizadas pois estão ligadas a um contexto social e institucional bastante preciso. Nesse sentido, as unidades discursivas referentes a livros ou obras são absolutamente relativas – ou mesmo ilusórias – porque são construídas por um *campo complexo de discursos*⁶¹⁷.

Aliás, pode-se perceber nesse ponto uma discordância fundamental de Michel Foucault com a história das ideias tradicional – a qual já havia sido bastante criticada por Lucien Febvre, que as chamara de *história das ideias desencarnadas*. Não haveria sentido na busca desenfreada por um entendimento histórico da obra de um autor ou das ideias contidas especificamente em determinada publicação, pois isso equivaleria a buscar fundamentar a análise em elementos pueris considerando que tais unidades são absolutamente relativas. Como já explicado, nem o autor é o sujeito dos enunciados nem o livro é formado por um discurso uniforme, tampouco a obra pode significar uma evolução de um mesmo discurso. Muito pelo contrário, o que sucede é a *dispersão de vários discursos*, que são reunidos em função de outros elementos.

pontos de vista, os juristas não podiam mais ficar à parte do movimento”. DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na belle époque**: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991, p. 121.

⁶¹⁴ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 152.

⁶¹⁵ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 32.

⁶¹⁶ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 33.

⁶¹⁷ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 34.

A história do pensamento propugnada por Michel Foucault, seguindo os ensinamentos da *Escola dos Annales*, não se deslumbra com o ídolo da origem, entendendo que seria impossível – ou talvez improdutivo – buscar o discurso em suas formações originais. Pelo contrário, pretende-se perseguir o entendimento das formações discursivas por meio de determinado recorte que pode ser escolhido em função de rupturas existentes no discurso. Por exemplo, caso se deseje estudar o discurso do determinismo penal na doutrina criminal brasileira não seria necessário retroceder para as ideias mais remotas a respeito do determinismo do comportamento humano – não é necessário por isso buscar em Spinoza ou nas cartas de Paulo os fundamentos para a análise. Deve-se proceder com um corte epistemológico e considerar o *acúmulo de enunciados* no momento de se iniciar a análise histórica, sem o desejo inútil de buscar o seu primeiro aparecimento. Segundo Michel Foucault, “não é necessário remeter o discurso até a distante presença de sua origem; é preciso tratá-lo no jogo de sua instância”⁶¹⁸.

A despeito da inexistência de unidades discursivas, seria possível identificar uma certa regularidade nos discursos. Isso significa que os discursos obedecem a *regras de formação* que são “condições de existência (mas também de coexistência, de manutenção, de modificação e de desaparecimento) em uma determinada repartição discursiva”⁶¹⁹. Essa lógica da formação discursiva procura uma regularidade na construção dos *objetos, tipos de enunciados, conceitos e escolhas temáticas dos discursos*. A regularidade também está compreendida no espaço correlativo dos enunciados que trata do liame entre o enunciado e seus conceitos, objetos e sujeitos⁶²⁰.

Começaremos pela regra de formação dos objetos discursivos. Um requisito para a compreensão de como são formados os objetos dos discursos seria a identificação das *superfícies de emergência* que variam com o tempo e com o modelo de sociedade. Isso significa que devem existir certas condições históricas para o surgimento de discursos, certas contingências que influenciam no seu aparecimento em dado momento. Além disso, é preciso compreender as *instâncias de delimitação* que podem ser visualizadas como certos eixos temáticos, que englobam objetos mais ou menos precisos em seu campo específico. Michel Foucault dá o exemplo da medicina, que no século XIX se agigantou ao construir semelhanças entre as condutas patológicas e criminais⁶²¹. Por fim, como terceiro elemento

⁶¹⁸ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 37.

⁶¹⁹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 53.

⁶²⁰ DELEUZE, Gilles. *Foucault...* p. 18.

⁶²¹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 59.

definidor dos objetos, temos as *grades de especificação*, que são “os sistemas que justificam a forma como separamos, opomos, associamos, reagrupamos, classificamos, derivamos” os objetos entre si⁶²².

De toda forma, esses três elementos definidores das construções de objetos discursivos ainda são insuficientes, se considerados isoladamente. Isso, porque a formação dos objetos é o resultado da relação entre as circunstâncias de emergência, delimitação e especificação. Nesse sentido, a formação discursiva seria definida por meio de um conjunto de tais fatores, que seria indicador de uma *lei de aparecimento* dos objetos discursivos⁶²³. O que significa, como consequência, que *devem existir condições históricas para o aparecimento dos discursos* – e, em certa medida, o trabalho do historiador do direito penal é, precisamente, esmiuçar essas conformações sociais, que possibilitaram a definição dos objetos do discurso criminal.

No mais, as relações entre os fatores de formação objetal “são estabelecidas entre instituições, processos econômicos e sociais, formas de comportamentos, sistemas de normas, técnicas, tipos de classificação, modos de caracterização”⁶²⁴. Ou seja, as relações não são internalizadas no discurso, não estão presentes no objeto. Representam na verdade condições externas para a sua formação. Nesse ponto, destaca-se a importância da percepção do liame entre o discurso e os fatores sociais que lhe definem e conformam. A análise *arqueológica* prioriza o estudo do discurso, mas não ignora os componentes extra discursivos, que são responsáveis pela sua formação. Por isso não seria possível o estudo do discurso criminal sem que houvesse uma preocupação com as estruturas sociais que possibilitaram o seu surgimento. Seria inviável por exemplo a compreensão da penetração do discurso do positivismo penal no cenário brasileiro sem o entendimento dos *fatores que determinaram o seu grau de absorção*⁶²⁵. O que não significa dizer que existe uma causalidade entre os fatores não discursivos e as formações discursivas, exatamente porque a *arqueologia* arqueólogo do saber criminal deve buscar compreender a *especificidade das relações discursivas*.

As relações discursivas, portanto, não são internas ao discurso, colocando-se no seu limite, oferecendo-lhe objetos. “Essas relações caracterizam não a língua que o discurso utiliza, não as circunstâncias em que ele se desenvolve, mas o *próprio discurso enquanto*

⁶²² FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 58.

⁶²³ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 60-61.

⁶²⁴ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 61.

⁶²⁵ FREITAS, Ricardo. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 272.

prática”⁶²⁶. Por isso, o estudo dos objetos discursivos não pode se prender à sua semântica, considerando que ela não é estática. Não são constantes os objetos tampouco os domínios que formam esses discursos – no campo criminal é possível visualizar as alterações no conteúdo do saber penal, por exemplo ao observarmos o advento do positivismo criminológico. A preocupação do historiador do direito penal deve ser “definir esses *objetos* sem referência ao *fundo das coisas*, mas relacionando-os ao conjunto de regras que permitem formá-los como objetos de um discurso e que, por isso, *constituem suas condições de aparecimento histórico*”⁶²⁷. Assim, muito embora os discursos sejam construídos por signos, devem ser entendidos como algo mais que os significados que representam, justamente por obedecerem a certas regras de formação discursiva⁶²⁸.

As formações discursivas também dependem das *modalidades enunciativas*. Em outras palavras, os discursos estão *vinculados ao sujeito* que os enuncia. Ou seja, o status de quem profere o discurso é determinante de sua formação, o que indica a necessidade de compreender qual seria o *papel social desse sujeito*⁶²⁹. Devemos lembrar que os índices de prestígio intelectual e científico tendem a ser objetivados, sendo transformados em uma espécie de *capital simbólico*⁶³⁰. A consequência disso é que aqueles enunciados provenientes de sujeitos pertencentes a um campo com perfil intelectual privilegiado na sociedade terminaram por formar uma regularidade discursiva.

O *jurista* teve um desempenho específico, na construção da identidade do campo intelectual brasileiro, em razão da nossa tradição bacharelesca. Vários estudos demonstram o papel exercido por essa *intelligentsia*, que ocupava os cargos existentes no corpo político-administrativo e jurisdicional do Estado⁶³¹. Assim, Sergio Adorno observa que “toda uma *trama* intrincada de relações e de práticas sociais constituiu o terreno sobre o qual se edificou o universo ideológico que fez emergir o principal intelectual da sociedade brasileira durante o

⁶²⁶ FOUCAULT, Michel. *L’Archéologie du savoir...* p. 62-63.

⁶²⁷ FOUCAULT, Michel. *L’Archéologie du savoir...* p. 65, grifamos por último.

⁶²⁸ FOUCAULT, Michel. *L’Archéologie du savoir...* p. 67.

⁶²⁹ FOUCAULT, Michel. *L’Archéologie du savoir...* p. 68.

⁶³⁰ BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2012, p. 21.

⁶³¹ FREIRE, Gilberto. Sobrados e Mucambos. SANTIAGO, Silviano (coord.). *Intérpretes do Brasil*, v. 2. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002. VENANCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao bacharelismo*: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 2004. FONSECA, Ricardo Marcelo. Os Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 35, t. 1. Milão: Giuffrè, 2006. NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927), 2ªed. Niterói: UFF, 2012. HERSCHMANN, Micael M.; PEREIRA, Carlos Alberto Messeder. *A Invenção do Brasil moderno*: medicina, educação e engenharia nos anos 20-30. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

século passado: o bacharel”⁶³². O discurso criminal também se vinculou aos interlocutores juristas que o disseminavam. Entretanto, não podemos esquecer que os objetos próprios da questão penal iam além do campo estritamente jurídico pois as instâncias de delimitação temática eram fluidas especialmente pela influência positivista. Por essa razão, também os médicos brasileiros ocuparam um papel estratégico na formação do discurso criminal. Podemos citar a importância da escola surgida em torno de Nina Rodrigues e dos *médicos criminólogos* que o sucederam, que foram importantes propagandistas do ideário positivista no Brasil⁶³³.

Vale insistir que os autores dos enunciados não se confundem com os sujeitos que proferem as enunciações, devendo ser compreendidos diferentemente como *espaços institucionais de fala* pertencentes a determinado domínio de conhecimento. Para Michel Foucault, não se pretende direcionar a regularidade discursiva para um sujeito específico mas sim para diversas *posições de subjetividade*. O discurso, por isso, não pode ser reduzido a um só indivíduo ou sujeito – rejeita-se desse modo a metodologia da história das ideias tradicional, focada nos sujeitos individualizados. “O discurso, assim concebido, não é a manifestação, majestosamente desenvolvida, de um sujeito que pensa, que conhece, e que o diz: é, ao contrário, *um conjunto em que podem ser determinadas a dispersão do sujeito e sua descontinuidade com relação a si mesmo*”⁶³⁴.

Ainda com relação às modalidades discursivas, além da preocupação com o autor dos enunciados é necessário também observar o *domínio institucional* de onde surgiram as práticas discursivas. O *lôcus* institucional é extremamente importante, na definição da regularidade e identidade de um discurso⁶³⁵. Por essa razão, a história do direito penal não pode descuidar da análise histórica das instituições que fomentavam as discussões criminais e em torno das quais giravam as práticas penais – discursivas ou não. Como frisou Lilia Moritz Schwarcz, os cientistas “discutiam e produziam suas ideias nos diversos centros dos quais faziam parte e as veiculavam por meio deles”⁶³⁶, motivo pelo qual esses espaços institucionais devem ser avaliados pela pesquisa *arqueológica*, por serem regularizadores do discurso criminal. Michel Foucault observou que a partir do século XIX houve um aumento

⁶³² ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 79.

⁶³³ CORRÊA, Mariza. **As Ilusões da liberdade**: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. Bragança Paulista: EDUSF, 1998.

⁶³⁴ FOUCAULT, Michel. **L’Archéologie du savoir...** p. 74, grifamos.

⁶³⁵ FOUCAULT, Michel. **L’Archéologie du savoir...** p. 69-70.

considerável da produção de documentos no âmbito dessas instituições⁶³⁷. Relatórios, estatísticas, sentenças, informes e papéis administrativos em geral, que eram produzidos por hospitais, instituições penitenciárias, órgãos da justiça penal, entre outros. Isso resultou no aumento da importância da análise documental na pesquisa histórica – que já foi explicado no capítulo precedente. Esses *papeis do cotidiano institucional* são extremamente importantes para a pesquisa *arqueológica*, que deve tentar desvendar os enunciados ordinários pertinentes a essas práticas administrativas. O *arqueólogo* do saber criminal, por isso, não pode se ocupar somente daqueles *discursos solenes* – contidos por exemplo nos livros doutrinários – os quais podem inclusive ser meramente retóricos, não correspondendo às práticas institucionais.

As regularidades discursivas podem ser classificadas quanto à formação dos conceitos. Quanto a esse aspecto, importante lembrar que o *arqueólogo* não pode esperar, no que diz respeito às construções conceituais, uma coerência extrema, internalizada no saber analisado. Na verdade – ao contrário do que afirmava a história das ideias tradicional – a coerência conceitual elaborada discursivamente não é tão rigorosa pois a história desses conceitos “não é, pedra sobre pedra, a construção de um edifício”⁶³⁸. Deve-se considerar, no entendimento das regras de regularidade, a *emergência de conceitos discordantes* sucessivos ou concomitantes. Para entender esses conceitos, não se pode tratá-los dedutivamente, na tentativa vã de extrair dos mesmos seus significados. Para Michel Foucault, o discurso está longe de ser tão-somente um entrecruzamento de palavras e coisas⁶³⁹. Por isso, a compreensão da regularidade discursiva decorrente das construções conceituais depende de uma análise da *organização do campo de enunciados* em que aparecem e circulam⁶⁴⁰.

Um primeiro elemento de análise está relacionado à sucessão e às disposições das séries enunciativas. É preciso compreender que existem diversos tipos de correlação entre os enunciados, o que implica em “diversos esquemas retóricos segundo os quais seria possível combinar grupos de enunciados (como se encadeiam, umas às outras, descrições, deduções, definições, cuja sequência caracteriza a arquitetura de um texto)”⁶⁴¹. A construção do conceito de *delinquente nato* – um dos principais fundamentos do positivismo criminológico – dependeu de uma interação com outros enunciados próprios do campo penal, como os

⁶³⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das letras, 2010, p. 19.

⁶³⁷ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.70.

⁶³⁸ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.75.

⁶³⁹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.66.

⁶⁴⁰ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.75.

⁶⁴¹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.76.

referentes à defesa social e à periculosidade, entre outros. Ao se perquirir as regras de formação dos conceitos positivistas, seria possível detectar “a disposição geral dos enunciados e sua seriação em conjuntos determinados”⁶⁴².

O campo de enunciados próprio do domínio jurídico-penal também possui *formas de coexistência* com outros campos enunciativos. Segundo Michel Foucault, a primeira dessas formas seria o *campo de presença* que compreende os enunciados de outro domínio que são trazidos para certo discurso, “isto é, todos os enunciados já formulados em algum outro lugar e que são retomados em um discurso a título de verdade admitida, de descrição exata, de raciocínio fundado ou de pressuposto necessário, e também os que são criticados, discutidos e julgados, assim como os que são rejeitados ou excluídos”⁶⁴³.

Como sabido, o discurso do positivismo penal, profundamente influenciado pela concepção de ciência positiva, teve como fundamento enunciados provenientes de outras disciplinas. Em especial, absorveu enunciados da teoria do evolucionismo biológico, da sociologia *spenceriana*, de teorias psiquiátricas da degenerescência, entre outras. É possível observar no discurso penal positivista a presença de conceitos de outras disciplinas. Esses saberes também tinham como objeto – ainda que indireta ou remotamente – a questão criminal, que passou a ser entendida como o resultado do caráter anormal e patológico do homem delinquente. De outro lado, o positivismo rechaçou inúmeros conceitos – provenientes da filosofia moral, ética, entre outros – os quais não eram compatíveis com a *nova escola criminal*. Poderíamos indicar o exemplo do livre-arbítrio e da responsabilidade moral, muito caros à Escola clássica tributária do iluminismo liberal, que foram rapidamente substituídos pelas ideias de determinismo e defesa social⁶⁴⁴. Entre nós, Candido Motta afirmou que “à afirmação da escola clássica, de que o homem possui livre arbítrio, e só por isso é responsável moralmente por suas ações, responde a escola positiva: o livre arbítrio não passa de uma ilusão subjetiva, desmentida pela fisiopsicologia positiva”⁶⁴⁵.

Ainda com relação às formas de coexistência é importante destacar a existência de um *campo de concomitância*. Segundo Michel Foucault, trata-se dos enunciados que se

⁶⁴² FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.76.

⁶⁴³ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.77.

⁶⁴⁴ Enrico Ferri foi o principal opositor dos ideais clássicos entre os positivistas. Por exemplo, afirmou que a escola do positivismo criminal nega, com base nas pesquisas científicas psicológicas e fisiológicas, que a vontade humana é livre. FERRI, Enrico. *The Positive school of criminology*. NEWBURN, Tim (org.) **Key readings in criminology**. Portland: Willan publishing, 2009, p. 100.

⁶⁴⁵ MOTTA, Candido. **Classificação dos criminosos**: introdução ao estudo do direito penal. São Paulo: J. Rosseti, 1925, p. 56.

relacionam “a domínios de objetos inteiramente diferentes e que *pertencem a tipos de discursos totalmente diversos*, mas que atuam entre os enunciados estudados, seja porque valem como conformação analógica, seja porque valem como princípio geral e como premissas aceitas para um raciocínio, ou porque valem como modelos que podemos transferir a outros conteúdos, seja, ainda, porque funcionam como instância superior com a qual é preciso confrontar e submeter, pelo menos, algumas proposições que são afirmadas”⁶⁴⁶. No discurso penal a utilização de enunciados de outros domínios é relativamente comum. Por exemplo, a dogmática jurídico-penal em primórdios teve influência da linguagem da mecânica física, com seus conceitos newtonianos de ação, resultado, nexos causal, entre outros⁶⁴⁷. Nem mesmo as alterações posteriores à teoria causalista da conduta modificaram substancialmente essa marca. No positivismo criminológico, temos ainda o exemplo de Enrico Ferri que utilizou modelos da química para dar forma às suas explicações sobre a criminalidade – como aconteceu com a *teoria da saturação criminal*⁶⁴⁸.

Outra regra para a formação de conceitos discursivos é o *domínio de memória*, entendido como o conjunto dos enunciados “que não são mais nem aceitos, nem discutidos, que não definem mais, conseqüentemente, nem um corpo de verdades nem um domínio de validade, mas em relação aos quais se estabelecem laços de filiação, gênese, transformação, continuidade e descontinuidade histórica”⁶⁴⁹. Nesse sentido, boa parte das definições do positivismo são consideradas obsoletas do ponto de vista da *ciência normal* hodierna. Teses racialistas, frenologia, epilepsia como causa do crime, entre muitos outros tópicos, estão hoje absolutamente desacreditados.

Chegam mesmo a parecer risíveis aos olhos do penalista contemporâneo algumas das afirmações de Césare Lombroso, com a identificação da tatuagem como uma característica atávica relacionada ao homem delinquente, entre outros conceitos absolutamente superados⁶⁵⁰. Contudo, seria precipitado acreditar que essas ideias estão mortas e enterradas,

⁶⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.77.

⁶⁴⁷ Estamos nos referindo ao modelo formulado por von Liszt e von Beling. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**, t. 1. Campinas: Russel, 2003. BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

⁶⁴⁸ FERRI, Enrico. **La Sociologie criminelle**. Paris: Felix Alcan éditeur, 1905, p. 230. Segundo o autor, a combinação de fatores criminógenos de natureza física, social e antropológica poderia ultrapassar o limite do tolerável, resultando na criminalidade. O desconhecimento sobre as leis naturais prejudicaria o entendimento desse mecanismo das causas da criminalidade. Contudo, observando-se as variações nas taxas estatísticas de criminalidade seria possível constatar concomitantemente uma variação nesses fatores naturais, o que confirmaria a tese da influência dos mesmos na eclosão do crime.

⁶⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p.78.

⁶⁵⁰ “Uma das características mais singulares do homem primitivo ou em estado de selvageria é a frequência com que se submete àquela operação, mais cirúrgica que estética, a qual pegou de empréstimo de uma língua

não tendo nenhuma aplicação no discurso punitivo atual. Muito pelo contrário, existe entre nós uma enorme tradição positivista, ainda plena de vigor – e por isso a metáfora mais adequada seria a de ideias mortas-vivas, as quais continuam assombrando a doutrina penal brasileira⁶⁵¹. Tais conceitos ainda se fazem presentes, seja nas decisões, no senso comum, ou mesmo no imaginário penal, e por isso ainda influenciam a formação de conceitos criminais atuais. Várias das teorias contemporâneas possuem fundamentos idênticos – ainda que disfarçados por uma nova roupagem científica – aos do positivismo penal. Daí a importância do estudo da história do direito penal e da *arqueologia* do saber criminal: a compreensão dos conceitos da doutrina pretérita possibilita o entendimento do discurso penal atual que ainda contém em si a tradição, que reflete a longa construção das formações discursivas no campo punitivo.

Michel Foucault chama a atenção para os *procedimentos de intervenção* aplicados aos enunciados. Trata-se da preocupação com as técnicas de reescrita; métodos de transcrição dos enunciados; os modos de tradução dos enunciados quantitativos em qualitativos, e vice-versa; os métodos de sistematização de enunciados, que já existiam há algum tempo, entre outros. Esses procedimentos também influenciam nas formações conceituais.

Todos esses elementos, utilizados para a análise dos conceitos discursivos, são bastante heterogêneos. Não podem ser isolados de modo formal, sob pena de serem tornados inúteis para o arqueólogo. O que permite a identificação de um grupo específico de conceitos pertencentes a um discurso próprio é exatamente como se relacionam esses elementos entre si. Por exemplo, como o campo de memória se coaduna com a forma de tradução de certos enunciados por parte dos penalistas, ou ainda como as críticas e comentários da doutrina penal refletem a exclusão de outros enunciados em um campo de presença negativo. Segundo Michel Foucault, “é esse feixe de relações que estrutura um sistema de formação conceitual”⁶⁵².

oceânica o nome de *tatuagem*”. LOMBROSO, Cesare. **L'uomo delinquente**: studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie. Bologna: Il Mulino, 2011 (1876), p. 103, grifos no original.

⁶⁵¹ Parafraseando a metáfora de Eugênio Raul Zaffaroni – que afirmou que os mortos, vítimas do sistema punitivo e da violência, falam para os criminólogos, que devem aprender a ouvi-los – lembramos que os penalistas tradicionais também não se calaram, passado um tempo após as suas mortes. Ainda que suas teorias possam parecer desacreditadas, o eco dessas teses pode subsistir por muito tempo, por vezes com novas roupagens. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La Palabra de los muertos**: conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 7.

⁶⁵² FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 80.

Roberto Machado frisa a importância do conceito para a análise *arqueológica*. Segundo o autor, a arqueologia se distingue da história das ideias ou das ciências, sendo mais propriamente entendida como uma *história conceitual*⁶⁵³. Nesse sentido, Michel Foucault reconheceu a influência de Georges Canguilhem na formatação de sua obra, explicando que seria possível fazer uma história das ciências “como a de um conjunto coerente e transformável de modelos teóricos e instrumentos conceituais”⁶⁵⁴. Entretanto, não se pode compreender a *arqueologia* como a análise essencialista dos conceitos, observados em si mesmos, como se seus significados correspondessem à natureza das coisas. A ênfase discursiva do método *arqueológico* dá forma a um ceticismo acerca da existência de uma *verdade conceitual*. Por isso, a preocupação do arqueólogo é *pré-conceitual* pois deseja compreender as “regras que tornam possível o aparecimento dos conceitos, suas compatibilidades e incompatibilidades”⁶⁵⁵. Essas regras não devem ser procuradas na subjetividade – na mentalidade ou consciência dos indivíduos – mas sim no próprio discurso⁶⁵⁶.

Dois aspectos finais são importantes para entender o papel da formação dos conceitos. Em primeiro lugar, é essencial lembrarmos que o discurso é o lugar de onde emergem os conceitos. Portanto não é possível associar as constâncias do discurso ao significado dos conceitos – mesmo porque, como enfatizado, a *arqueologia* do saber não se preocupa com a sua essência. Pelo contrário, os agrupamentos de conceitos é que demonstram certas regularidades discursivas, suas regras de formação⁶⁵⁷. Como consequência disso, temos que cada discurso terá sua própria lógica de formação de conceitos⁶⁵⁸. Não se pode generalizar, estabelecendo requisitos formais para o surgimento dos conceitos que serviriam para discursos distintos. Por essa razão, já dissemos que as regras de formação conceitual derivam do relacionamento dos vários elementos que o formam – procedimentos de intervenção, campo de memória, campo de presença etc. – os quais, por isso mesmo, não podem ser analisados isoladamente.

A análise dos conceitos discursivos é um componente importante desta tese de doutoramento. Isso porque a tentativa de elaboração de uma história crítica do direito penal a partir de preocupações epistemológicas especificamente voltadas para o pensamento jurídico-

⁶⁵³ MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber...** p. 158.

⁶⁵⁴ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do discurso**, 23ªed. São Paulo: Loyola, 2013, p. 67.

⁶⁵⁵ MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber...** p. 159.

⁶⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 83.

⁶⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **L'Archéologie du savoir...** p. 83.

penal pressupõe uma especial atenção para com os conceitos próprios do campo criminal. Por essa razão, as criações conceituais não podem ser vislumbradas como reflexos cegos de outros domínios, meras consequências de contingências socioeconômicas. Por isso, não é possível isolar o econômico do social e jurídico, estando todas essas dimensões intrinsecamente relacionadas. Reduzir o último desses aspectos a um autômato frágil, considerando-o dependente unicamente das infraestruturas sociais é um simplismo enorme, por não se considerar a riqueza do pensamento produzido no campo jurídico – que inclui entre suas principais características a criação de conceitos próprios.

Na próxima seção, ensaiaremos uma aproximação da arqueologia do saber criminal com as premissas teóricas e metodológicas da história dos conceitos de tradição alemã, especialmente aquelas desenvolvidas por Reinhart Koselleck. Mesmo possuindo fundamentos diversos – que poderiam aparentar para os mais precipitados serem inconciliáveis – acreditamos ser válida essa tentativa de unir ambos os empreendimentos teóricos. A partir do momento em que os conceitos são entendidos como uma estratégia fundamental do campo jurídico-penal, faz-se necessário utilizar técnicas de investigação histórica que priorizem esses elementos para a compreensão do saber criminal. Entendemos que o modelo de Reinhart Koselleck pode oferecer algumas dessas técnicas.

Por fim, o último dos elementos para a compreensão das regularidades discursivas diz respeito às estratégias. O termo estratégia significa os temas e teorias, próprios de um campo específico⁶⁵⁹. O estudo das estratégias, portanto, teria por finalidade encontrar uma regularidade, um sistema comum de formação dessas teorias. Entretanto, o próprio Michel Foucault reconhece a dificuldade de se analisar essas estratégias, exatamente porque elas variam conforme cada domínio discursivo⁶⁶⁰. Esse obstáculo impede que se generalize as possíveis estratégias, porque elas são próprias de cada um dos saberes analisados pelo arqueólogo e por isso devem ser identificadas a partir de suas peculiaridades. O discurso desenvolvido pelo direito criminal, por exemplo, possui estratégias especiais que não se confundem com as criadas por outros domínios de saber.

Para a compreensão dessas estratégias seria necessário identificar os *pontos de difração* do discurso. Inicialmente, os *pontos de incompatibilidade* que seriam dois objetos ou formas de enunciação ou conceitos que não podem constar em uma mesma formação

⁶⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 84.

⁶⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 85.

⁶⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 86.

discursiva pois são contraditórios entre si⁶⁶¹. O interessante é que existem no discurso criminal inúmeros conceitos que a rigor poderiam ser considerados incompatíveis entre si, por partirem de pressupostos inconciliáveis. Por exemplo, por muito tempo –até a reforma da parte geral do código penal em 1984 – o sistema criminal brasileiro adotou-se o modelo de penas do duplo binário segundo o qual se admitia a imposição de pena em razão da culpabilidade do condenado, seguida de medida de segurança decorrente da sua periculosidade. Como sabido, a ideia de culpabilidade pressupõe a existência de imputabilidade, que por sua vez inadmite a periculosidade, exclusiva para inimputáveis⁶⁶². Longe de ser tão-somente um equívoco na sistematização da dogmática criminal, a existência de tal contradição evidente representava uma estratégia, garantindo-se para os indivíduos considerados perigosos um controle penal mais intenso decorrente de um acréscimo de detenção com duração indeterminada, por meio do internamento advindo da medida de segurança após o cumprimento da pena.

Entre os pontos de difração do discurso também ganham destaque os *pontos de equivalência*, que implicam na existência de dois elementos formados a partir das mesmas regras que, longe de parecerem incoerentes entre si, seriam alternativos. É dizer, ambos podem ser considerados como válidos, numa lógica do *ou isso ou aquilo*⁶⁶³. Um tema muito caro para os positivistas diz respeito aos fatores criminógenos que seriam os causadores da criminalidade. Pode-se exemplificar como pontos de equivalência as críticas que foram feitas ao exagerado apego a fatores antropológicos, com a inclusão da consideração de fatores socioculturais como causação da violência e criminalidade. Nesse sentido, não seria possível considerar tão-somente os componentes biológicos e individuais, com igual importância estariam as questões sociais também influenciadoras do fenômeno criminal. Com essa opinião, Sylvio Romero ponderou sobre o conceito de criminoso nato, acreditando que, enquanto fatores criminógenos, não se pode entender que a natureza e cultura são idênticos, tampouco absolutamente distintos. Pelo contrário, esses fatores seriam equivalentes devendo ser tratados com a mesma importância. Por isso, “a verdadeira escola do direito, da moral, da estética, da história, da crítica, da sociologia, da atividade humana em suma, será aquela que

⁶⁶¹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 87.

⁶⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 191-192.

⁶⁶³ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 87.

reunir os fatores da natureza e os da civilização, os fatores fisiológicos e os psicológicos, os biológicos e os sociais”⁶⁶⁴.

Ainda tratando dos pontos de difração, é preciso mencionar os *pontos de ligação de uma sistematização*. Como explicado por Michel Foucault, a reunião de elementos equivalentes e incompatíveis gera um novo conjunto de objetos, conceitos e formas enunciativas que são o resultado de uma sistematização, possibilitando uma nova arquitetura do discurso. Ao fim, a formação discursiva se adapta às contradições e equivalências a partir do surgimento de novas teorias que englobam todos os elementos precedentes⁶⁶⁵. O direito penal brasileiro, após um conflito entre conceitos derivados do positivismo criminal e da escola clássica, acabou conciliando certas incompatibilidades, reunindo as equivalências e amenizando as rupturas, de modo a acomodar no bojo do sistema punitivo esses pontos de difração. Nesse sentido, vários institutos que eram muito caros aos positivistas foram incorporados à legislação brasileira, mesmo não sendo possível afirmar que tivemos um *código criminológico*. Foi o que ocorreu com o *sursis* e o livramento condicional, resultantes do desenvolvimento da ideia de individualização da pena, um reflexo da ênfase dada à prevenção especial positiva pelos positivistas⁶⁶⁶. Também podemos citar o exemplo da conciliação entre os postulados do positivismo e do direito penal clássico por João Vieira Araújo, a fim de promover a codificação criminal no Brasil⁶⁶⁷.

Mas as estratégias também representam a funcionalidade de um discurso para um *campo de práticas não-discursivas*⁶⁶⁸. Nesse sentido, o discurso do saber penal se relaciona com as práticas punitivas que lhe são correlatas. Entretanto, o privilégio dado ao discurso pela *arqueologia* do saber acabou obliterando a importância das práticas não discursivas. Por isso, apesar de não terem sido ignoradas, as estratégias do discurso acabaram sendo estudadas com menor ênfase com relação às outras regularidades das formações discursivas – objetos, conceitos e modos de enunciação. Somente posteriormente, na fase *genealógica*, Michel Foucault retoma com mais vigor a preocupação com as estratégias⁶⁶⁹, definindo melhor como

⁶⁶⁴ ROMERO, Sylvio. **A Obra de Sylvio Romero em criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Editora nacional de direito, 1951, p. 53.

⁶⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 87.

⁶⁶⁶ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A Modernização do direito penal brasileiro: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil (1924-1940)**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. SOUZA, Moacyr Benedicto de. **A Influência da escola positiva no direito penal brasileiro**. São Paulo: Leud, 1982.

⁶⁶⁷ SONTAG, Ricardo. **Código criminológico? ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

⁶⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 90.

⁶⁶⁹ MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber...** p. 162.

o saber se relaciona às técnicas de poder e assim oferecendo um desenho mais detalhado da relação entre os discursos e as práticas punitivas. Porém, não se pode entender a fase *genealógica* como uma negação ou mesmo uma superação da *arqueologia*; pelo contrário, antes seria melhor entendida como uma complementação dos estudos *arqueológicos*. Toda a estrutura da análise discursiva ainda pode e deve ser utilizada, complementada pelo importante aspecto do estudo do poder ligado às estratégias dos discursos, conforme será visto na próxima seção.

Ainda no que diz respeito às estratégias, uma observação sobre o significado da tradicional cisão entre as escolas criminais que divide o pensamento penal entre os clássicos e os positivistas. Trata-se de uma divisão bastante comum na literatura penal, que também deve ser entendida como um discurso capaz de ser historicizado. Conforme bem lembrado por Mario Sbriccoli, não havia de fato uma *escola clássica* pois os autores associados a essa corrente não possuíam características comuns⁶⁷⁰. Por outro lado, é tradicional a utilização dessa classificação inclusive em estudos históricos do direito penal brasileiro⁶⁷¹. Aliás, apesar de criticar a dicotomia, Mario Sbriccoli também utilizou essa divisão, mesmo que com prudência⁶⁷². Entendemos que ainda é útil esse binômio mesmo tendo sido construído a partir de um possível equívoco. Na verdade, esse discurso foi estratégico para que os positivistas desmerecessem todos os autores rotulados como clássicos e assim chegassem a concretizar as políticas criminais que defendiam. Essa é a proposta de Michel Foucault: entender os discursos não como representações da verdade, mas sim como estratégias, verdadeiras práticas constitutivas das positivities do saber. No mais, conforme lembra Rafael Queiroz, essa bipartição está nas próprias fontes estudadas, e por isso deve ser considerada como uma categoria historiográfica interpretativa⁶⁷³. No fundo pouco importa se a dicotomia entre positivistas e clássicos era justificável, se ela realmente possuía alguma razão de ser. O que interessa é compreender que esse discurso maniqueísta foi utilizado como estratégia para a constituição do saber penal moderno.

Michel Foucault se esforçou para diferenciar a *arqueologia* do saber da tradicional história das ideias. Nesse sentido, “a descrição arqueológica é precisamente o abandono da

⁶⁷⁰ SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*, t. I. Milano: Giuffrè, 2009, p. 538.

⁶⁷¹ RIBEIRO FILHO, Carlos Antônio Costa. Clássicos e positivistas no moderno direito penal brasileiro: uma interpretação sociológica. HERSCHMANN, Micael M.; PEREIRA, Carlos Alberto Messeder (orgs.). **A Invenção do Brasil moderno: medicina, educação e engenharia nos anos 20-30**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. FRY, Peter. Direito positivo versus direito clássico: a psicologização do crime no Brasil no pensamento de Heitor Carrilho. FIGUEIRA, Sérvulo A. (org.). **Cultura da psicanálise**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

⁶⁷² SONTAG, Ricardo. **Código criminológico...** p. 25.

história das ideias, recusa sistemática de seus postulados e de seus procedimentos, tentativa de fazer uma história inteiramente distinta daquilo que os homens disseram”⁶⁷⁴. Segundo o autor, a *arqueologia* não se prende ao estudo de uma obra específica, tampouco procura reconstruir o que foi dito, em uma repetição muitas vezes inútil⁶⁷⁵. Sua proposta não tinha por objetivo descrever as ideias e pensamentos, mas compreender a estrutura dos discursos, quais os elementos que o definem, de que maneira ele se constrói. Por isso o discurso não é tratado como *documento*, como algo que representa uma essência, exterioriza uma realidade. O objeto de interesse da arqueologia é o discurso entendido como *monumento*, como algo que se justifica por si só, que não se prende a outros requisitos da realidade. Logo, a *arqueologia* não equivale à interpretação do discurso. Longe disso, teria por meta *definir os discursos em sua especificidade*, demonstrar como as regras de formação são válidas exclusivamente para determinado discurso, considerado em sua individualidade⁶⁷⁶.

Ao contrário da história das ideias – apegada ao conteúdo dos conceitos estudados – a *arqueologia* não evita as contradições inerentes aos discursos tampouco empreende esforços para uma sistematização estruturada por meio de uma coerência interna. Mesmo porque tais contradições não são acidentais, manifestando-se regularmente nos discursos⁶⁷⁷. Por isso mesmo, devem ser explicitadas, apontadas pelo *arqueólogo* como objetos de sua pesquisa. “Tomando as contradições como objetos a serem descritos, a análise arqueológica não tenta descobrir em seu lugar uma forma ou temática comuns, mas sim determinar a medida e a forma de sua variação”⁶⁷⁸.

Todos esses instrumentos de análise propostos pela história *arqueológica* têm como finalidade munir o pesquisador de subsídios para a compreensão dos saberes. Isso significa, por seu turno, que o projeto *arqueológico* não serve para a descrição de disciplinas científicas, e por isso se pode distinguir a epistemologia – no sentido da tradicional história das ciências – da *arqueologia*. Na verdade, o *arqueólogo* se preocupa com a identificação das positivities do saber, o que equivale a “mostrar segundo que regras uma prática discursiva pode formar grupos de objetos, conjuntos de enunciações, jogos de conceitos, séries de escolhas teóricas”⁶⁷⁹. Por isso, o saber pode ser compreendido como formado pelo conjunto de

⁶⁷³ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A Modernização do direito penal brasileiro...* p. 143.

⁶⁷⁴ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 181.

⁶⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 182-183.

⁶⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 182.

⁶⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 183-185.

⁶⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 199.

⁶⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 237.

elementos originados de uma prática discursiva que podem, eventualmente, constituir-se em um discurso científico – o qual é dotado de maior rigor conceitual, coerência temática, e forma específica⁶⁸⁰.

Assim, *a ciência é localizada em um campo de saber* e desempenha uma função, variável conforme cada discurso em jogo⁶⁸¹. A *arqueologia* pretende oferecer instrumentos de análise das positivities dos saberes, as quais formam o antecedente discursivo do que pode, dadas as condições, resultar na constituição de uma disciplina científica. Em outras palavras, nem todo saber é pressuposto para o surgimento de uma ciência. Por outro lado, toda ciência tem como pressuposto a constituição prévia de um saber⁶⁸².

De modo que um discurso não-científico – como é o caso do direito penal assim como de outras ciências humanas que não passaram ainda por um processo de formalização⁶⁸³ – não poderia ser analisado por meio da história epistemológica, que não serve para esse intento por ser um instrumento inadequado⁶⁸⁴. Por outro lado, as positivities do saber jurídico-penal são passíveis de serem analisadas pelo método *arqueológico*, como tentamos demonstrar. É por essa razão que a *arqueologia* do saber é necessária na pesquisa de história jurídico-penal, como método privilegiado de compreensão da formação do pensamento criminal.

Prosseguindo, é preciso distinguir cuidadosamente os *domínios científicos*, de um lado, dos *territórios arqueológicos*, de outro, sendo que os primeiros não são objetos de apreciação do *arqueólogo* do saber⁶⁸⁵. No que diz respeito ao direito penal, isso não significaria uma limitação exatamente porque esse ramo do conhecimento ainda não obteve os rigores de cientificidade esperados. O saber criminal, por essa razão, ainda permanece dentro dos quadrantes do *limiar de positividade*, não tendo ultrapassado as fronteiras do *limiar de epistemologização*⁶⁸⁶.

A questão de quais seriam os critérios definidores de um conhecimento como ciência ou mero saber fizeram com que a *arqueologia* do saber recebesse críticas contundentes dos teóricos marxistas, principalmente devido ao posicionamento de Michel Foucault a respeito da ideologia. Aliás, essa é mais uma das grandes diferenças existentes entre a obra do autor

⁶⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 237.

⁶⁸¹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 241.

⁶⁸² FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 238.

⁶⁸³ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault...* p. 80.

⁶⁸⁴ MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber...* p. 159.

⁶⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 239.

⁶⁸⁶ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 243-244.

francês e o marxismo, fazendo com que sua classificação como marxista pareça por vezes inadequada ou precipitada, apesar da existência de pontos de conexão entre as perspectivas. Apesar de existirem várias concepções a respeito do conceito de ideologia, segundo a posição tradicional, ciência e ideologia formariam uma dicotomia sendo absolutamente distintas entre si. Conforme as lições de Karl Marx e Friedrich Engels, a ideologia consistiria na criação de um ideário desvinculado da realidade, que serviria como suporte para a justificação da dominação de classe⁶⁸⁷. A ideologia seria contrária à ciência, que desvelaria a real configuração da sociedade, as relações materiais que a constituem. Assim, as lentes marxianas entendem ideologia como *ilusão* ou *falsa consciência*, por meio da primazia das ideias sobre a realidade. “Para Marx, claramente, ideologia é um conceito pejorativo, um conceito crítico que implica ilusão, ou se refere à consciência deformada da realidade que se dá através da ideologia dominante: as ideias das classes dominantes são as ideologias dominantes na sociedade”⁶⁸⁸.

Já para Michel Foucault, a ideologia não exclui a cientificidade. Na verdade, a ideologia funciona no âmbito do domínio científico, revelando o saber que lhe está entranhado. O que equivale a dizer que a questão da ideologia na ciência é a de sua existência como prática discursiva⁶⁸⁹. Assim, “as contradições, as lacunas, as falhas teóricas podem assinalar o funcionamento ideológico de uma ciência (ou de um discurso com pretensão científica) (...) Mas a análise de tal funcionamento deve ser feita no nível da positividade e das relações entre as regras da formação e as estruturas da cientificidade”⁶⁹⁰. De tal forma que o estudo do funcionamento ideológico se apresenta como objetivo do arqueólogo, significa o mesmo que colocar a ciência em questão, como formação discursiva⁶⁹¹. Mesmo que se acredite que o direito penal seria de fato uma ciência – o que discordamos – isso não descarta a utilidade da análise *arqueológica*. Com suas ferramentas, seria possível desvendar as positivities do discurso criminal – que equivaleriam à ideologia presente nesse domínio. Como dissemos, essa concepção recebeu severas críticas⁶⁹², mas pode-se afirmar que ela

⁶⁸⁷ “Toda essa aparência, como se a dominação de uma classe determinada fosse apenas a dominação de certas ideias, desaparece por si só, naturalmente, tão logo a dominação de classe deixa de ser a forma do ordenamento social, tão logo não seja mais necessário apresentar um interesse particular como geral ou o *geral* como dominante”. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 49.

⁶⁸⁸ LÖWY, Michel. **Ideologias e ciência social**: elementos para uma análise marxista, 19ªed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 12.

⁶⁸⁹ FOUCAULT, Michel. **L’Archéologie du savoir...** p. 242.

⁶⁹⁰ FOUCAULT, Michel. **L’Archéologie du savoir...** p. 243, com grifos nossos.

⁶⁹¹ FOUCAULT, Michel. **L’Archéologie du savoir...** p. 243.

⁶⁹² Por exemplo: LECOURT, Dominique. A Arqueologia e o saber. ROUANET, Sérgio Paulo *et al.* **O Homem e o discurso**: a arqueologia de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2008, p. 62-66.

reflete perfeitamente o entendimento do autor sobre a autonomia do discurso, estudado como monumento –não admitindo ser interpretado por meio das alegadas relações materiais, as quais conforme o marxismo ser-lhe-iam determinantes.

A *arqueologia* do saber não poderia ficar isenta de críticas. De fato, não foram poucas as considerações levantadas contra esse modelo de pesquisa. Um dos questionamentos mais comuns se relacionava com a sua consideração do discurso como um monumento, o que implicava na menor atenção dada à análise das práticas não discursivas. Em certa medida, as transformações no pensamento de Michel Foucault a partir da sua construção da genealogia – enfatizando o estudo do poder – refletem algo dessas ponderações. Por isso, comentaremos em seguida essas críticas, entendendo como a obra do autor passou por essa transição, incorporando ao interesse pelo discurso o questionamento sobre a forma como o saber se converteria no exercício do poder.

4.3 GENEALOGIA DO PODER DE PUNIR E A HISTÓRIA DO PRESENTE: OUVINDO O RONCO SURDO DA BATALHA

É que o saber não é feito para compreender, ele é feito para cortar⁶⁹³.

A maior fragilidade da *arqueologia* do saber reside na ausência de uma explicação definitiva sobre o relacionamento entre os discursos e as práticas não discursivas. Como dito, Michel Foucault nunca desconsiderou a importância das práticas sociais para os discursos e chegou mesmo a afirmar que essas práticas se localizariam em um espaço complementar. Entretanto, nunca chegou a descrever essa relação satisfatoriamente. O próprio conceito de *prática* não foi bem explicitado pelo autor – apesar de constituir-se como um dado fundamental para entendermos essa aporia.

Segundo Dominique Lecourt, a articulação entre as práticas discursivas e não discursivas foi elencado como um princípio geral, na obra do filósofo. Ocorre que esse princípio, que se apresenta em toda a construção *arqueológica*, nunca é pensado ou

⁶⁹³ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder...** p. 28.

esmiuçado⁶⁹⁴. De certo modo, a opção que fez Michel Foucault ao utilizar essas categorias – que são bastante abstratas – justificou-se numa deliberada tentativa de escapar das engrenagens causalistas tão comuns ao marxismo vulgar e que faziam crer que o saber era uma ideologia, um mero reflexo de uma determinada estrutura social⁶⁹⁵. Não obstante, isso acabou resultando no extremo oposto, na contraposição absoluta com aquilo que se evitava: as regras de formação do discurso acabaram se tornando transcendentais, o que consiste em uma *falha teórica no edifício arqueológico*⁶⁹⁶.

Por isso, a defesa intransigente da autonomia do discurso pelo autor não deixa de ser um tanto quanto contraditória, considerando que para Michel Foucault, “os fatores não discursivos completam e cercam os discursivos”⁶⁹⁷. Isso equivale a crer que as práticas não discursivas seriam fundamentais para as formações discursivas, mas sempre se colocando *de fora*, como elementos externos aos discursos, os quais teriam regras próprias, seriam dotados de autonomia. De certa forma, essa posição é absolutamente contrária à de alguns pensadores – a exemplo de Heidegger e Wittgenstein – os quais defendem que seria precisamente a lógica das práticas não discursivas que serviria para identificar a formação dos objetos e conceitos do discurso. “Sendo mais do que elementos que apenas rarificam o conjunto de enunciados aceitáveis, já rarificado, as práticas sociais produzem e regulam a ação e o discurso conferindo-lhes um conteúdo sério”⁶⁹⁸.

Importante acrescentar que “ao contrário de Foucault, esses pensadores afirmam, cada um a seu modo, que as considerações práticas determinam quais estratégias serão consideradas sérias”⁶⁹⁹. O papel das práticas não discursivas, portanto, está vinculado às estratégias do discurso. E foi justamente o reconhecimento dessa constatação – que já se encontrava nas críticas à *Arqueologia do saber* – que fez Michel Foucault mudar o seu entendimento. Por essa razão, a *genealogia* do poder não pode ser compreendida como sendo incompatível com a *arqueologia* dos saberes, sendo esse novo fundamento teórico-metodológico exatamente como um aperfeiçoamento do modelo que lhe antecedeu. Pelo mesmo motivo parece-nos um exagerado simplesmente descartar toda a construção da *arqueologia* do saber em função das novas preocupações com o exercício dos poderes,

⁶⁹⁴ LECOURT, Dominique. **A Arqueologia e o saber...** p. 58.

⁶⁹⁵ LECOURT, Dominique. **A Arqueologia e o saber...** p. 59.

⁶⁹⁶ LECOURT, Dominique. **A Arqueologia e o saber...** p. 59.

⁶⁹⁷ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault...** p. 103.

⁶⁹⁸ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault...** p. 104.

⁶⁹⁹ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault...** p. 105.

ignorando-se o fato de que as categorias ali desenvolvidas são essenciais para a compreensão do binômio saber-poder⁷⁰⁰.

A rigor, nem mesmo seria possível se falar em uma distinção clara entre os dois modelos de pesquisa, tratando-se muito mais de uma divisão didática. Assim, desde os primeiros trabalhos de Michel Foucault, pode-se perceber entrelaçadas algumas características relacionadas ora à *arqueologia* – marcada por uma análise mais estrita do discurso – ora à *genealogia* – com uma maior ênfase nas práticas sociais e institucionais que condicionam os discursos. “*Não há pré e pós-arqueologia ou genealogia em Foucault*. Contudo, o peso e a concepção dessas abordagens mudaram, no decorrer do seu trabalho”⁷⁰¹.

As estratégias passam, dessa maneira, a ser as formações discursivas mais importantes, nos trabalhos de Michel Foucault, especialmente a partir de *A Ordem do discurso*. Como explicaram Hubert Dreyfus e Paul Rabinow, as estratégias “não serão mais restritas a opções teóricas, mas serão apresentadas como o verdadeiro elemento que sustenta a atividade discursiva. Quando o caráter e o papel das estratégias é, assim, ampliado, e compreendido como fundamental, *a questão da influência relativa das práticas discursivas em relação às práticas não discursivas é finalmente tematizada*, e algumas contradições latentes em *A Arqueologia do saber* são resolvidas”⁷⁰².

Não pretendemos detalhar as experiências *genealógicas* empreendidas por Michel Foucault, que analisou diversos temas a partir dessa perspectiva – a prisão, a sexualidade, entre outros. No mais, descrevemos a estrutura de *Vigiar e punir* que é seu projeto genealógico mais conhecido⁷⁰³. Nosso objetivo consiste apenas em demonstrar a utilidade da história do presente e da *genealogia* para a história do direito penal, bem como esclarecer melhor sobre a existência de uma compatibilidade entre os preceitos da *arqueologia* e do método *genealógico*. Como já comentado, os penalistas costumam se valer dos conceitos elaborados na fase *genealógica* de Michel Foucault – como por exemplo o poder disciplinar e os ilegalismos – mas em regra o fazem ignorando importantes lições a respeito da formação dos saberes que lhes são pressupostos. Desse modo, desejamos contribuir para os estudos históricos no campo jurídico-penal, dando destaque para as categorias alusivas às formações

⁷⁰⁰ David Garland parece ter essa opinião, da qual discordamos, ao afirmar que a exposição dos conceitos *arqueológicos* teria ficado obsoleta. GARLAND, David. What does it mean to write a history of the present? Foucault, genealogy and the history of criminology. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 42. Milano: Giuffrè, 2013, p. 44.

⁷⁰¹ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault...** p. 139, destaques no original.

⁷⁰² DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault...** p. 105, grifamos primeiro.

discursivas – em especial, as estratégicas criações de conceitos penais – as quais devem ser aproveitadas para a compreensão do saber criminal e do poder punitivo.

A *genealogia* é uma nova metodologia – desenvolvida por Michel Foucault a partir da influência da obra de Friedrich Nietzsche – que busca revalorar criticamente alguns dos pressupostos dos saberes vigentes no presente. Com esse objetivo, o livro *Genealogia da moral* do referido filósofo alemão procurou fazer uma investigação crítica dos valores morais, na qual coloca em xeque o próprio *valor* desses valores⁷⁰⁴. Ao contrário do que pode parecer pela denominação empregada, a *genealogia* não trata de identificar a origem mítica dos fenômenos, mas sim de considerar as relações existentes no surgimento de tais conceitos e valores pois “é necessário um conhecimento das condições e circunstâncias nas quais nasceram, sob as quais se desenvolveram e se modificaram”⁷⁰⁵. O pesquisador deve, para isso, escavar o *bas-fond* dos fenômenos permitindo-se observar a sua origem impura e conspurcada. Como explicou Michel Foucault, “fazer a genealogia dos valores, da moral, do ascetismo, do conhecimento não será, portanto, partir em busca de sua *origem*, negligenciando como inacessíveis todos os episódios da história; será, ao contrário, se demorar nas meticulosidades e nos acasos dos começos; prestar uma atenção escrupulosa à sua derrisória maldade”⁷⁰⁶.

Trata-se da construção de uma história crítica, uma *história do presente*. Esse termo provocativo – utilizado pela primeira vez em *Vigiar e punir*⁷⁰⁷ – poderia causar no leitor uma impressão equivocada, relacionada com uma interpretação anacrônica do passado⁷⁰⁸. Na verdade, a história do presente procura compreender historicamente uma prática atual considerada problemática ou de alguma forma incompreendida. “Ela é motivada não por uma preocupação histórica com a compreensão do passado, mas por uma preocupação crítica com o entendimento do presente. Pretende delinear as forças que fizeram surgir as práticas de nosso presente e identificar as condições históricas sobre as quais elas ainda se fundamentam.

⁷⁰³ Vide 2.3.

⁷⁰⁴ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das letras, 1998, p. 12.

⁷⁰⁵ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral...** p. 12.

⁷⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder...** p. 19.

⁷⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir...** p. 40.

⁷⁰⁸ David Garland cogita que a intenção de Michel Foucault deve ter sido a de causar certa perplexidade ou estranhamento, com a terminologia empregada. GARLAND, David. **What does it mean to write a history of the present?...** p. 45.

Seu objetivo não é pensar historicamente sobre o passado, mas sim *usar elementos históricos para repensar o presente*⁷⁰⁹.

Por isso, essa técnica histórica pode ser utilizada com muito proveito para a reflexão sobre as práticas punitivas atuais, procurando identificar as condições históricas que influenciaram o seu surgimento ou ainda as possíveis estratégias políticas representadas pelas mesmas. Não seria exagerado afirmar que a criminologia crítica se desenvolveu em grande parte ensaiando uma *história do presente do sistema punitivo*, na busca pela compreensão das contingências políticas e socioeconômicas relacionadas com a formação do discurso criminal e com suas práticas. Entretanto, parece que as regularidades do discurso criminal por vezes não são estudadas prestando-se a devida atenção às peculiaridades do pensamento jurídico-penal – a partir da consideração de seus elementos estratégicos ou mesmo da observação das suas construções conceituais. Dito de outro modo, entendemos ser necessário acrescentar algumas das técnicas *arqueológicas* de análise para o estudo do discurso criminal, com o fim de aprimorar a *genealogia* do poder punitivo.

Todo o edifício conceitual da *genealogia* se fundamenta na identificação das mais variadas táticas políticas representadas pelo uso interessado das práticas sociais e institucionais – para o que nos interessa, diz respeito à compreensão das práticas punitivas como estratégias políticas. Por essa razão, o foco de Michel Foucault é analisar o poder enquadrado – de modo bastante diferente da visão tradicional – não como uma propriedade, algo que se detém, mas sim como uma técnica, uma estratégia que é exercida em rede, a partir de inúmeras relações microscópicas, formando uma *microfísica do poder*⁷¹⁰. Por isso, as relações de poder têm efeitos de positividade formando realidades específicas⁷¹¹. Além disso, o poder é formador de complexidades e não pode ser compreendido como um resultado cego de contingências econômicas⁷¹².

O poder mantém-se, ademais, em uma relação inexorável com o saber. Isso significa que *não há relação de poder sem a constituição de um campo de saber*⁷¹³. Essa característica tem uma enorme importância nesta tese, pois a partir dela se compreende a importância da utilização das categorias do método *arqueológico*, próprio para a análise dos discursos constitutivos dos saberes. Por essa inferência, temos ainda que o estudo do poder em Michel

⁷⁰⁹ GARLAND, David. **What does it mean to write a history of the present?**... p. 49, grifamos.

⁷¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**... p. 35.

⁷¹¹ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**... p. 32.

⁷¹² DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 2013, p. 33.

Foucault teria como fundamento a consideração dos discursos que o sustentam. Mais que isso, parte-se do princípio de que as formações de regularidades discursivas – definição de objetos, modalidades enunciativas e conceitos dos discursos – são utilizadas como estratégias políticas em benefício do exercício de determinados poderes.

Essa parece ser de fato a grande contribuição de Michel Foucault, com relação à sua analítica do poder. O autor chegou a comentar que haveria uma lacuna no estudo das relações de poderes, especialmente se consideradas em sintonia com os discursos que lhes fundamentam. Nesse sentido, “o poder em suas estratégias, a um só tempo gerais e finas, em seus mecanismos, nunca foi muito estudado. Uma coisa que foi ainda menos estudado são as relações entre o poder e o saber, as incidências de um sobre o outro”⁷¹⁴. A consideração de um poder-saber também cumpre com a finalidade de diminuir um pouco a excessiva abstração do poder como objeto de estudos. Várias ponderações foram feitas sobre essa dificuldade teórica⁷¹⁵, que pode ser superada ao se considerar que o exercício das estratégias políticas estaria atrelado aos discursos – os quais podem ser apreendidos, pelo pesquisador, com mais segurança.

Prosseguindo, o autor já havia destacado em sua *arqueologia* a importância dos discursos, ensinando que por meio das práticas discursivas seria possível entender a estruturação dos pensamentos e da formação dos saberes. Essa especial atenção para com o discurso pressupõe uma concepção de que a sua produção e organização reflete estruturas de poder, interesses relacionados ao campo de onde emanam as formações discursivas. Conforme afirmou, “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar”⁷¹⁶. Isso significa que, para Michel Foucault, *o discurso ocupa uma posição central no estudo do poder*⁷¹⁷. Isso porque “em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”⁷¹⁸. Com essa lógica devemos sempre lembrar

⁷¹³ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir...** p. 36.

⁷¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos IV...** p. 169.

⁷¹⁵ Jean Baudrillard, por exemplo, observa ironicamente que “a própria perfeição dessa crônica analítica do poder é inquietante”. BAUDRILLARD, Jean. **Esquecer Foucault**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 14.

⁷¹⁶ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do discurso...** p. 10.

⁷¹⁷ O'BRIEN, Patricia. **A História da cultura de Michel Foucault...** p. 35.

⁷¹⁸ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do discurso...** p. 8.

que o discurso manifesto sempre se assenta em um não-dito, algo que lhe está subjacente – e que no mais das vezes corresponde às configurações de poder⁷¹⁹.

Desse modo, as interdições ao discurso são reveladoras do exercício do poder. Por isso mesmo as considerações da *arqueologia* não podem ser isoladas do estudo do poder. Deve-se empreender uma junção entre os conteúdos das fases *arqueológica* e *genealógica* que, longe de serem incompatíveis, são complementares uma à outra. Nesse sentido, uma das manifestações mais notáveis dessas interdições refere-se à utilização da *vontade de verdade*, que consiste em uma valoração de certos discursos como verdadeiros, resultando na deslegitimação dos outros discursos que não lhes são compatíveis. O discurso científico é um exemplo da vontade de verdade na medida em que constrange outras formas de saber – não-científicos – seja reduzindo-as à insignificância social, seja forçando o seu declínio. A vontade de verdade se fundamenta em um *suporte institucional*, que lhe fortalece e revalida constantemente⁷²⁰.

O discurso jurídico-penal também é sustentado por uma estrutura institucional, que deve ser bem compreendida para se chegar a um entendimento sobre as formações discursivas próprias do direito penal. No mais, a forma como o saber criminal é recepcionada pela sociedade também é reveladora da vontade de verdade, pois o entusiasmo na aplicação do saber indica que estaria sendo-lhe atribuída a qualidade de *verdade científica*⁷²¹. Michel Foucault acreditava serem as práticas jurídicas extremamente importantes, dentre as demais práticas sociais, para a formação das subjetividades e verdades. Segundo o autor, a regularidade dos discursos jurídicos seria “uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade, que merecem ser estudadas”⁷²². Daí se percebe a importância do saber criminal como estratégia de consolidação de verdades convenientes.

Podemos exemplificar a vontade de verdade pela recepção acalorada do discurso do positivismo criminológico no Brasil. Desde muito cedo, a Faculdade de Direito do Recife recebeu com bastante entusiasmo o *bando de ideias novas* – representado pelo evolucionismo, positivismo, naturalismo, entre outros⁷²³. A *Escola do Recife* tinha uma base institucional,

⁷¹⁹ FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir...* p. 36.

⁷²⁰ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do discurso...* p. 16.

⁷²¹ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do discurso...* p. 17.

⁷²² FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as formas jurídicas*, 3ªed. Rio de Janeiro: Nau, 2005, p. 11.

⁷²³ ROMERO, Sylvio. Explicações indispensáveis. BARRETO, Tobias. *Vários escritos*. Sergipe: Editora do Estado do Sergipe, 1926, p. XXIII e XXIV.

pois inicialmente girava em torno da Faculdade de Direito do Recife, que assim servia como uma *catedral ecumênica de ideias*, congregando os seus professores e alunos⁷²⁴. Assim, nos primeiros números da Revista Acadêmica – publicação da instituição, lançada no ano de 1891 – foram lançados alguns dos primeiros textos brasileiros sobre a nova corrente criminal. Por exemplo, logo na primeira edição desse veículo, Adelino Filho pontuou, referindo-se ao positivismo criminológico, que “se podem bem salientar os grandes progressos feitos pela ciência do direito mostrando a grandiosa revolução operada no limite do campo das teorias criminalísticas. A escola que ora surge (...) resume em si toda a ciência jurídica, que despiu o velho manto agalado da metafísica transcendental”⁷²⁵.

É importante perceber que o discurso, quando sedimentado em uma vontade de verdade e aliado a um suporte institucional que o legitima, acaba exercendo uma pressão sobre outros discursos contrários⁷²⁶, servindo como um pretexto – científico – para silenciar opiniões divergentes. Michel Foucault exemplifica esse fenômeno citando a transformação ocorrida no pensamento penal a partir do século XIX, quando foram abandonados os fundamentos exclusivamente jurídicos oferecidos pelas teorias do direito e adotou-se “um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como se a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade”⁷²⁷. Essa passagem fez com que o objeto do direito penal se alterasse, tornando-se mais complexo, pois a criminalidade passou a ser associada com a doença, com a ausência de higiene social etc., o que resultou na necessidade de um discurso com *pretensões de cientificidade* que o direito sozinho não poderia fornecer, segundo o ideário positivista daquele tempo.

A questão, portanto, reside em quais poderes seriam capazes de dar vazão a discursos produtores de verdades⁷²⁸. No caso do discurso jurídico, segundo Michel Foucault, é necessário atentar para a distinção entre *lei* e *norma*, decorrente das manifestações dos poderes soberano e disciplinador. O exercício do poder soberano expressa o efeito negativo do poder, no sentido de coação. É caracterizado pelos absolutos representados pela vida e

⁷²⁴ FERREIRA, Pinto. **História da Faculdade de Direito do Recife**, 2ªed. Recife: Faculdade de ciências humanas de Pernambuco, 1994, p. 149.

⁷²⁵ FILHO, Adelino. **A Nova escola de direito criminal**. Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v.1, n.1. Recife: Typographia de F. P. Boulitreau, 1891, p. 27. Não obstante, Tobias Barreto, que é conhecido como o principal nome da Escola do Recife, fez sérias ressalvas à adoção do paradigma positivista, chegando a tecer várias críticas a respeito de *O Homem delinquente*, de Césare Lombroso. BARRETO, Tobias. **Estudos de direito II**, 2ªed. Rio de Janeiro: Record, 1991, pp. 70-71. Ver também: BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, 2ªed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 370. C, 2015.

⁷²⁶ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do discurso...** p. 17.

⁷²⁷ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do discurso...** p. 18.

⁷²⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2011.

morte dos indivíduos⁷²⁹. Contudo, efeitos de positivação do poder foram aos poucos diminuindo a incidência do poder soberano em favor de uma atuação disciplinadora sobre as populações, por meio de técnicas diversas de sujeição e controle das massas. O biopoder reflete o crescimento da importância da norma frente a da lei⁷³⁰. O autor defende que esse disciplinamento foi indispensável para o ajustamento dos processos de produção econômicos e a administração das populações – e, por isso, pode ser entendido como característica essencial da modernidade.

A denominação *norma* pode causar confusão no campo do direito, ao ser confundida com o preceito de comando utilizado como regra jurídica. Mas a linguagem utilizada por Michel Foucault vai ao encontro da que fora utilizada por Georges Canguilhem, historiador da ciência e uma de suas principais influências. Esse pensador já havia relativizado a distinção entre *normal* e *patológico*, acreditando que não haveria precisão em um critério exato de *normalidade*⁷³¹. Conforme explicado por João Chaves, “em ambos, a norma é um critério homogêneo e totalizante que tem como referência uma padronização contingente, com base na qual são classificadas as singularidades. Em suma, Canguilhem diz que não há uma ontologia da normalidade ou ainda uma diferenciação entre o normal e o anormal. Eles estão dentro de um mesmo plano, sendo ambos frutos de um processo de normalização que, reiterese, não tem nada a ver com o modelo jurídico de norma como juízo”⁷³².

François Ewald chamou atenção para o fato de que a normalização da sociedade não resultou em um declínio do direito. Pelo contrário, houve um inflacionamento legislativo, com a proliferação de um grande número de regras minuciosas visando à gestão de todas as instâncias do social⁷³³. Isso porque o poder, antes exercido individualmente sobre o corpo, alarga-se, passando a se ocupar da gestão das massas, o que exigiu um minudente regramento sobre o cotidiano das populações. O direito passou a se ocupar dos hábitos de higiene, das condutas íntimas e privadas, da disciplina do trabalho etc. Desse modo, “a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por

⁷²⁹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade, v.1: a vontade de saber**. São Paulo: Paz & Terra, 2014, p. 145-146.

⁷³⁰ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade, v.1...** p. 155.

⁷³¹ “Se o normal não tem a rigidez de um fato coercitivo coletivo, e sim a flexibilidade de uma norma que se transforma em sua relação com condições individuais, é claro que *o limite entre o normal e o patológico torna-se impreciso*”. CANGUILHEM, Georges. **O Normal e o patológico**, 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 126.

⁷³² CHAVES, João. **O Problema do direito em Michel Foucault: entre imagens jurídicas e a proposta de um direito novo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 50.

⁷³³ EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Vega, 1993, p. 77.

processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc”⁷³⁴.

E é nesse ponto que se destaca o papel da *genealogia* do poder punitivo para a história do direito penal. Lembramos que não estamos considerando neste trabalho um modelo restrito de história criminal, reduzido ao estudo das transformações ocorridas na legislação criminal. Diferentemente, adotamos como Norte um desenho de historiografia crítica que considera o direito penal como realidade cultural ampla, composta de discursos e práticas. Por essa razão, os *saberes normalizadores* são objetos privilegiados da história do direito penal e devem ser analisados por meio da *arqueogenealogia* proposta por Michel Foucault. Nesse sentido, conforme lembrou Marcos César Alvarez, esses saberes “introduzem, no campo da lei, uma lógica de pensamento estranha ao da lógica jurídica clássica; introduzem nas práticas jurídicas e penais critérios de avaliação diversificados, a partir dos quais não se julga mais apenas a obediência ou não à lei, mas também a própria natureza do criminoso, seu comportamento antes e depois do crime cometido, seus desvios perante os padrões de conduta considerados normais”⁷³⁵. Por isso, cumpre entender como essas práticas disciplinadoras se constituem como estratégias para o poder punitivo, sendo que somente a partir da compreensão do discurso e das práticas envolvidos na questão criminal seria possível desvelar essas técnicas políticas.

Após essas explicações, algumas das críticas a questões históricas presentes na obra de Michel Foucault⁷³⁶ podem ser refutadas. Conforme explicamos, o estudo do poder pela *arqueogenealogia* sempre se dá por meio da análise do discurso, da reflexão sobre o saber que justifica o poder exercido. Com isso, estaríamos diante de um verdadeiro modelo de história cultural, mais preocupado com o discurso que com a observação da sociedade isoladamente considerada. Ainda que as práticas sociais tenham passado a ser o cerne das preocupações do autor – a partir da preponderância da *genealogia* – é necessário lembrar que essas práticas são visualizadas por meio do discurso. Por isso, mesmo que se entenda que na sociedade brasileira não houve efetivamente um disciplinamento tão radical imposto por suas instituições punitivas, ainda assim a teoria de Michel Foucault permanece importante para a

⁷³⁴ FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 289.

⁷³⁵ ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 43.

⁷³⁶ Vide 1.4.

compreensão dos elementos de formação do saber criminal brasileiro⁷³⁷. Isso porque o discurso penal adotou em maior ou menor medida os mesmos parâmetros de normalização da população, especialmente das *classes perigosas*.

Por essa razão, as ferramentas teórico-metodológicas da *arqueogenealogia* de Michel Foucault não podem ser precipitadamente entendidas como premissas de uma *verdade histórica* – o que seria contraditório com as propostas foucaultianas. A cautela e o ceticismo devem ser ainda maiores quando se analisa a realidade punitiva brasileira, que é tão diversa da que foi estudada originalmente pelo autor francês. Não obstante, o estudo das formações discursivas relacionadas ao campo criminal e do poder que lhe é correlato necessitam desses instrumentos de análise, que oferecem férteis possibilidades de compreensão do fenômeno punitivo. Não são obviamente suficientes, devendo ser submetidos sempre à crítica. Entretanto, servem como um ponto de partida seguro para as pesquisas de história do direito penal.

Existem ainda outras ferramentas heurísticas desenvolvidas por tradições historiográficas distintas, com grande serventia para a análise histórica do direito penal. Como registramos, Michel Foucault é um autor bastante popular no âmbito das ciências criminais. Entretanto, é necessário também tomarmos conhecimento da historiografia conceitual desenvolvida por outros autores, que podem servir como um contraponto ou mesmo um complemento para as técnicas do historiador francês.

Nesse sentido, parece-nos que os modelos propostos pela *Escola de Collingwood* e pela história alemã – especialmente por Reinhart Koselleck, poderiam ser bastante úteis na historicização criminal. Acreditamos ser possível a construção de um método que combinasse alguns dos preceitos de Michel Foucault com premissas adotadas por esses outros autores, conforme a necessidade da pesquisa histórica. Para compreender como isso seria possível, cumpre conhecer melhor essas propostas de historiar os conceitos e indicar de que modo elas poderiam servir ao historiador do direito penal.

⁷³⁷ FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida**: a utopia médica do biodeterminismo. São Paulo: Alameda, 2009, p. 40.

5 HISTORICIZAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAI

O jurista, de fato, tem em geral uma dificuldade em relativizar/enquadrar seus conceitos, tendendo a gravá-los com uma trans-temporalidade, como se tivessem sido forjados fora de um espaço-tempo determinado⁷³⁸.

5.1 OS CONCEITOS JURÍDICOS E SUA HISTORICIDADE

Como se vê, os conceitos não são coisas; em certos aspectos, são armas. De qualquer modo, são instrumentos com os quais os contemporâneos, assim como os historiadores, procuram consolidar a organização da realidade, além de levar o passado a exprimir sua especificidade e suas significações⁷³⁹.

Após a demonstração da função estratégica dos conceitos nos discursos a partir da *arqueogenealogia* de Michel Foucault, cumpre apresentar outros modelos de história cultural que possuem como eixo central a observação de tais elementos, destacando a sua importância para a análise conceitual no trabalho do historiador. Para cumprir com esse objetivo, nesta primeira parte do capítulo, iniciaremos tecendo explicações sobre a formação dos conceitos bem como sobre seu significado. Em seguida, detalharemos a importância do estudo dos conceitos no campo específico da história do direito, visando ao convencimento do leitor da imprescindibilidade desse método para a compreensão do fenômeno jurídico. Logo após, exporemos algumas das características da história das ideias proposta pela Escola de Cambridge – também conhecida como abordagem de Collingwood – tentando oferecer elementos comparativos para elencar aproximações e diferenças entre esse modelo e a história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*), desenvolvida por Reinhart Koselleck. Na segunda parte do capítulo, desenvolveremos um ensaio sobre essa corrente da historiografia alemã, explicando suas premissas e categorias mais importantes. Ao fazer isso, elaboraremos uma proposta específica de utilização da história dos conceitos como ferramenta para a história do direito penal brasileiro. Ao fim do capítulo, focaremos o estudo das metáforas (metaforologia), a partir da obra de Hans Blumenberg, oferecendo a teoria da não conceitualidade como um

⁷³⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Michel Foucault e o discurso histórico-jurídico: encontros e desencontros entre Estado e poder. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 145.

complemento para a história conceitual. O objetivo de trazer esse referencial teórico é aplicá-lo ao problema da historicidade do pensamento jurídico-penal, conforme será demonstrado com alguns exemplos.

O conceito é um mecanismo de abstração do pensamento que tem por função determinar por antecipação determinado objeto, sem a necessidade de sua presença. A ideia da desnecessidade de existência atual – ou mesmo real – do objeto a ser conceituado é essencial para compreender essas categorias. Conforme ensinou Hans Blumenberg, “o conceito tem algo a ver com a ausência do objeto. Isso também pode significar: com a falta de representação consumada do objeto”⁷⁴⁰. Estamos utilizando o termo *objeto* com uma ampla acepção, pois a conceituação pode ser direcionada às coisas mais diversas – realidades naturais, institutos jurídicos e até mesmo à própria conceituação, por meio de uma metalinguagem, como estamos fazendo neste momento.

Segundo Hans Blumenberg, a origem do conceito seria relacionada à ideia do *actio per distans*, que seria a capacidade de agir em face da distância espacial ou temporal. Como esse atributo é constitutivo da própria evolução da humanidade e considerando que o uso da capacidade cerebral do homem possibilitou sua sobrevivência por meio de sua adaptação ao ambiente natural, faz-se possível uma *teoria antropológica do conceito*⁷⁴¹. Por isso, a necessidade humana é o impulso inicial para a formação dos conceitos, não se tratando de um processo aleatório, mas sim de uma ação voltada à resolução de problemas. Portanto, “para que o processo se inicie, deve surgir um problema que só possa ser resolvido pela formação de novos conceitos”⁷⁴². Por isso, a conceitualização está umbilicalmente ligada à prevenção, a uma tentativa de antecipar os eventos que, embora conhecidos, são indeterminados. Ela pode ser compreendida como uma *elaboração antecipada do possível*⁷⁴³.

O conceito pode ser entendido como uma relação entre o pensamento e a realidade por meio da articulação da linguagem. Como se percebe, a linguagem é essencial na criação dos conceitos. No complexo processo de formação dos conceitos, são exigidas várias etapas e funções intelectuais, as quais são indispensáveis, “porém insuficientes sem o uso do signo, ou palavra, como o meio pelo qual conduzimos as nossas operações mentais, controlamos o seu

⁷³⁹ PROST, Antoine. **Doze lições sobre a história**, 2ªed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014, p. 131.

⁷⁴⁰ BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 43.

⁷⁴¹ BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade...** p. 45.

⁷⁴² VIGOTSKI, L. S. **Pensamento e linguagem**, 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 68.

⁷⁴³ BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade...** p. 64.

curso e as canalizamos em direção à solução do problema que enfrentamos”⁷⁴⁴. Entretanto, a abstração inerente à conceitualização deriva de processos cognitivos mais simples, geralmente motivados por necessidades cotidianas⁷⁴⁵.

De toda forma, para o que nos interessa no momento, cumpre chamar atenção para a premissa fundamental de que os conceitos também possuem historicidade, não sendo por esse motivo estáticos. Assim, “historicizar os conceitos é identificar a temporalidade de que eles fazem parte; trata-se de um modo de apreender a contemporaneidade do não contemporâneo”⁷⁴⁶. Por isso, os conceitos servem como ferramentas heurísticas, pois a identificação de suas permanências e rupturas possibilita a compreensão do contexto sociopolítico em que foram utilizados. Como bem sintetizaram Marcelo Gantus Jasmim e João Feres Jr., “os conflitos políticos e sociais do passado devem ser descobertos e interpretados através do horizonte conceitual que lhes é coetâneo e em termos dos usos linguísticos, mutuamente compartilhados e desempenhados pelos atores que participaram desses conflitos”⁷⁴⁷. Portanto, desvelar o sentido dos conceitos ao longo do tempo equivale a fazer história. Mas isso não é o mesmo que defini-lo em termos absolutos. Nesse sentido, os conceitos necessariamente possuem um grau de indeterminação, por serem frutos de uma abstração da razão. Como afirmou Friedrich Nietzsche, “todos os conceitos em que um processo inteiro se condensa semioticamente se subtraem à definição; *definível é apenas aquilo que não tem história*”⁷⁴⁸. Em outras palavras, a tentativa de elucidação de um significado definitivo para os conceitos é mais que infrutífera, é anti-histórica.

Por essa razão, a observação dos conceitos é parte integrante do trabalho do historiador, sendo eles *ferramentas intelectuais indispensáveis*⁷⁴⁹. Entretanto, é preciso fazer algumas observações importantes, a respeito do uso desse instrumental. Em primeiro lugar, por se tratarem de abstrações, os conceitos se interligam em rede. Por vezes, a significação de um conceito em especial depende de uma série de outros conceitos. Em outras palavras, focar as atenções no estudo histórico de um dado conceito não pode significar ignorar outras conceituações que lhes são relacionadas. Em segundo lugar, a história não utiliza apenas

⁷⁴⁴ VIGOTSKI, L. S. **Pensamento e linguagem...** p. 73.

⁷⁴⁵ VIGOTSKI, L. S. **Pensamento e linguagem...** p. 98.

⁷⁴⁶ PROST, Antoine. **Doze lições sobre a história...** p. 130.

⁷⁴⁷ JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. (Org.). **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006, p. 23.

⁷⁴⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das letras, 1999, p. 68, grifamos no final.

⁷⁴⁹ PROST, Antoine. **Doze lições sobre a história...** p. 120.

conceitos próprios, criados no domínio exclusivo da historiografia. Muito pelo contrário, é comum a apropriação de conceitos que surgiram em outros campos do conhecimento e, por isso, a história toma de empréstimo conceituações provenientes de outros saberes, *chocando ovos alheios*⁷⁵⁰. Esse dado é fundamental para esta tese, pois defendemos a possibilidade de uma história que tem como objeto os conceitos desenvolvidos na cultura jurídico-penal. Por fim, cumpre lembrar que a apropriação das conceituações pelo historiador não pode ser feita de forma ingênua. Acreditar que os conceitos valem por si sós, que seu significado pode ser pinçado da linguagem sem a consideração de condicionamentos sociopolíticos, é um grande equívoco – aliás, bastante comum entre os juristas, que costumam idealizar seus conceitos. Por isso, Reinhart Koselleck enfatizou a necessidade de se perceber um vínculo entre linguagem e realidade, entre palavras e coisas. Existe uma complexidade na relação entre *pragmata* e *dogmata*⁷⁵¹ – e, por isso, esse vínculo não pode ser considerado de forma simplista, por meio de um causalismo mecânico.

Em nossa abordagem, consideraremos a história conceitual como uma espécie – bem particular – de história cultural. Esse campo da historiografia não costuma ser classificado dessa maneira, talvez pelo fato de pertencer à tradição da história alemã. Isso significa que estava afastada das preocupações iniciais com a historicização da cultura, ao contrário do que aconteceu com a história das mentalidades, vinculada à *Escola dos Annales*. Ainda assim, acreditamos que existem algumas justificativas para a compreensão da história conceitual como uma história cultural. Inicialmente, existe uma relação entre as noções de *representações, práticas, mentalidades, e imaginário*⁷⁵² – estudados pela história cultural – com a ideia de conceito. Pode-se inclusive afirmar que essas noções seriam *quase-conceitos*, considerando que os conceitos “são instrumentos de conhecimento mais elaborados, longamente amadurecidos, o que não impede que existam conceitos com grande margem de polissemismo”⁷⁵³. Ademais, a história cultural está atrelada a uma maior preocupação com a linguagem, que foi consequência da *virada linguística* ocorrida nos saberes humanísticos⁷⁵⁴. Nesse sentido, vários autores alinhados a essa nova vertente historiográfica preocuparam-se

⁷⁵⁰ PROST, Antoine. **Doze lições sobre a história...** p. 126.

⁷⁵¹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 97.

⁷⁵² FONSECA, Ricardo Marcelo. A Noção de imaginário jurídico e a história do direito. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁷⁵³ BARROS, José D’Assunção. **O Campo da história: especialidades e abordagens**, 7ªed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 83

⁷⁵⁴ Também com essa opinião: HUNT, Lynn. História, cultura e texto. HUNT, Lynn (org.). **A Nova história cultural**, 2ª. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6.

com a linguagem manifestada em campos diversos. Por exemplo, Michel Foucault dedicou-se ao estudo do discurso científico, especialmente em seus primeiros escritos⁷⁵⁵. A história dos conceitos, por sua vez, também se ocupa da investigação de uma linguagem própria, especificamente relacionada à formação dos conceitos. E essa preocupação é plenamente justificável, pois “a *linguagem conceitual* é, em si, um meio consistente para problematizar a capacidade de experiência e a dimensão teórica”⁷⁵⁶.

Aliás, o próprio Reinhart Koselleck parece assumir essa posição, quando afirmou que a história dos conceitos dependeria da história dos discursos, pois “uma análise dos conceitos demanda o conhecimento tanto dos contextos linguísticos como dos extralinguísticos, incluído aqueles fornecidos pelos discursos”⁷⁵⁷. O autor parece enquadrar, ainda que implicitamente, a história dos conceitos como uma espécie de história cultural, ao deixar clara a distinção entre aquela e a história social. Inclusive, uma grande qualidade da construção teórica da história dos conceitos é o fato de ela assumir a sua autonomia com relação à história social, ao mesmo tempo que realça que ambos os modelos de historiografia mantêm uma relação de complementaridade e de total compatibilidade. Isso equivale a afirmar que a história dos conceitos não inviabiliza a história social⁷⁵⁸. Com efeito, há uma dependência mútua entre os dois modelos de história, em razão de uma necessidade metodológica: “a obrigação de compreender os conflitos sociais e políticos do passado por meio das delimitações conceituais e da interpretação dos usos da linguagem feitos pelos contemporâneos de então”⁷⁵⁹. De todo modo, ao apontar para essa diferença, inclusive metodológica, o autor alemão parece estar posicionando a história conceitual como uma história cultural. Também Kari Palonen lembrou que alguns historiadores franceses e holandeses – talvez pela influência da historiografia social francesa – têm historicizado os conceitos de modo muito semelhante à história das mentalidades e da cultura⁷⁶⁰, o que também indica a pertinência da opinião aqui defendida. Apesar de essa ser uma questão que

⁷⁵⁵ BARROS, José D’Assunção. **O Campo da história...** p. 88. Inclusive, o próprio Reinhart Koselleck afirmou que o campo da historiografia dos discursos seria *extremamente rico e importante*. KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos históricos**, v. 5, n. 10. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 1992, p. 136.

⁷⁵⁶ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado ...** p. 110, grifamos.

⁷⁵⁷ KOSELLECK, Reinhart. Uma resposta aos comentários sobre o *Geschichtliche Grundbegriffe*. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. (Org.). **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006, p. 104.

⁷⁵⁸ Diferentemente, por exemplo, da posição de Michel Foucault em seus primeiros escritos, quando afirmou a autonomia da história dos discursos, com consequentes prejuízos à história social. Ver capítulo 4.

⁷⁵⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 103.

⁷⁶⁰ PALONEN, Kari. Entrevista com Kari Palonen. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João (Org.). **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006, p. 130.

poderia aparentar ser de menor importância, devido à possibilidade de adoção de outras classificações, parece-nos conveniente realçar a compatibilidade entre a história dos conceitos e a história cultural. Fazemos isso porque, mais à frente, serão comparadas as propostas de Michel Foucault e Reinhart Koselleck, as quais entendemos serem exemplos da história cultural.

Chegamos neste momento ao tema da aplicabilidade da história dos conceitos para o campo jurídico. Com esse fim, cumpre questionar se os conceitos jurídicos poderiam ser analisados historicamente. Inicialmente, cumpre lembrar que tanto a aplicação da história ao método próprio do direito, como também a preocupação com o entendimento dos conceitos, estariam intrinsecamente relacionados com a estruturação da dogmática – como pode ser percebido a partir das metodologias adotadas pelas primeiras *Escolas* do pensamento jurídico. Portanto, a resposta mais óbvia – e talvez precipitada – para tal questionamento é a de que o direito já trabalha historicizando conceitos, sendo que esse papel seria desempenhado naturalmente na interpretação da norma, sendo tal tarefa parte do mister do jurista. Entretanto, parece que a historicidade dos conceitos não é tão evidente no campo jurídico. Somos, portanto, inclinados a acreditar que essa hipótese não é inteiramente verdadeira e que os juristas infelizmente são menos historiadores do que acreditam ser.

O jurista tem o *habitus* de considerar os seus conceitos como *coisas acabadas*, assumindo a premissa nem sempre verificável de que eles seriam o resultado de um lento desenvolvimento – geralmente, desde Roma – até chegarem à sua forma perfeita. A história, nesses casos, é utilizada tão-somente como um anteparo de legitimidade, dando a entender que os institutos jurídicos estariam justificados pelo seu tempo de maturação. Como afirmou Koselleck referindo-se aos estudiosos do direito, “de algum modo, eles partem do princípio de que *conhecem a verdade*, de que sabem qual é o *verdadeiro conceito*, correspondente a tal ou qual noção, e *não estão dispostos a admitir análises histórico-conceituais que se choquem com a sua visão normativa das coisas*”⁷⁶¹. Por isso, em regra, a historicidade dos conceitos não é compreendida pelo jurista, que teme a insegurança que ela pode proporcionar às suas certezas consolidadas, desconfiando desse método que destrói com facilidade seus frágeis ídolos. Essa aversão também seria fruto do desconhecimento – ou mesmo desprezo – pela metodologia própria da história, fato que motivou a elaboração desta tese.

⁷⁶¹ KOSELLECK, Reinhart. Entrevista com Reinhart Koselleck. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. (Org.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006, p. 143, grifamos no final.

Por essa razão, acreditamos que as Escolas histórica e da jurisprudência dos conceitos ou pandectista possuíam uma visão histórica problemática, no que diz respeito aos conceitos e institutos jurídicos, pois não partiam da premissa de sua dinamicidade, deixando de incluir na abordagem adotada a sua contextualização. Tratavam os conceitos jurídicos como *ideias desencarnadas*, como criticou Lucien Febvre, por existirem *fora do tempo e do espaço*⁷⁶². Sobre o tema, Paolo Cappellini afirmou que os conceitos eram estáticos no pandectismo, motivo pelo qual recomendou que se fizesse um esforço metodológico para a modificação da historiografia do direito, com a finalidade de torná-la mais dinâmica⁷⁶³. De fato, mesmo sendo o direito um campo de mudanças conceituais mais lentas, devido à cultura jurídica ser caracterizada pela longa duração⁷⁶⁴, é possível perceber a alteração na semântica dos conceitos. O modelo histórico que assume ideias que se perpetuam no tempo não é correto.

Segundo Antônio Manuel Hespanha, poderíamos perceber a importância de historiar os conceitos observando dois pontos essenciais. Primeiramente, os conceitos estão imersos em significado sociopolítico e por isso compreendê-los significa detectar as nuances da sociedade que os concebeu. No mais, é preciso entender que os discursos – o *locus* onde os conceitos são gerados – são palcos de lutas sociais, refletindo os conflitos que identificam os tempos históricos⁷⁶⁵. Uma tal visão não poderia conceber a existência de ideias jurídicas estáticas, mesmo que por vezes suas mudanças sejam demasiado lentas⁷⁶⁶. Se os conceitos jurídicos são regramentos das formações discursivas, sendo utilizados como estratégias, poderíamos afirmar que eles são aquilo pelo que se luta, o poder que se quer apoderar⁷⁶⁷. É fácil perceber o poder decorrente da fixação do significado dos conceitos jurídicos, considerando que o direito – com sua pretensão de neutralidade e generalidade – busca seus

⁷⁶² FEBVRE, Lucien. **Combats pour le histoire**. Paris: Librairie Armand Colin, 1992.

Disponível

em:

<http://classiques.uqac.ca/classiques/febvre_lucien/Combats_pour_lhistoire/febvre_combats_pour_histoire.pdf>.

Acesso em: 17/05/2015.

⁷⁶³ CAPPELLINI, Paolo. **Storie di concetti giuridici**. Turim: G. Giappichelli, 2010, p. 3-4. O autor referiu-se especificamente ao direito romano, mas poderíamos estender a observação para a historiografia jurídica em geral, o que inclui a história do direito penal.

⁷⁶⁴ GROSSI, Paolo. *Storia sociale e dimensione giuridica*. GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica**: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro: atti dell'incontro di studio. Milão: Giuffrè, 1986, p. 15.

⁷⁶⁵ HESPANHA, Antonio Manuel. **Imbecilias**: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime. São Paulo: Annablume, 2010, p. 15-19.

⁷⁶⁶ Segundo Reinhart Koselleck, a história do direito *escoa mais lentamente*, com um ritmo de mudança mais vagaroso. O autor comenta que talvez seja esse o motivo de os juristas serem mais conservadores que seus colegas de outros campos de estudo. KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 332.

⁷⁶⁷ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do discurso**, 23ªed. São Paulo: Loyola, 2013, p. 10.

fundamentos em si mesmo⁷⁶⁸, de forma autorreferente. Em outras palavras, o poder decorrente da aplicação do direito se fundamenta em seus próprios conceitos.

Por isso, a aplicabilidade da história dos conceitos para o campo jurídico somente se viabiliza por meio de esforços teóricos e metodológicos objetivando desvencilhar as pesquisas na história do direito da antiquada *história das ideias imutáveis*⁷⁶⁹, a qual não dá conta da complexidade e do caráter dinâmico da cultura jurídica. Esse não é um trabalho simples. Alexandre da Maia parece ter a mesma opinião, quando afirma que compreender os conceitos jurídicos sob a perspectiva da história dos conceitos “*pode ser um caminho metodologicamente estruturado para aplicar a teoria da história a conceitos jurídicos*”⁷⁷⁰. Da mesma forma, João Paulo Arrosi entende que a história dos conceitos poderia indicar *uma perspectiva metodológica para a história do direito*⁷⁷¹. Somos da mesma opinião, acreditando que não somente é possível a aplicação da história dos conceitos para o domínio do direito, como também isso é bastante recomendável. Essa proposta pode ser compreendida como uma tentativa deliberada de incrementar o rigor teórico e metodológico das pesquisas de história jurídica. Cumpre ainda emendar que, em nossa opinião, esse paradigma da historiografia deve ser aplicado também ao campo específico do direito penal, constituindo-se como uma ferramenta útil para a análise histórica dos conceitos criminais e da cultura jurídico-penal.

Entretanto, existem certos entraves para a aplicação das novas abordagens de história conceitual. Nesse sentido, José Murilo de Carvalho observou que somente muito recentemente pudemos ver essa nova abordagem histórica em trabalhos brasileiros⁷⁷², pois a história intelectual no Brasil ficou tradicionalmente marcada por dois tipos de abordagens, ambas insuficientes do ponto de vista metodológico. A primeira delas procurava extrair as ideias representativas de determinados autores emblemáticos ou de representações coletivas e

⁷⁶⁸ BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**, 8ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 214.

⁷⁶⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Uma resposta aos comentários sobre o *Geschichtliche Grundbegriffe*...** p.100. HESPAÑA, Antonio Manuel. **Imbecilias...** p. 15.

⁷⁷⁰ DA MAIA, Alexandre. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (orgs.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4, com grifos nossos. O autor refere-se mais especificamente ao conceito de direito subjetivo, mas certamente o mesmo raciocínio se aplicaria para outros conceitos jurídicos.

⁷⁷¹ ARROSI, João Paulo. A Concretude do conceito: notas para uma aproximação entre história do direito e história dos conceitos. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 99.

⁷⁷² CARVALHO, José Murilo de. História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura. **Topoi**, v.1, n.1. Rio de Janeiro: UFRJ, 2000, p. 123-126. O autor não se refere estritamente à história dos conceitos alemã, mas às novas técnicas da história intelectual, as quais em grande parte se coadunam com as propostas da *Begriffsgeschichte*.

escolas de pensamento. Essa concepção foi muito popular no país, a partir de estudos célebres de juristas ou de movimentos intelectuais⁷⁷³. Deve-se reconhecer a importância desses trabalhos – especialmente considerando, em alguns casos, o seu pioneirismo – mas isso não poupa os mesmos de merecidas críticas. Ainda em consonância com o que o autor afirmou, parece que esse tipo de estudos continha uma boa dose de *ingenuidade analítica*⁷⁷⁴, pois não dava atenção ao método nem se preocupavam com a questão da linguagem utilizada nos textos. Ademais, tinham exagerado foco – em alguns casos, quase que exclusivo – nos dados biográficos dos autores dos textos estudados.

De outro lado, temos a tradição de textos que se aproximam da sociologia, normalmente marcados por preocupações com a questão ideológica, as lutas de classes e o seu reflexo na produção do conhecimento⁷⁷⁵. “A abordagem presa à sociologia do conhecimento, ao lado das contribuições inegáveis, traz também limitações. A ênfase no autor é simplesmente deslocada para o contexto, em geral definido em termos de modos de produção ou conflitos de classes. O contexto determina o pensamento”⁷⁷⁶. Pode-se dizer que a história do direito penal, especialmente aquela que se aproxima da criminologia sociológica, em regra opta por esse caminho de pesquisa. Contudo, entendemos que a exclusiva atenção ao contexto sociopolítico de produção dos conceitos do direito também não é recomendável, pois com isso se ignoram os mecanismos internos ao campo jurídico, a gramática específica de seus discursos⁷⁷⁷. Deve-se, portanto, ponderar entre os dois extremos, considerando dados linguísticos – componentes da linguagem própria da cultura jurídico-penal – e extralinguísticos – sociais, políticos e econômicos – a fim de perceber como os conceitos servem de estratégias para as práticas punitivas. Por isso a história cultural e a história dos conceitos podem ser importantes instrumentos de compreensão do pensamento jurídico-penal.

De toda forma, podemos concluir pela viabilidade da historicização dos conceitos jurídicos. A nossa preocupação é chegar a possíveis caminhos para realizar tal tarefa, enfocando os conceitos criminais, especialmente, no contexto de uma cultura jurídica

⁷⁷³ Alguns exemplos de trabalhos históricos que se utilizam desse tipo de abordagem: CRIPPA, Adolpho (org.). **As Ideias filosóficas no Brasil**. São Paulo: Convívio, 1978. CHACON, Vamireh. **Formação das ciências sociais no Brasil: da Escola do Recife ao código civil**, 2ª. ed. São Paulo: UNESP, 2008. MACHADO NETO, A.L. **História das ideias jurídicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo, 1979.

⁷⁷⁴ CARVALHO, José Murilo de. **História intelectual no Brasil...** p. 124.

⁷⁷⁵ Alguns exemplos: NOGUEIRA, Alcântara. **Conceito ideológico do direito na Escola do Recife**. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 1980. NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927)**, 2ªed. Niterói: UFF, 2012.

⁷⁷⁶ CARVALHO, José Murilo de. **História intelectual no Brasil...** p. 124.

⁷⁷⁷ Vide 2.1.

periférica de um país pós-colonial. Com esse objetivo e depois de apontada a tradição da história intelectual brasileira – que ainda não incorporou totalmente a história conceitual recente – cumpre indicar como a historiografia está realizando esses estudos conceituais. Já o fizemos a partir dos comentários à obra de Michel Foucault, observando o papel relevante dos conceitos na análise empreendida pela arqueogenealogia do poder punitivo. Não obstante, outras duas tradições historiográficas possuem preocupações teóricas semelhantes no que diz respeito à análise dos conceitos, e por isso é interessante trazer à baila a experiência da Escola de Cambridge – ou de Collingwood – e a história dos conceitos alemã – *Begriffsgeschichte*.

Antes, porém, vamos a algumas premissas importantes. A conveniência de se falar dessas duas vertentes historiográficas pode ser explicada como uma tentativa de esboçar um método próprio para a história do direito penal brasileiro. Porém, *não existem teorias ou métodos universais, com princípios firmes, imutáveis e absolutamente obrigatórios*⁷⁷⁸. Portanto, ao trazermos fundamentos da arqueogenealogia e da história dos conceitos, nosso objetivo é subsidiar a construção de um método próprio que, por princípio, deve ser sempre tópico, conformando-se à pesquisa histórica que se quer realizar, ao tema a ser analisado e suas demandas específicas. A ideia é mostrar a utilidade das ferramentas teórico-metodológicas, para que elas possam ser utilizadas concretamente, conforme a conveniência e criatividade do pesquisador. Portanto, partindo dessas premissas, uma história dos conceitos do direito penal brasileiro não pode ser uma mera reprodução dos modelos francês, alemão ou anglo-saxão, porque deve pressupor as contingências histórico-culturais da realidade brasileira⁷⁷⁹.

O próximo item será dedicado à historiografia dos conceitos alemã, a qual oferece uma teoria da história bastante interessante, que pode ser adaptada para explicar alguns dos problemas históricos brasileiros. Contudo, antes disso, parece oportuno tecer algumas considerações sobre o modelo anglo-saxão, enfocando os historiadores Quentin Skinner e John Pocock, ainda que com menos demora. Isso porque acreditamos que, apesar de existirem diferenças sensíveis entre as mencionadas vertentes historiográficas inglesa e alemã, seria possível em alguma medida combiná-las e utilizá-las conjuntamente. Aliás, essa é a opinião de muitos historiadores que têm feito esforços para demonstrar que “não há incompatibilidade entre a história conceitual alemã e a precisão desenvolvida pelos filósofos analíticos de língua

⁷⁷⁸ FEYERABAND, Paul. **Contra o método**, 2ªed. São Paulo: UNESP, 2011, p. 37.

⁷⁷⁹ FERES JR., João. Para uma história conceitual crítica do Brasil: recebendo a *Begriffsgeschichte*. FERES JR., João; JASMIN, Marcelo. **História dos conceitos**: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Loyola, 2007.

inglesa preocupados com a aplicação de sua filosofia da linguagem à história do pensamento político”⁷⁸⁰. Para nós, a abrangência de tal compatibilidade inclui também a obra de Michel Foucault. Tomando-se os devidos cuidados para se evitar contradições teóricas, é possível extrair das três tradições da história dos conceitos as ferramentas necessárias para a análise de conceitos jurídico-penais do discurso criminal brasileiro.

Podemos iniciar a explicação sobre a Escola de Cambridge falando sobre a ênfase declarada desse modelo historiográfico na história do discurso político⁷⁸¹. De antemão, cumpre lembrar que os conceitos jurídico-penais também possuem natureza política, como definidores da estrutura e das práticas do sistema punitivo. Por essa razão, não há nenhum problema na utilização da metodologia dessa escola para a história do direito penal. No mais, é preciso adaptar a metodologia historiográfica para as finalidades exigidas pela pesquisa que se pretende desenvolver, sendo que esse postulado autoriza o historiador criminal a se valer de técnicas que foram criadas originalmente para outros campos do conhecimento. Não há problema em se levar adiante as soluções que se mostraram valiosas na investigação – sempre que houver compatibilidade para isso – a partir de sua instrumentação em domínios diversos da história, estendendo-se assim a utilidade das ferramentas teórico-metodológicas.

Existem dois pressupostos teóricos importantes, para a consolidação da Escola de Cambridge. Em primeiro lugar, é necessário mencionar o papel essencial da teoria histórica de Robin G. Collingwood para esse movimento historiográfico – com uma presença tão marcante que os historiadores dessa linha historiográfica também são conhecidos como adeptos da *abordagem de Collingwood*. Segundo esse historiador inglês, *o objeto próprio da história seria o pensamento*, “não coisas sobre as quais se pensa, mas o ato de pensar mesmo”⁷⁸². Afirma que existe uma dificuldade que deve ser contornada pelo historiador, pois, com a finalidade de compreender o pensamento pretérito, ele deve trabalhar necessariamente *pensando-o no presente*. Por isso, o historiador deve *reviver* o pensamento do passado, que é seu objeto de trabalho, e para isso deve possuir os instrumentos de pesquisa adequados. Nesse sentido, seria necessário recriar o pensamento que se está investigando historicamente por meio de preocupações metodológicas específicas⁷⁸³.

⁷⁸⁰ RICHTER, Melvin. **The History of political and social concepts**: a critical introduction. Oxford: Oxford University press, 1995, p. 141.

⁷⁸¹ POCOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Editora da USP, 2013, p. 23-25.

⁷⁸² COLLINGWOOD, R. G. **Idea de la historia**. Mexico: Fondo de cultura económica, 1952, p. 348.

⁷⁸³ COLLINGWOOD, R. G. **Idea de la historia...** p. 347.

Sob a influência notável de Robin Collingwood, a Escola de Cambridge tem uma preocupação enorme com a contextualização do pensamento, tentando extrair do texto antigo estudado o sentido que o seu autor procurou expressar, sua intenção original. Essa preocupação se reflete por exemplo no que Quentin Skinner denominou de *mitologia da doutrina*, que deve ser evitada a todo custo na pesquisa histórica. Nesse sentido, caso não haja a preocupação com a contextualização devida, seria possível indicar, no texto analisado, a presença de uma ideia que o autor não poderia ter pensado em sua contingência histórica⁷⁸⁴. O erro decorreria de uma tentativa de encontrar no trabalho uma doutrina pré-concebida, que pode não ser adequada ao que diz o autor. Inclusive tal equívoco pode ser agravado pelo fato de as terminologias utilizadas no texto eventualmente possuírem significados diversos daqueles que datam da sua escrita, devido às mudanças na semântica dos conceitos.

Os historiadores da abordagem de Collingwood também se preocupam com a tentativa indevida de resolver as antinomias e incoerências do texto, partindo-se da ideia de que o discurso deve ser harmônico e lógico. Quentin Skinner denominou esse *habitus de mitologia da coerência*, a qual nasce do fato de se ignorar que as ideias expostas no discurso talvez não sejam de fato coerentes ou sistemáticas⁷⁸⁵. Também relacionada à ausência de contextualização, temos a *mitologia da prolepsis*. Segundo Quentin Skinner, os historiadores das ideias costumam antecipar, ao analisar um texto, ideias que somente surgiram após a produção da fonte histórica, fazendo da análise do discurso uma busca pelo significado de eventos futuros, uma antecipação de algo que somente surgiria posteriormente⁷⁸⁶. A permanência dessas mitologias é um grande empecilho para o desenvolvimento da história do discurso. Por isso, como defende a abordagem da Escola de Cambridge, as incoerências devem ser objeto de estudo do historiador, que antes de procurar ocultá-las devem, pelo contrário, destacá-las⁷⁸⁷. Também é necessário compreender o significado do discurso analisado a partir de suas contingências históricas, sem que se procure extrair dele uma antecipação de eventos ou ideias futuras.

As mitologias descritas por Quentin Skinner ainda são bastante comuns nas análises históricas dos discursos criminais. Para esclarecer essa afirmação, façamos uma breve demonstração de como o jurista Tobias Barreto costuma ser *lido* por alguns criminalistas.

⁷⁸⁴ SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I:** regarding method. Cambridge: Cambridge University press, 2002, p. 59-61.

⁷⁸⁵ SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I...** p. 68.

⁷⁸⁶ SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I...** p. 73.

Primeiramente, alguns paradoxos marcantes de sua teoria são amenizados, numa tentativa de conciliar suas graves contradições. Por exemplo, a presença de dados metafísicos ao lado de preceitos do positivismo causalista – que consiste em uma singularidade do pensamento do sergipano – é, por vezes, tratada de forma ligeira, como numa tentativa de mascarar as antinomias originadas desse posicionamento. Também é bastante comum a leitura de suas ideias com um significado absolutamente descontextualizado, como se seu pensamento não estivesse vinculado a uma realidade histórica específica. Podemos notar ainda a tentativa de classificá-lo em determinadas doutrinas, especialmente aquelas relacionadas à Escola clássica e ao positivismo criminológico. Sobre o tema, já afirmamos, em outra oportunidade, que “suas duras e assertivas opiniões o colocavam em uma posição de originalidade, com relação às ideias da época. É difícil (talvez forçoso) tentar classificar Tobias Barreto em uma das duas escolas criminais”⁷⁸⁸. Por fim, as críticas dos trabalhos do sergipano costumam enxergar neles uma antecipação de ideias que lhe sucederiam. Aníbal Bruno, por exemplo, chegou a afirmar que as ideias de Tobias Barreto se assemelham bastante à teoria do determinismo psicológico de Arturo Rocco⁷⁸⁹. Desse modo, destacou o mérito do autor, que teria criado uma tese que, hoje, serve como fundamento para grande corrente jurídico-penal, olvidando-se completamente do fato de que não há nada a indicar que o jurista italiano tomou conhecimento dos textos de Tobias Barreto para fundamentar suas conclusões.

Outra influência marcante da Escola de Cambridge é a da filosofia da linguagem. John Pocock chegou a afirmar que os historiadores demoraram para se aproveitar das inovações surgidas no campo da linguagem⁷⁹⁰ – acrescentamos que, talvez por essa razão, a metodologia da história do discurso demorou a passar por uma renovação. Assim, uma premissa fundamental adotada por esses historiadores é a perspectiva de Wittgenstein, a partir da segunda fase de sua obra, de que o significado dos termos deriva de sua utilização pragmática, pois “a significação de uma palavra é seu uso na linguagem”⁷⁹¹. Além disso, considerou-se também que o processo do uso das palavras é um *jogo de linguagem*, compreendido como “o conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada”⁷⁹². Nesse sentido, o

⁷⁸⁷ Como já visto, essa também é uma preocupação constante no método arqueológico de Michel Foucault. FOUCAULT, Michel. *L'Archéologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969. Vide 4.2.

⁷⁸⁸ SANTOS, Hugo Leonardo R. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 59.

⁷⁸⁹ BRUNO, Aníbal. Tobias Barreto criminalista. BARRETO, Tobias. *Estudos de direito II*. Rio de Janeiro: Record, 1991, p. 272.

⁷⁹⁰ POCOCK, John G. A. *Linguagens do ideário político...* p. 26.

⁷⁹¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova cultural, 1999, p. 43.

⁷⁹² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas...* p. 30.

jogo de linguagem específico do discurso analisado deve ser apreendido pelo historiador, a fim de compreender o contexto linguístico de onde surgem os enunciados.

No discurso criminal é característico o uso de uma linguagem institucional, que pode ser entendida como aquela “empregada por comunidades específicas em seu discurso profissional, articulando suas atividades e as práticas institucionais em que estavam envolvidas”⁷⁹³. Por isso, é preciso aprender as regras do jogo de linguagem próprio do direito penal, a fim de historicizá-lo. Contudo, isso não significa que tal linguagem institucional não possa eventualmente ser utilizada pelo público leigo – algumas vezes inclusive com uma semântica bastante distinta da oficialmente adotada, em regra, atrelada à sua utilização acadêmica. Isso porque a estruturação da linguagem do direito penal decorre de uma questão de *autoridade das elites intelectuais*, mas também reflete “a história de como os grupos leigos se apropriaram de idiomas profissionais para propósitos não profissionais, de como empregaram idiomas de outras fontes”⁷⁹⁴. Considerando o apelo popular dos temas relacionados ao campo criminal, é fácil notar como a linguagem técnica costuma ser apropriada e desconstruída pela imprensa e pela sociedade em geral. Por essa razão, é recomendável a cautela de se estudar os conceitos jurídico-penais com a atenção a peculiaridades e diferenças que podem existir na linguagem utilizada por instituições distintas – por exemplo, as divergências conceituais demonstradas nas práticas policiais e judiciárias – ou mesmo com relação a incongruências entre os profissionais do campo criminal, em sentido amplo, e a *sociedade leiga* – sem esquecermos que o domínio criminal é um importante aspecto do imaginário jurídico⁷⁹⁵.

Ainda falando na grande influência da filosofia da linguagem, um importante marco teórico para a Escola de Cambridge foi a teoria dos *atos de fala*, de John Austin⁷⁹⁶, a ponto de Quentin Skinner ter elaborado um texto somente para a justificativa da utilização dessa teoria e para responder críticas a ela⁷⁹⁷. Segundo John Austin, a linguagem pode ter uma função constativa, ligada à descrição de um dado, mas também teria uma função performativa, existente nos momentos em que a linguagem constitui algo, quando de fato faz alguma coisa, tendo o sentido de ação. Segundo essa tese, a ideia de Wittgenstein de que o sentido das palavras depende de seu uso teria permanecido vaga, exatamente porque não tinha havido um

⁷⁹³ POCKOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Editora da USP, 2013, p. 68.

⁷⁹⁴ POCKOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político...** p. 68.

⁷⁹⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. **A Noção de imaginário jurídico e a história do direito...**

⁷⁹⁶ AUSTIN, John. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University press, 1962.

detalhamento dessa dimensão da linguagem enquanto agir, uma preocupação com o sentido performático da linguagem. Os atos de fala, por isso, teriam diversas funcionalidades além da locucionária, ligada à função constatativa ou descritiva. Uma dessas funcionalidades seria a constitutiva, de fazer algo, a qual John Austin denominou de *ato ilocucionário*. “Para poder determinar que ato ilocucionário está em questão, temos que nos perguntar como o ato ilocucionário é usado, isto é, se para informar, levantar uma questão, exprimir uma intenção, fazer um juízo, apelar, ameaçar, etc”⁷⁹⁸. Teríamos ainda uma terceira dimensão, denominada de *ato perlocucionário*, que significaria um efeito de persuasão, “provocar, por meio de expressões linguísticas, certos efeitos nos sentimentos, pensamentos e ações de outras pessoas”⁷⁹⁹. Não obstante, as funções constatativa e performativa podem ser diferenciadas, concretamente, ambas estão intrinsecamente ligadas, pois existe uma *pluridimensionalidade dos atos de fala*. Assim, o ato de fala é, ao mesmo tempo, constatativo e performático. Conforme John Austin ensinou, “tão logo constatarmos que o que temos de estudar não é a sentença, mas o tema da elocução em uma situação discursiva, dificilmente subsistirá por muito tempo a possibilidade de não se perceber que *declarar é realizar uma ação*”⁸⁰⁰.

Por essa razão, a compreensão da linguagem utilizada nos atos de fala significa o entendimento do contexto linguístico que deve ser apreendido pelo historiador. Assim, conforme o modelo de história do discurso propugnado por John Pocock, a preocupação do pesquisador deve se focar na “relação entre as várias linguagens políticas que, no seu confronto sincrônico, conformam a tessitura linguística (*langue*) na qual as diversas *performances (parole)* se tornam possíveis e inteligíveis”⁸⁰¹. O historiador deve preocupar-se com a compreensão das várias linguagens instrumentalizadas no discurso, deve saber escutar os idiomas gerados pela retórica do discurso⁸⁰². Desse modo, a história do discurso abarcaria tanto a temporalidade factual, a partir do estudo dos atos de fala, como também a temporalidade estrutural, por meio da própria linguagem. A longa duração somente seria objeto de estudo quando fosse verbalizada no discurso⁸⁰³.

⁷⁹⁷ SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I: regarding method**. Cambridge: Cambridge University press, 2002.

⁷⁹⁸ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**, 3ªed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 158.

⁷⁹⁹ OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática...** p. 159-160.

⁸⁰⁰ AUSTIN, John. **How to do things with words...** p. 138, grifamos.

⁸⁰¹ JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 20, n. 57. São Paulo: ANPOCS, 2005, p. 29, grifos no original.

⁸⁰² POCOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político...** p. 69-10.

⁸⁰³ POCOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político...** p. 66.

Existem algumas críticas a essa utilização da teoria dos atos de fala na história do discurso vinculada à Escola de Cambridge. A primeira delas já foi comentada⁸⁰⁴ e corresponde à opinião incisiva de Michel Foucault que, em sua metodologia da arqueogenealogia, negou a possibilidade de que o enunciado fosse um ato de fala. Isso porque os enunciados derivam de práticas institucionais pertencentes a um domínio, considerando que se agregam para constituir os saberes. O que significa, ainda segundo o autor francês, que os enunciados não poderiam ser atos discursivos cotidianos. No mais, Michel Foucault também não se preocupou com “o modo como o ouvinte compreende o ato do discurso”⁸⁰⁵, acreditando que isso não seria relevante para o estudo do discurso. Outra crítica importante foi apresentada por João Feres Júnior, que afirmou, referindo-se especificamente à Quentin Skinner, que toda a sua metodologia era assentada sobre um erro, pois teria assumido que não haveria diferenças entre as comunicações orais e textuais, adotando assim a premissa de que “uma teoria desenhada para a análise dos atos de fala pode ser simplesmente aplicada, sem maiores adaptações, à interpretação dos textos”⁸⁰⁶. Acreditamos que essa crítica poderia ser estendida também para a obra de John Pocock.

Outra consequência da utilização da teoria dos atos de fala foi a enorme preocupação em identificar qual teria sido a *intenção do autor*, ao se valer de certas afirmações em seus textos históricos⁸⁰⁷. A justificativa para isso é a premissa de que a análise do texto pode mascarar as intenções do autor, que muitas vezes se utiliza de estratégias retóricas⁸⁰⁸. É bom que se frise que essa ênfase em aspectos subjetivos, relacionados com a intenção do autor do texto, tinha a finalidade metodológica louvável de impedir interpretações que estivessem desconectadas com aquilo que o autor realmente poderia ter pensado ou desejado ao escrever o texto, evitando-se assim significações incoerentes da fonte histórica⁸⁰⁹. Contudo, Quentin Skinner recebeu várias críticas por esse posicionamento, o que o fez relativizar a concepção subjetivista⁸¹⁰. Conforme explicado por João Feres Júnior, o historiador inglês parece ter

⁸⁰⁴ Vide 4.2.

⁸⁰⁵ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**, 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 60.

⁸⁰⁶ FERES JR., João. De Cambridge para o mundo, historicamente: revendo a contribuição metodológica de Quentin Skinner. **Dados: revista de ciências sociais**, v. 48, n. 3. Rio de Janeiro: UERJ, 2005, p. 657.

⁸⁰⁷ SKINNER, Quentin. **Meaning and understanding in the history of ideas...** p. 77-78.

⁸⁰⁸ SKINNER, Quentin. **Visions of politics**, v. I... p. 80-82.

⁸⁰⁹ POCOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político...** p. 28.

⁸¹⁰ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Direito e liberdade: algumas considerações acerca de uma abordagem atenta à historicidade dos conceitos. ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Júnior**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 923.

percebido que a defesa do resgate da intencionalidade do autor *soava um pouco extremada*⁸¹¹, principalmente em razão das críticas que se faziam contra esse tipo de pesquisa – como, por exemplo, a *morte do autor* defendida por Michel Foucault⁸¹². Por essa razão, passou a defender que “a compreensão da intenção autoral advém do conhecimento das convenções linguísticas que historicamente contextualizam o texto. Essas convenções *fechariam* o rol de significados que o texto pode ter tido”⁸¹³. Nesse sentido, o texto nunca seria suficiente para indicar o significado do que foi dito, seria necessário sempre observar o seu contexto.

De toda forma, colocando de lado, por hora, as críticas à Escola de Cambridge, poderíamos afirmar que o seu postulado central é focar o estudo histórico no contexto de surgimento das ideias e não nas ideias em si mesmas. Conforme Quentin Skinner frisou, é essencial “levar em conta o contexto intelectual em que foram concebidos os textos (...) Pois é evidente que a natureza e os limites do vocabulário normativo disponível em qualquer época dada também contribuirão para determinar as vias pelas quais certas questões em particular virão a ser identificadas e discutidas. Tentei, assim, escrever uma história menos concentrada nos clássicos e mais na *história das ideologias*, tendo por objetivo *construir um quadro geral no qual possam ser situados os textos dos teóricos proeminentes da política*”⁸¹⁴.

Com isso, podemos notar que a abordagem de Collingwood consiste num esforço de superar a metodologia da história das ideias tradicional – que na verdade é uma anti-história, por considerar os conceitos como imanentes, ideias acabadas, e, portanto, imutáveis. Nesse sentido, são compreensíveis as críticas empreendidas, por esses autores, ao método da história das ideias defendido pelo historiador norte-americano Arthur Lovejoy. Segundo esse influente pesquisador, haveria *ideias-unidade* que deveriam ser buscadas pelo trabalho histórico. Tais ideias primárias seriam menos numerosas do que se pode imaginar, repetindo-se de tempos e tempos com novos argumentos que lhes dão inéditas roupagens. Com essa concepção, defendeu que “a aparente novidade de muitos sistemas se deve apenas à novidade na aplicação ou na ordenação dos antigos elementos que os compõem”⁸¹⁵. Por isso, a história das ideias deveria se prender a permanências, representadas pelas ideias matrizes, desprezando eventuais alterações que seriam tão-somente aparentes. A essência das ideias –

⁸¹¹ FERES JR., João. **De Cambridge para o mundo, historicamente...** p. 661.

⁸¹² FOUCAULT, Michel. **Ditos & escritos, v. III: estética**, 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 264-298.

⁸¹³ FERES JR., João. **De Cambridge para o mundo, historicamente...** p. 661, grifos no original.

⁸¹⁴ SKINNER, Quentin. **As Fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 1996, p. 11, com grifos nossos.

⁸¹⁵ LOVEJOY, Arthur O. **A Grande cadeia do ser: um estudo da história de uma ideia**. São Paulo: Palíndromo, 2005, p. 14.

correspondente às ideias-unidades – seria imanente, estando fora de um processo histórico. Por essa razão, pouco importaria o contexto de surgimento das ideias, que por isso seria menosprezado, na pesquisa histórica.

Não obstante, independentemente da denominação ou modelo que se adote, qualquer historiografia do discurso ou pensamento com maiores preocupações epistemológicas é contrária a essa premissa de que os conceitos são acabados e imutáveis. Nesse sentido, a história cultural tem mais semelhança com o constante devir de Heráclito, que com o ser estático, de Parmênides. Os exemplos dessa tendência são vários. Desde os *annalistes*, representados por Lucien Febvre – que já combatera ferozmente o método obsoleto das *ideias desencarnadas*⁸¹⁶ – até Michel Foucault – que justificou seus fundamentos teórico-metodológicos na necessidade de uma história do pensamento que realçasse a ruptura e as mudanças, que expusesse a complexidade da formação conceitual, afastando-se de visões reducionistas. Também Quentin Skinner se mostrou contrário à concepção de abstrair as ideias de seu contexto, para a busca das ideias-síntese. Explicou que não se pode negar a existência de algumas ideias de longa-duração, com uma longa continuidade semântica. Contudo, *a história do discurso não poderia se estruturar em torno dessas continuidades*. Por isso, segundo o historiador, a única história das ideias possível é a de seus usos na argumentação⁸¹⁷.

Poderíamos afirmar com segurança que a preocupação com a contextualização das ideias, característica da Escola de Cambridge, é necessária no campo do discurso criminal. Ainda que esse movimento historiográfico tenha se ocupado mais especificamente do discurso político, isso não obsta o seu aproveitamento nesse outro campo específico, podendo sua metodologia ser utilizada perfeitamente na história do direito penal – mesmo porque a doutrina penal não deixa de ser também uma teoria política do poder de punir. Aliás, é nítida a carência de estudos históricos dessa natureza, no domínio do direito criminal. Até mesmo Cesare Beccaria – autor de incomensurável importância para o desenvolvimento dos conceitos jurídico-penais – por vezes é estudado sem uma preocupação maior com as circunstâncias sociopolíticas de sua época, suas ideias sendo tratadas como se estivessem desapegadas de um tempo histórico específico. Por essa razão, estudos históricos que contextualizam as obras analisadas não deixam de ser inusitados, na história criminal

⁸¹⁶ FEBVRE, Lucien. **Leur histoire et la notre...**

⁸¹⁷ SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I...** p. 85-86.

brasileira, que parece ainda se pautar pelo velho modelo da *história das ideias desencarnadas*⁸¹⁸.

Explicados os principais fundamentos da Escola de Cambridge, resta observar de que forma ela estaria conectada com uma historiografia dos conceitos. E essa questão não é pacífica, vez que existem muitos historiadores, dentre os que adotam a abordagem de Collingwood, que criticam a possibilidade de uma historiografia especificamente focada nos conceitos. Outros, porém, não somente aceitam essa possibilidade como afirmam que em certa medida a *Begriffsgeschichte* e a Escola de Cambridge podem ser vistas como compatíveis e mesmo complementares. Como veremos no próximo item, a história dos conceitos alemã tem algumas peculiaridades, em comparação ao modelo historiográfico inglês, como por exemplo o desenvolvimento de uma específica teoria da história (*Historik*) e o foco na longa duração, por meio da observação da alteração dos conceitos durante largos períodos temporais. Somente por isso, já haveria algumas distinções importantes entre os dois modelos. Nesse momento, entretanto, é conveniente mostrar as razões pelas quais entendemos que haveria uma compatibilidade entre as duas escolas, para que mais à frente seja possível compreender por que os trabalhos de história do direito penal poderiam se utilizar de técnicas de pesquisa de ambas as vertentes historiográficas.

Inicialmente, vamos analisar a posição contrária à historiografia dos conceitos, postura assumida por aqueles que defendem a sua inviabilidade epistemológica. Faremos isso por meio dos argumentos de John Pocock, um grande crítico da *Begriffsgeschichte*. Segundo esse historiador inglês, a história do discurso político teria como objeto as várias linguagens utilizadas nesse campo, e não os conceitos. Essas linguagens seriam estruturas complexas que abrangem “um vocabulário, uma gramática, uma retórica e um conjunto de usos, pressupostos e implicações, que existem juntos no tempo e são empregáveis por uma comunidade semi-específica de usuários de linguagem para propósitos políticos”⁸¹⁹. Por essa razão, não é fácil isolar um conceito da linguagem, destacá-lo do discurso do qual faz parte. Ainda que isso seja possível com grande esforço, talvez não haja utilidade nesse empreendimento, porque os conceitos isolados não representariam mais o discurso, não seriam mais entendidos como um

⁸¹⁸ Poderíamos citar, como exemplos de trabalhos que se preocupam com uma contextualização histórica do autor milanês, ainda que não utilizando especificamente a metodologia comentada acima: FREITAS, Ricardo. **Razão & sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001; e CASTRO, Alexander de. *Cesare Beccaria e o direito penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca*. DAL RI JÚNIOR, Arno et ali (orgs.). **Iluminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

corolário de sua complexidade⁸²⁰. Por isso, os conceitos terminariam por ser reificados, tratados como coisas, e a partir daí voltariamos ao tão contestado modelo antigo da história das ideias, baseado em uma visão estática do pensamento. No mais, a teoria da história de Reinhart Koselleck não seria perfeitamente adaptável à realidade inglesa – especialmente no que pertine à aceleração do tempo, com o advento da modernidade, e à ideia do *Sattelzeit*, um período propício para a formação dos conceitos sociais fundamentais.

Ousamos discordar do historiador inglês. Com exceção da última crítica, parece que seus argumentos carecem de fundamentos sólidos. De fato, a teoria histórica contida na história dos conceitos foi criada para a realidade social alemã e, por isso, deve ser devidamente adaptada a fim de que possa ser utilizada em outros contextos socioculturais. Assim, a premissa teórica do *Sattelzeit* deve ser relativizada, conforme veremos no próximo item. Não obstante, a negativa com relação ao papel desempenhado pelos conceitos parece-nos exagerada. Isso porque a linguagem é constituída por disputas semânticas. Logo, certos termos com significados historicamente construídos tornam-se estruturais na *langue*.

Parece que a crítica à história dos conceitos contradiz a própria teoria de John Pocock, pois a performance desempenhada pelos atores históricos depende de uma semântica utilizada em sua retórica discursiva. Conforme o autor já sublinhou, “precisamos tanto da morfologia da *langue* quanto da dinâmica da *parole*”⁸²¹, afirmação que vai ao encontro da consideração da historicidade dos conceitos. Nem mesmo a teoria dos atos de fala, utilizada pelo autor, seria contrária às teses de fundo da história dos conceitos alemã, pois o sentido locutório dos atos – fruto de um consenso intersubjetivo de significados dos termos e de sua utilização social – sempre subsistirá, inclusive, por meio da semântica conceitual – ainda que eventualmente possa ser subvertido pelas funções ilocutória e perlocutória dos atos linguísticos. Parece-nos, portanto, que a concepção de John Pocock é bastante assemelhada aos fundamentos da *Begriffsgeschichte*, ao contrário do que o próprio historiador afirma. Com a mesma opinião de que seria possível compatibilizar a historiografia de John Pocock e a história dos conceitos alemã, Melvin Richter afirmou que o autor defendeu a necessidade de identificação de linguagens na história do discurso e por isso diversas vezes chamou a atenção para a existência de *paradigmas*, *vocabulários*, *retóricas* e *discursos*. “Cada um deles acarreta um conjunto de convenções linguísticas impondo restrições sobre como a política poderia ser

⁸¹⁹ POCOCK, John G. A. Conceitos e discursos: uma diferença cultural? JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Loyola, 2006, p. 83-84.

⁸²⁰ POCOCK, John G. A. **Conceitos e discursos**... p. 88.

⁸²¹ POCOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político**... p. 77.

conceitualizada, e sobre os modos pelos quais suas instituições e práticas podem ser legitimados”⁸²². Parece-nos, inclusive, que as críticas de John Pocock teriam origem mais em disputas acadêmicas que em diferenças epistemológicas profundas.

De outro lado, colocam-se aqueles historiadores que defendem a possibilidade de aproximar as vertentes historiográficas, entendendo que isso seria proveitoso para o desenvolvimento dos instrumentos da história conceitual, que poderiam ser utilizados por pesquisas ligadas a ambas as escolas. Nesse sentido, o próprio Quentin Skinner parece ter mudado sua opinião a respeito da possibilidade de aproximação das abordagens. Inicialmente, duvidava da possibilidade de uma história focada no estudo dos conceitos. Porém, posteriormente reviu seu entendimento e chegou mesmo a afirmar que aquilo que vinha sendo feito na Escola de Cambridge era uma espécie de história conceitual, ainda que com maior ênfase nos argumentos e discursos políticos⁸²³. Segundo o próprio autor, ele teria demorado a tomar conhecimento da história dos conceitos alemã e talvez por isso não tenha compreendido rapidamente as suas propostas⁸²⁴. Entretanto, afirmou que sua visão histórica seria bastante assemelhada a de Reinhart Koselleck, no sentido de defender a premissa de que há mudanças conceituais ao longo da história e da necessidade de fazer delas seu objeto de pesquisa⁸²⁵.

Não obstante, existem algumas diferenças entre os dois modelos, que o autor fez questão de ressaltar. Primeiro, explicou que sua escrita da história está mais preocupada com a performance dos atos de fala relacionados ao discurso político e, por isso, teria uma nítida *perspectiva retórica*, no sentido de que a historicização dos conceitos desenvolvida estaria à serviço da compreensão de debates ideológicos. Além disso, muito diferente do que fez Reinhart Koselleck, o historiador inglês não teria preocupações de elaborar uma teoria das mudanças políticas e sociais – afirmou, inclusive, que desconfia dessas teses –tampouco de desenvolver pesquisas históricas tendo como objeto períodos de longa duração. Em síntese, Quentin Skinner está mais preocupado em identificar um *vocabulário normativo* que possa ser utilizado para *encorajar ou modificar os atos de fala políticos*⁸²⁶.

Não há nenhum espanto na constatação da existência de algumas diferenças entre os modelos comentados de história dos conceitos, era mesmo de se esperar que surgissem

⁸²² RICHTER, Melvin. **The History of political and social concepts...** p. 127.

⁸²³ JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João. **História dos conceitos...** p. 32-33.

⁸²⁴ SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I: regarding method.** Cambridge: Cambridge University press, 2002, p. 177.

⁸²⁵ SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I...** p. 178.

⁸²⁶ SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I...** p. 177-180.

distinções. Não obstante, cumpre reconhecer que existem preocupações historiográficas comuns entre as duas perspectivas⁸²⁷ – como será melhor demonstrado mais à frente, quando explicarmos mais detidamente a *Begriffsgeschichte*. Por isso, acreditamos que as especificidades não impossibilitam uma aproximação efetiva entre as abordagens, que poderiam se auxiliar mutuamente com suas técnicas e metodologias. De nossa parte, vale a preocupação em aproveitar o máximo possível dessas experiências historiográficas, adaptando suas premissas teóricas e epistemológicas visando ao aprimoramento do estudo histórico dos conceitos jurídico-penais no contexto cultural brasileiro. Em seguida, observaremos com mais detalhes os preceitos específicos da história dos conceitos alemã.

5.2 A TEMPORALIDADE DOS CONCEITOS JURÍDICO-PENAI: ENTRE EXPERIÊNCIA E EXPECTATIVA

Sem conceitos comuns não pode haver uma sociedade e, sobretudo, não pode haver unidade de ação política. Por outro lado, os conceitos fundamentam-se em sistemas político-sociais que são, de longe, mais complexos do que faz supor sua compreensão como comunidades linguísticas organizadas sob determinados conceitos-chave⁸²⁸.

Talvez o traço marcante da história dos conceitos proposta por Reinhart Koselleck, que a diferencia dos demais modelos de historiografia conceitual, seja a ideia de que seria necessário tomar como fundamento uma teoria da história para explicar a transição da modernidade e os processos de formação dos conceitos. Como deixou bem claro o autor, “a história dos conceitos, como a empreendemos aqui, não pode funcionar sem uma teoria dos tempos históricos”⁸²⁹. O audacioso projeto – desenvolvido a partir da década de 1960 por Koselleck e os historiadores alemães Werner Conze, Otto Brunner e Günther Ipsen – de historiar os conceitos fundamentais da formação social e política alemã (*geschichtliche Grundbegriffe*) certamente não teria tido sucesso, caso não fosse acompanhado de uma teoria

⁸²⁷ RICHTER, Melvin. **The History of political and social concepts...** p. 125.

⁸²⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 110.

⁸²⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo: estudos sobre história**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 280.

histórica que lhe desse uma fundamentação. Por essa razão, esse empreendimento pode ser considerado como uma bem-sucedida tentativa de renovação dos estudos históricos e da linguagem⁸³⁰.

Por outro lado, de certa maneira a teoria da história professada por Reinhart Koselleck pode ser considerada um alvo constante de críticas contundentes – como as de Quentin Skinner, comentadas acima – sendo um ponto controvertido na estruturação da história dos conceitos. Por essa razão, para uma verificação da aplicabilidade da história conceitual crítica na realidade brasileira, cumpre verificar se esse modelo teórico se coaduna com nossas contingências socioculturais ou mesmo se poderia ser adaptado para os parâmetros da história brasileira. Isso significa que as noções de aceleração do tempo e de fratura entre espaço de experiência e horizonte de expectativas – que seriam características da modernidade, segundo Reinhart Koselleck – não podem ser naturalizadas, interpretadas como realidades ontológicas. Essas categorias devem ser entendidas “como resultados da pesquisa empreendida na *geschichtliche Grundbegriffe*, e não como problemas cruciais do presente que justificariam a escolha obrigatória do *Sattelzeit* como objeto da empreitada”⁸³¹.

Iniciemos os comentários sobre a teoria da história de Reinhart Koselleck. Segundo esse autor, a modernidade seria caracterizada por uma mudança na concepção de mundo, que passou a se pautar por critérios diversos dos utilizados pela religião. O novo *Zeitgeist* buscava os seus fundamentos em pressupostos da razão, abandonando o primado da religião sobre os destinos dos homens. Isso significa que a modernidade transformou as balizas que definem a sociedade, ainda que seja possível verificar nos tempos hodiernos resquícios de um pensamento teológico. Em outras palavras, a secularização separou o cristianismo da razão constitutiva da sociedade, mas manteve parte da herança cristã⁸³². Nesse sentido, Nelson Saldanha lembrou que “a racionalização, que é um lado da secularização e que substitui o modo teológico de pensar por uma série de esquemas novos (ligados inclusive a uma realidade histórica nova), não elimina de todo os componentes teológicos anteriormente dominantes”⁸³³.

⁸³⁰ OLSEN, Niklas. **History in the plural**: na introduction to the work of Reinhart Koselleck. Oxford: Berghahn, 2012, p. 168.

⁸³¹ FERES JR., João. **Para uma história conceitual crítica do Brasil...** p. 110.

⁸³² KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 180.

⁸³³ SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico, 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 8.

Essa ideia de *secularização* – ou *mundanização* – já havia sido suscitada por outros autores, dentre eles Max Weber⁸³⁴. Entretanto, as maiores influências de Reinhart Koselleck para o desenvolvimento desse raciocínio foram Carl Schmitt e Karl Löwith. Para o primeiro deles “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são *conceitos teológicos secularizados*. Não somente de acordo com seu desenvolvimento histórico, porque ele foi transferido da teologia para a teoria do Estado, à medida que o Deus onipotente tornou-se o legislador onipotente, mas, também, na sua estrutura sistemática”⁸³⁵. Segundo a *teologia política* de Carl Schmitt, a modernidade tinha mais do pensamento tradicional e menos de racionalidade do que se supunha. Também Karl Löwith acreditava que a crença no progresso e na história, conceitos inaugurados pela modernidade, seriam um sintoma claro da substituição da fé cristã por novos ídolos da razão. Isso, porque “a sobrevalorização moderna da história secular como o palco do destino do homem é um produto de nossa alienação da teologia natural da Antiguidade e da teologia sobrenatural do Cristianismo. É estranha à sabedoria e à fé”⁸³⁶.

A concepção de Reinhart Koselleck de que *a escatologia se transformou modernamente em utopia*, portanto, é bastante assemelhada a dos dois autores acima referidos. Ele também entendia que a filosofia da história e a ideia de progresso passariam, a partir da inauguração da modernidade, a ditar os rumos da sociedade, muito embora ainda seja possível observar formas de pensar ligadas à teologia na razão moderna. Nesse sentido, na sua tese de doutoramento, afirmou que no processo de secularização “a escatologia foi transposta para uma história progressista. Nossa investigação, porém, mostrará que os elementos do juízo divino e do juízo final também passam a ser aplicados, consciente e deliberadamente, à própria história”⁸³⁷. Não obstante, é importante lembrar que esse historiador não chegou a conclusões extremas a partir desse raciocínio e, por isso, não teceu críticas radicais à modernidade, deixando de entender suas ideias como *inferiores* ou *ilegítimas*. Assim, não rejeitou inteiramente o iluminismo, ao contrário do que fizeram Karl Löwith e Carl Schmitt. Também não propôs uma espécie de *retorno ao antigo*, uma elegia a perspectivas anteriores ao modernismo, ao contrário dos dois escritores que lhe serviram de influência⁸³⁸. Essas pequenas divergências não são suficientes para se negar a grande identificação da teoria

⁸³⁴ Veja-se o conceito weberiano de *desencantamento do mundo*, segundo o qual os fundamentos mágicos e místicos teriam sido revalorizados com base em uma concepção racional. WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2004, p. 106.

⁸³⁵ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35, grifamos.

⁸³⁶ LÖWITH, Karl. **O Sentido da história**. Lisboa: Edições 70, 1991, p. 194.

⁸³⁷ KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 14-15.

desenvolvida por Reinhart Koselleck com a obra de Karl Löwith e Carl Schmitt. Por essa razão, é fácil compreender as razões pelas quais alguns autores que discordam frontalmente dessa ideia de secularização terminaram chegando a conclusões bastante diversas sobre o processo de formação dos conceitos – como Hans Blumenberg, que será estudado no próximo item.

Um outro dado interessante é que Reinhart Koselleck parece ter ficado mais crédulo com relação à legitimidade da racionalidade moderna, ao longo do desenvolvimento de sua obra. Segundo João Feres Júnior, o autor teria mudado do *pessimismo* para o *cientificismo cético*⁸³⁹. Isso porque em seu primeiro trabalho, *Crítica e crise*, fizera ressalvas bastante contundentes quanto à formação social moderna e à sedimentação das ideias iluministas, acreditando que *o racionalismo excessivo poderia resultar em exageradas utopias*⁸⁴⁰. Nesse sentido, afirmou que “a estrutura política do Estado absolutista e o desenvolvimento do utopismo são um processo complexo, no qual se inicia a crise política do presente”⁸⁴¹. Contudo, depois do projeto de historiografia dos conceitos fundamentais, o autor parece ter adotado a premissa da aceleração do tempo, trazida pela modernidade, como um pressuposto teórico para a estruturação do conhecimento histórico. Lançou-se numa empreitada pela elaboração de uma teoria da história (*Historik*), que definiu como “debater as condições de possibilidade das histórias, levando em conta as aporias da finitude do homem em sua temporalidade”⁸⁴². Inclusive, poderíamos apontar essa confiança na razão como uma grande diferença entre o seu modelo histórico e o de Michel Foucault, já que esse autor último, com base em Friedrich Nietzsche, sempre desconfiou das contingências da racionalidade, acreditando que ela seria construída em função de saberes moldados por meio de práticas específicas, sendo definido pelo exercício do poder.

Segundo Reinhart Koselleck, o tempo costuma ser pensado pelos historiadores de duas formas contrapostas, ora sendo considerado de forma linear, ora circular ou recorrente. Entretanto, ambos os modelos seriam insuficientes, considerando que a experiência histórica contempla a singularidade do tempo – e, portanto, sua linearidade – mas também estruturas de repetição – decorrentes de uma visão circular do tempo. Em outras palavras, seria necessário

⁸³⁸ OLSEN, Niklas. **History in the plural...** p. 53.

⁸³⁹ FERES JR., João. De olho nas pesquisas futuras: as camadas teóricas da história dos conceitos. FERES JR., João (org.). **Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 469.

⁸⁴⁰ FERES JR., João. **De olho nas pesquisas futuras...** p. 468.

⁸⁴¹ KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise...** p. 17.

relativizar essa dicotomia, que é artificial, entendendo que a experiência histórica se dá por estratos do tempo, como que por camadas sobrepostas. A utilização dessa metáfora como uma orientação para o tempo histórico “permite separar analiticamente os diversos planos temporais em que as pessoas se movimentam, os acontecimentos se desenrolam e os pressupostos de duração mais longa são investigados”⁸⁴³. Conforme explicado pelo autor, é possível verificar singularidades e recorrências que são intrinsecamente vinculadas. Por exemplo, os atos de fala são por natureza singularidades, mas estão assentados na linguagem, que somente é modificada lentamente e deve, por isso, ser entendida como uma recorrência. De onde se conclui que, ao estudar os atos de fala, deparamo-nos ao mesmo tempo com continuidades e singularidades. Também no direito ocorre algo semelhante, pois o campo jurídico trabalha com as especificidades do caso concreto – as quais podem ser vistas como singularidades – porém, considerando-as com base nas recorrências contempladas pelas normas generalizantes⁸⁴⁴.

Há tempos históricos que transcendem a experiência de uma geração e, por isso, são recebidos como fenômenos de repetição por indivíduos que não o presenciaram⁸⁴⁵. Isso é bastante comum no direito, porque as mentalidades são ainda mais lentas nesse domínio no qual as mudanças mais significativas demoram bastante a ocorrer⁸⁴⁶. Assim, as singularidades são baseadas em repetições, experiências que transcenderam seu tempo. É o que ocorre com a experiência de séculos da utilização maciça da pena de prisão, que se tornou quase sinônima da solução penal. Mesmo com todas as críticas que foram feitas a essa política criminal⁸⁴⁷, é inevitável que toda a carga cultural decorrente da sua aplicação pelos sistemas punitivos e de sua internalização na mentalidade da sociedade transcenda o passado, surtindo efeitos sensíveis no presente. Talvez por essa razão a prisão continue sendo utilizada em larga escala,

⁸⁴² KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 92.

⁸⁴³ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 19.

⁸⁴⁴ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**... p. 22.

⁸⁴⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**... p. 24-25.

⁸⁴⁶ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**... p. 332.

⁸⁴⁷ E aqui não seria conveniente repetir os diversos argumentos utilizados por essas críticas, relacionados à ineficácia, seletividade punitiva, agravamento da violência, entre muitos outros problemas decorrentes do encarceramento. Existe farta bibliografia a respeito do tema. Somente para citar um exemplo dentre os trabalhos criminológicos da vertente abolicionista: HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.

contrariando os prognósticos mais otimistas das décadas de 1960 e 1970 que vislumbravam a sua extinção próxima. A experiência prevaleceu sobre a expectativa⁸⁴⁸.

A ideia dos extratos do tempo também seria de enorme utilidade na teoria da história, porque possui a “capacidade de medir diferentes velocidades, acelerações ou atrasos, tornando visíveis os diferentes modos de mudança, que exibem uma grande complexidade temporal”⁸⁴⁹. Assim, por meio dessa ferramenta teórica seria possível identificar as velocidades do tempo a partir da verificação dos estratos de temporalidade. Cumpre lembrar que o tempo histórico tem um ritmo diferente do tempo da natureza, não é referenciado somente na cronologia de eventos naturais⁸⁵⁰. A premissa do historiador alemão é a de que o processo de secularização e a modernidade teriam acelerado o tempo histórico. A expectativa escatológica do fim do mundo, de base cristã, transformou-se em esperança no futuro com a laicização da sociedade⁸⁵¹. O progresso, com sua noção de crença no futuro, deriva justamente desse processo de modernização. A aceleração do tempo foi maximizada pelas experiências cotidianas: as rápidas transformações políticas após o século XVII, as modificações no trabalho decorrentes da revolução industrial, entre outros fatores, terminaram dando à temporalidade uma enorme velocidade. A tal ponto, que Reinhart Koselleck chega a questionar sobre a eventual saturação dessa aceleração⁸⁵².

Para observar esses estratos do tempo, o autor propôs a utilização de duas categorias *meta-históricas*, o *espaço de experiência* e o *horizonte de expectativas*, as quais seriam importantes para a observação do tempo histórico porque possibilitam um entrelaçamento entre futuro e passado⁸⁵³. Tais referenciais trazem para a pesquisa histórica um elevado grau de generalização. Ainda assim, são imprescindíveis para a observação das temporalidades⁸⁵⁴. Poderíamos entender o espaço de experiência como o passado que se faz presente, que transcende o seu tempo, a tradição cultural que remete ao passado que persiste na atualidade. Contudo, a experiência não é imutável, pois podem ocorrer alterações na forma como consideramos o passado. De outro lado, o horizonte de expectativas é o futuro que se faz presente por meio da antecipação de suas consequências, da visualização da certeza ou grande

⁸⁴⁸ Pela mesma razão, soluções desencarceradoras, como a justiça restaurativa, costumam encontrar sérias resistências no campo jurídico-penal.

⁸⁴⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo...** p. 22.

⁸⁵⁰ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 122.

⁸⁵¹ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo...** p. 177.

⁸⁵² KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo...** p. 184 e 187.

⁸⁵³ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 308.

⁸⁵⁴ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado.....** p. 307.

probabilidade de sua ocorrência. Existe uma tensão evidente entre esses dois polos, que não são equivalentes, mas interdependentes e complementares. Assim, a ideia de futuro depende da tradição, enquanto a experiência também é condicionada pelas expectativas.

A consideração dessas categorias no estudo da história é impactante. Ao estabelecer a utilização desses dados meta-históricos, Reinhart Koselleck definiu os marcos de um modelo diacrônico do tempo segundo o qual passado e futuro se conectam no tempo atual, na forma de tradição e expectativas. Ambos se condicionam mutuamente, pois a ideia de futuro depende da experiência e, de outro lado, a tradição mantém uma conexão com as expectativas. Veja-se sobre o tema a lição de Rui Cunha Martins, lembrando que “ao estabelecer que o sujeito histórico está permanentemente situado entre um campo de experiência e um horizonte de expectativa, a modernidade fixa uma temporalidade de tração atrás. A expectativa é possível, mas embraia, por definição, na experiência. A mola que despoleta a ação está assente num capital acumulado de histórias. Só há horizonte se houver percurso. A expectativa merece-se. Por consequência, *só está aberto o futuro para um presente que saiba previamente reconhecer os futuros, cumpridos e incumpridos, do seu próprio passado*”⁸⁵⁵. Por essa razão, devido à forma com que se apresentam esses indicadores, existem períodos históricos em que o futuro parece atrelado ao passado, bem como tempos em que o futuro parece ter se fundido ao presente⁸⁵⁶.

Segundo Reinhart Koselleck, a modernidade se caracteriza pela aceleração do tempo, que implica a abreviação do espaço de experiência e a antecipação das expectativas, que se tornam atuais. Impulsionado pela ideia de progresso, o futuro se faz presente, dando forma à modernidade. Por isso, não é possível compreender o advento do tempo moderno sem o entendimento das configurações de expectativa e experiência, as quais tomaram uma forma inédita, definindo a nova temporalidade. Conforme bem resumido por Paul Ricoeur, essa transição poderia ser explicada pela observação de três temas destacados na obra de Reinhart Koselleck. Por isso, “a crença de que a época presente abre sobre o futuro a perspectiva de uma *novidade* sem precedente; em seguida, a crença de que a mudança para melhor se acelera; e, por fim, a crença de que todos os homens são cada vez mais capazes de *fazer* sua história”⁸⁵⁷. Com essas características, surgiu uma nova configuração das expectativas,

⁸⁵⁵ MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35-36, grifamos.

⁸⁵⁶ BARROS, José D’Assunção. **Teoria da história, vol. IV**: uma nova proposta para a teoria da história. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 282.

⁸⁵⁷ RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa, v. 3**. Campinas: Papyrus, 1997, p. 363.

modificando a experiência passada que restou diminuída e relativizada. Segundo o historiador François Hartog, esse distanciamento entre o espaço de experiência e o horizonte de expectativas deu origem a um novo *regime de historicidade*, segundo o qual o *telos*, representado pelo futuro que se projeta no presente, definiu uma nova relação com o passado: a experiência foi relativizada pela forte crença de que os homens podem construir a história⁸⁵⁸.

Para explicar melhor a ideia de *modernidade* (*Neuzeit*), Reinhart Koselleck baseou-se especificamente nas circunstâncias culturais da Alemanha, tendo como referência seu projeto de historiar os seus conceitos fundamentais (*geschichtliche Grundbegriffe*). Segundo o autor, seria possível afirmar que a modernidade teve início a partir de meados do século XVIII, devido às mudanças importantes ocorridas na sociedade de então. Algumas características daquele tempo podem ser utilizadas para exemplificar a compreensão do novo paradigma que se descortinava, tais como: “a dinamização e temporalização do mundo experimental; a tarefa de tentar planejar o futuro em aberto sem que fosse possível prever os rumos da história; a simultaneidade do não-simultâneo, que diferencia de forma plural os eventos em nosso mundo; emergindo disso, a perspectiva diferenciada segundo a qual o conhecimento histórico pode ser obtido e evoluído; além disso, *o conhecimento de que se estaria vivenciando um período de transição* no qual se torna mais e mais difícil conciliar tradições estabelecidas com as inovações necessárias; e, finalmente, *a sensação de aceleração* por meio da qual processos de mudança política e econômica parecem estar tomando forma”⁸⁵⁹. De todo modo, é importante lembrar que a demarcação cronológica do início da modernidade é relativa, pois deve ser referenciada em cada cultura analisada. O próprio historiador admitiu esse fato, quando deu a entender que o processo de modernização teria começado mais cedo na França em razão da influência de ideias iluministas, bem como na oportunidade em que comentou as circunstâncias da modernidade nos países ibéricos⁸⁶⁰. Mais à frente, veremos de que modo essa concepção de modernidade poderia ser utilizada no Brasil para a conceitualização no âmbito criminal.

Por hora, cumpre indicar que a modernidade teria iniciado um momento fértil para as conceitualizações, no qual a semântica dos fenômenos sociopolíticos foi alterada de modo

⁸⁵⁸ HARTOG, François. O Regime moderno de historicidade posto à prova pelas duas guerras mundiais. DUTRA, Eliana de Freitas (org.). **O Brasil em dois tempos: história, pensamento social e tempo presente**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 16-17.

⁸⁵⁹ KOSELLECK, Reinhart. **The Practice of conceptual history: timing history, spacing concepts**. Stanford: Stanford University press, 2002, p. 168, com grifos nossos.

substancial pela temporalidade nova que iniciara. Esse período foi denominado por Reinhart Koselleck como *Sattelzeit*, termo que pode ser traduzido aproximadamente por *tempo-sela* ou *período-umbral*⁸⁶¹. Contudo, trata-se inegavelmente de uma construção teórica controvertida. A própria existência desse período de transição é questionada por muitos, sendo um dos aspectos mais discutidos da obra do historiador. Reinhart Koselleck inclusive confessou que o conceito de tempo-sela seria frágil, entre outros motivos, por não evidenciar a aceleração da temporalidade, que lhe parecia o aspecto mais importante da experiência moderna⁸⁶².

No mais, Reinhart Koselleck deixou muito claro que a ideia de um período de transição foi estruturada com base nos estudos dos conceitos alemães. Por isso, a serventia dessa categoria para outras realidades históricas deve ser analisada com a cautela recomendável. Nesse sentido, João Feres Jr. recomendou que os referenciais meta-históricos de horizonte de expectativa e espaço de experiência, bem como a premissa de um tempo-sela como característica chave do advento da modernidade, devem ser trabalhados pelo pesquisador como hipóteses a serem averiguadas, jamais como dados fáticos. Isso porque “não há nenhuma razão sólida para se acreditar que todas as sociedades que se modernizam passam pelo *Sattelzeit* ou que este tenha um começo e um fim”⁸⁶³. Muito pelo contrário, a atitude que se espera é de ceticismo com relação a essa categoria. Assim, a comprovação fática da existência de um tempo-sela pode ser uma interessante hipótese de pesquisa, a servir de motivação para a realização de estudos históricos relevantes sobre o pensamento jurídico brasileiro. Vamos exemplificar de que forma essa hipótese seria válida, no âmbito da historicização do discurso criminal. Antes, porém, cumpre detalhar como a noção de tempo-sela serviu para a compreensão do desenvolvimento de certos conceitos na obra de Reinhart Koselleck.

No período de transição para a modernidade, alguns conceitos de longo uso tiveram uma alteração semântica, enquanto surgiram também neologismos inaugurando significados de conteúdo sociopolítico até então inéditos, colocando em cena desse modo um novo

⁸⁶⁰ KOSELLECK, Reinhart. **Entrevista com Reinhart Koselleck...** p. 162.

⁸⁶¹ O termo *Sattel* remete a algo ligado a cavalos, no sentido de montaria ousada, mas também tem outro significado relativo à vista privilegiada de um observador colocado em cima de uma montanha. O autor também utilizou algumas vezes a expressão *Schwellenzeit*, que poderia ser entendida como período-umbral. Por essa razão, a tradução do termo *Sattelzeit* é aproximada, não há uma palavra em português que possa refletir o significado criado pelo historiador alemão. Nesse sentido, já se traduziu o termo como período de *tempo-sela*, *época de sela*, *período de montaria*, *tempo-forquilha* (de transição entre épocas distintas). Vamos priorizar, neste trabalho, o termo *tempo-sela*, que parece ter uma utilização mais frequente. KOSELLECK, Reinhart. **Entrevista com Reinhart Koselleck...** p. 162.

⁸⁶² KOSELLECK, Reinhart. **Entrevista com Reinhart Koselleck...** p. 162.

⁸⁶³ FERES JR., João. **De olho nas pesquisas futuras...** p. 473.

horizonte de expectativas⁸⁶⁴. Por exemplo, segundo Reinhart Koselleck, a substituição da escatologia cristã pela ideia de um futuro racionalmente controlado foi encorajada pelo surgimento do novo conceito de *progresso*, que rapidamente serviu de mote para a filosofia da história e definiu o *Zeitgeist* da modernidade. Somente dessa maneira “o objetivo de uma perfeição possível, que antes só podia ser alcançado no além, foi posto a serviço de um melhoramento da existência terrena, que permitiu a doutrina dos últimos fins fosse ultrapassada, assumindo-se o risco de um futuro aberto”⁸⁶⁵. Trata-se de um neologismo que deu forma a um significado essencial para a concepção de modernidade.

O conceito de história foi um dos que mais recebeu atenção, nas análises históricas de Reinhart Koselleck. Isso porque a sua formação reflete todas as características dos processos de construção conceitual da modernidade. Segundo o autor, somente no final do século XVII se chegou à definição atual do conceito de história⁸⁶⁶. Trata-se de um *singular coletivo*: a ideia de história terminou formando um substantivo abstrato, que continha uma margem de indeterminação, uma abertura semântica, bem como fazia referência a experiências plurais. Na Alemanha, essa alteração semântica no conceito de história foi acompanhada também de uma mudança em seu significante, pois o conceito outrora denominado como *Historie*, após a mutação de significado, passou a ser definido como *Geschichte*.

Inicialmente, a história era voltada para a tradição, entendida com o sentido de *magistra vitae*. Com base nesse significado, as experiências pretéritas seriam como mestras para a vida presente. Desse modo, o passado seria o tutor das expectativas. Nessa formatação pré-moderna, a história teria uma função pragmática evidente, pois os eventos pretéritos serviam como uma coleção de exemplos para pautarem as decisões atuais⁸⁶⁷. Contudo, a partir do tempo-sela a história passou a ser um sujeito das próprias ações, possuindo uma temporalidade própria. Era a *história em si*, que não mais necessitava de um outro sujeito ou objeto complementar, que não era mais a que sofria passivamente as consequências de uma ação causada por terceiros. A história, ela própria, passou a ser o *sujeito de si mesma*, um agente que produz o próprio futuro⁸⁶⁸. Essa transformação coincidiu com a aceleração do tempo na modernidade e com a definição de uma filosofia da história pautada na ideia de

⁸⁶⁴ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 101.

⁸⁶⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 316.

⁸⁶⁶ KOSELLECK, Reinhart. A configuração do moderno conceito de história. KOSELLECK, Reinhart *et al* (orgs.). **O Conceito de história**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013, p. 119.

⁸⁶⁷ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 43.

⁸⁶⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 50.

progresso⁸⁶⁹. Assim, o espaço de experiência se reduziu, com o consequente alargamento do horizonte de expectativas, sendo que esse movimento pode ser sintetizado na composição do neologismo *Geschichte*, um singular que permite a abertura para vários futuros possíveis.

Os conceitos formados no tempo-sela passaram por alguns processos específicos. O primeiro deles, a *temporalização*, diz respeito à sua conversão em função da filosofia da história. Em seguida, a *democratização* relaciona-se com o uso maciço do conceito em questão pela população. Em regra, os conceitos são criados por um grupo social menor, um círculo de intelectuais, por exemplo. Mas por meio de sua democratização o termo se tornaria usual, passando a ser incorporado pela linguagem ordinária. A *ideologização* diz respeito à característica de os conceitos se afastarem de utilizações concretas, tornando-se paulatinamente mais genéricos e abstratos. Isso facilita a sua incorporação em situações diversas, devido a uma certa maleabilidade em seu uso. Por fim, a *politização* diz respeito ao emprego dos conceitos visando a certas finalidades. Por essa via, os conceitos podem ser manejados para estratégias com a finalidade de atender aos propósitos de certos grupos sociais⁸⁷⁰.

Se a própria existência do tempo-sela deve ser posta à prova, não ficaria imune de uma verificação acurada a realização em concreto desses processos específicos da formação conceitual. Assim, segundo João Feres Júnior, os processos de temporalização e ideologização estão conectados com a *semântica histórica*, com os significados que os conceitos vão absorvendo historicamente. Contudo, a democratização e politização dizem respeito a *circulação dos conceitos na sociedade* e por isso tem mais a ver com a história social que com a semântica histórica⁸⁷¹.

No âmbito criminal, é interessante notar que alguns conceitos científicos rapidamente foram popularizados no Brasil. Além disso, em razão de serem convenientes, terminaram servindo como suporte político para fundamentar certas práticas punitivas ou modificações institucionais. Esse é o caso por exemplo do conceito de *delinquente nato*, fundamental para o positivismo criminológico. Por isso, Luis Ferla afirmou que “a apropriação dessas ideias científicas racistas e discriminatórias atendia ao fortalecimento do projeto de construção do

⁸⁶⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 53.

⁸⁷⁰ KOSELLECK, Reinhart. Introducción al diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana. **Revista Anthropos**, n. 223. Barcelona: Anthropos, 2009, p. 96-98. RICHTER, Melvin. Avaliando um clássico contemporâneo: o *Geschichtliche Grundbegriffe* e a atividade acadêmica futura. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006, p. 44-45.

Brasil moderno”, motivo pelo qual rapidamente se deu a sua utilização política⁸⁷². Somente para ilustrar a receptividade desse conceito no contexto político brasileiro, poderíamos lembrar do que ocorreu com a tomada do Arraial do Belo Monte, com a localização do corpo de Antônio Conselheiro e o fim da *guerra de canudos*. A cabeça do *sertanejo fanático* foi prontamente enviada para a Bahia, a fim de ser submetida a um parecer de Nina Rodrigues. Isso demonstra, a um só tempo, o quão populares os preceitos positivistas – a ponto de gerarem a expectativa de um diagnóstico de *delinquente degenerado* que deveria ser dado por uma autoridade científica da época – e como se quis utilizar politicamente o conceito para legitimar a chacina promovida pelo exército republicano⁸⁷³. Por último, devemos reparar como a questão da politização dos conceitos se assemelha com a explicação de Michel Foucault, em seu método arqueogenealógico, de que os conceitos são utilizados estrategicamente no discurso para cumprir com finalidades políticas. Esse seria um dos vários pontos de intersecção existentes, aproximando os modelos de história dos conceitos propugnados pelos dois autores.

Como já observado, é necessário verificar se de fato houve no Brasil um tempo-sela, um período no qual os conceitos aqui desenvolvidos teriam ganhado novo significado, com a aceleração do tempo histórico. Não seria possível esmiuçar essa análise porque ela exigiria um trabalho exclusivamente voltado para a investigação dessa hipótese. Entretanto, sem a pretensão de dar uma definitividade à afirmação, poderíamos citar o interessante estudo de Valdei Lopes de Araújo a fim de concordar com a tese ali exposta de que existiu um período de transição para a modernidade no contexto cultural brasileiro. Segundo esse autor, a independência do Brasil expôs uma limitação dos conceitos herdados do contexto luso-brasileiro do século XVIII. Por isso, “a constituição de um novo corpo político exigiu operações conceituais que dimensionassem o tipo de relacionamento com o tempo que a criação de uma individualidade histórica requeria. É na análise das limitações conceituais encontradas pelo quadro conceitual disponível para a geração de José Bonifácio no enfrentamento dessas questões que se anuncia um novo modelo conceitual”⁸⁷⁴. De fato, ao observar a formação histórica brasileira, podemos notar nesse período um esforço conceitual

⁸⁷¹ FERES JR., João. **De olho nas pesquisas futuras...** p. 470.

⁸⁷² FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida**: a utopia média do biodeterminismo. São Paulo: Alameda, 2009, p. 53.

⁸⁷³ Para maiores detalhes: SANTOS, Hugo Leonardo R. A cabeça de Antônio Conselheiro: capítulo (ou capitulação) da antropologia criminal brasileira. OLIVEIRA, Luciano; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de (orgs.). **Para além do código de Hamurábi**: estudos sociojurídicos. Recife: ALID, 2015.

inédito visando à construção de uma identidade brasileira. Isso pode ser bem visualizado por meio do papel desempenhado pela literatura, especialmente a partir do período denominado por Sylvio Romero de *fase de desenvolvimento autônomo*. O romantismo, com seus ideais de nacionalidade e de louvação ao elemento indígena de nossa cultura, cumpriu com essa finalidade de inaugurar novos conceitos de *brasilidade*⁸⁷⁵. Também é possível perceber essa tendência de conceitualização na criação de instituições voltadas para o estudo da história brasileira, como os institutos históricos e geográficos, que seriam os *guardiões da história oficial*, assumindo a função de construção da nacionalidade neste país⁸⁷⁶.

De toda forma, se o foco é a transformação da cultura jurídica brasileira o período de transição deve ser demarcado mais tardiamente que aquele correspondente ao cenário europeu, tendo seu início aproximadamente a partir da segunda metade do século XIX. Isso porque, na primeira metade daquele século, o direito brasileiro era tão-somente um amálgama disforme constituído por reproduções de noções jurídicas importadas da Europa, especialmente de Coimbra. Segundo Clóvis Beviláqua, até 1854, “o instituto de ensino jurídico ainda não havia adquirido a força, a autoridade, que dá a tradição continuada, *nem tinha podido formar um ambiente propício a produções, senão originais, ao menos capazes, por seu valor, de vencer a ação destruidora do tempo*”⁸⁷⁷. Portanto, concordamos com a opinião de Ricardo Marcelo Fonseca, de que uma *genuína cultura jurídica* somente se fez possível no país a partir da segunda metade do século XIX. Antes disso, o pensamento jurídico brasileiro estava dormitando, encontrando-se ainda em estado potencial, sem a estrutura institucional e cultural exigida para a maturação de suas ideias⁸⁷⁸.

Por isso, no que diz respeito ao direito penal brasileiro, o tempo-sela somente poderia ser compreendido após o influxo de um novo ideário – dentro do qual se verificaram premissas do positivismo, evolucionismo, entre outros movimentos intelectuais – que

⁸⁷⁴ ARAÚJO, Valdei Lopes de. **A Experiência do tempo: conceitos e narrativas na formação nacional brasileira (1813-1845)**. São Paulo: Aderaldo & Rotschild, 2008, p. 20.

⁸⁷⁵ A literatura era entendida como representante de uma nova historicidade. Sobre o tema, Sylvio Romero afirmou que “os movimentos de reação e retorno em literatura e em política são sempre movimentos negativos, e seria um despropósito que o século XIX, o grande criador dos estudos históricos, o introdutor de todas as ciências do princípio da historicidade, viesse alentar-se de uma poesia anacrônica, emperrada, reacionária contra as leis do desenvolvimento progressivo das ideias. Impossível”. ROMERO, Sylvio. **História da literatura brasileira**, v. 2, 2ªed. Rio de Janeiro: H. Garnier livreiro-editor, 1903, p. 2.

⁸⁷⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das letras, 2010, p. 99-140.

⁸⁷⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, 2ªed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 303, com grifos nossos.

⁸⁷⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Os Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 35, t. I. Milão: Giuffrè, 2006, p. 347.

terminou por romper a semântica dos conceitos criminais já sedimentados por aqui. Sylvio Romero descreveu bem essa mudança de paradigma no pensamento pátrio, frisando a participação importante da *Escola do Recife* nesse processo. Conforme afirmou, “nas regiões do pensamento teórico, o travamento da peleja foi ainda mais formidável, porque o atraso era horroroso. *Um bando de ideias novas esvoaçou sobre todos nós de todos os pontos do horizonte*”⁸⁷⁹. Tais ideias novas certamente significaram o estopim para a formação de uma cultura criminal brasileira, com conceitos jurídico-penais até então inéditos e bastante influenciada pelo modelo positivista representado pela *nova escola criminal*.

São necessários alguns pressupostos para a consideração de um tempo-sela relacionado à estruturação de conceitos criminais. Primeiramente, é preciso que tal construção teórica seja tomada como uma hipótese e não como uma verdade estabelecida – uma preocupação que poderia ser ampliada para a avaliação da aplicabilidade de todas as propostas da teoria da história de Reinhart Koselleck, ao menos no contexto da cultura jurídica brasileira. Além disso, é importante que se dê uma especial atenção para a observação de como foi realizada a tradução e recepção desses conceitos, trazidos da cultura jurídica europeia e adaptados pelo pensamento criminal brasileiro. Em outras palavras, cumpre entender o que sucede com a transposição de conceitos de uma cultura para outra, a partir do estudo das adaptações mais ou menos criativas de conceitos para um novo contexto⁸⁸⁰.

Para isso, é fundamental levar em conta o perfil bacharelesco do direito brasileiro, além da grande tradição do direito europeu em nosso pensamento jurídico, considerando que no mais das vezes nossos institutos derivam de adaptações daqueles encontrados nos ordenamentos do outro lado do Atlântico. Por outro lado, essa característica não pode ser entendida como uma demonstração de que não existiria uma cultura jurídica brasileira⁸⁸¹. Isso porque é preciso levar em conta o processo de tradução dos conceitos, incluindo-se a percepção da criatividade na reinterpretação das noções trazidas de outros sistemas jurídicos⁸⁸². Seria desejável, portanto, uma combinação dos métodos da história conceitual com a história da tradução, para o estudo do processo de transposição cultural entre o Brasil e

⁸⁷⁹ ROMERO, Sylvio. Explicações indispensáveis. BARRETO, Tobias. **Vários escritos**. Sergipe: Editora do Estado do Sergipe, 1926, p. XXIII, destacamos no final.

⁸⁸⁰ RICHTER, Melvin. Mais do que uma via de mão dupla: analisando, traduzindo e comparando os conceitos políticos de outras culturas. FERES JR.; João; JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos: diálogos transatlânticos**. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2007, p. 24.

⁸⁸¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Os Juristas e a cultura jurídica brasileira...** p. 346.

⁸⁸² RICHTER, Melvin. **Mais do que uma via de mão dupla...** p. 28.

a Europa⁸⁸³. Podemos encontrar um exemplo dessa preocupação no estudo de Máximo Sozzo sobre a história da criminologia na América Latina. Nesse trabalho, o autor argentino demonstrou que as traduções de obras criminológicas europeias realizadas na América Latina continham uma abertura para a construção de uma racionalidade singular sobre a questão criminal, específica para os contextos locais⁸⁸⁴. Portanto, a construção dos conceitos criminológicos latino-americanos não pode ser concebida de forma simplista, como mera reprodução das matrizes europeias.

Após a explicação dos principais fundamentos da teoria da história de Reinhart Koselleck, cumpre explicitar melhor como se dá o estudo histórico dos conceitos segundo sua perspectiva. A preocupação com o correto entendimento dos conceitos decorre da ideia de que a relação entre as palavras e as coisas, a linguagem e a realidade, deve ser apreendida com um método próprio. Nesse sentido, é bastante conhecida a discordância entre o historiador e o filósofo Hans-Georg Gadamer, o qual foi uma de suas influências. Basicamente, a discussão gira em torno de uma divergência com relação ao papel da linguagem.

Apesar de ambos os autores aceitarem a *virada linguística* – mudança de paradigma filosófico que assumiu a premissa do caráter constitutivo da linguagem – existe um dissenso entre eles com relação à extensão da consideração dos aspectos linguísticos. Isso porque, para Reinhart Koselleck, *nem tudo é linguagem*, motivo pelo qual existem processos históricos que escapam à mera interpretação linguística⁸⁸⁵. Assim, defende a existência de condições extralinguísticas, mesmo admitindo a a necessidade de utilizarmos a linguagem para defini-las. Pela mesma razão, a história não pode ser interpretada como uma especialidade da hermenêutica⁸⁸⁶. Por seu turno, Hans-Georg Gadamer retrucou as críticas, em síntese, defendendo sua posição acerca da hermenêutica e da posição de soberania da linguagem⁸⁸⁷.

Essa questão do relativismo linguístico tornou-se um tema de constante embate entre os historiadores, principalmente após os anos 1970. Seria um prenúncio da *crise da história*, diante da virada linguística. Apesar de os argumentos de ambos os lados serem consistentes, ficamos com a posição de Reinhart Koselleck correspondente a uma aceitação ponderada da *linguistic turn*. Isso porque a opinião de Hans-Georg Gadamer cria um perigoso *relativismo*

⁸⁸³ RICHTER, Melvin. **Mais do que uma via de mão dupla...** p. 29.

⁸⁸⁴ SOZZO, Máximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 44.

⁸⁸⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Teoria da história e hermenêutica...** p.101.

⁸⁸⁶ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo...** p. 92.

fantasmático no horizonte das pesquisas históricas⁸⁸⁸. Acreditamos que uma adesão incondicional e radical à linguagem como único objeto de preocupação do historiador, para além de inconsistente, inviabilizaria o próprio estudo da disciplina histórica. Aliás, é notória a semelhança dessa posição com o pensamento de Michel Foucault. Em seus primeiros escritos, o autor parece ter opinião semelhante à de Hans-Georg Gadamer, ainda que com outros fundamentos, tendo radicalizado a ideia de que *tudo é discursivo*. Entretanto, em um momento posterior de sua obra, especialmente a partir de suas considerações genealógicas, passou a entender que o discurso se coloca em função do exercício do poder. Isso equivale a afirmar que há algo mais que a mera linguagem, que existem elementos extralinguísticos a serem considerados no estudo histórico – uma posição que se assemelha bastante ao entendimento de Reinhart Koselleck.

A concepção de Reinhart Koselleck é fundamental para entendermos a sua opinião sobre a história social. Apesar de trabalhar no âmbito da história cultural, o autor nunca reduziu a importância da história social, diferente do que fizeram alguns historiadores culturais mais radicais. Muito pelo contrário, ele defendeu que ambas as vertentes historiográficas seriam complementares e interdependentes. A análise da história dos conceitos necessita de dados da história social, considerando que “toda semântica se relaciona a conteúdos que ultrapassam a dimensão linguística”⁸⁸⁹. Nesse sentido, a história dos conceitos desenvolveu uma metodologia própria e, por essa razão, pode-se afirmar que possui um estatuto epistemológico autônomo. Contudo, não se pode entender que ela seja um fim em si mesma, desligada de finalidades sociais, sendo mais corretamente compreendida como “uma parte metodologicamente autônoma da pesquisa histórica e social”⁸⁹⁰. Por outro lado, também não seria possível imaginar a história social sem a história conceitual, pois a compreensão das estruturas sociais depende de uma análise dos seus conceitos fundamentais. Assim, esse método histórico permite a comparação entre os núcleos conceituais pretéritos e atuais, o que possibilita o entendimento das sociedades do passado⁸⁹¹.

O entrecruzamento das histórias cultural e social é mais que necessário no âmbito da historicização do direito penal. Não seria possível entender a história dos conceitos jurídico-

⁸⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. Teoria da história e linguagem: uma réplica de Hans-Georg Gadamer. KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014, p. 111-118.

⁸⁸⁸ MAIA, Carlos Alvarez. **História, ciência e linguagem**: o dilema relativismo-realismo. Rio de Janeiro: Mauad X, 2015, p. 27.

⁸⁸⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 103.

⁸⁹⁰ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 114.

penais somente a partir da análise do discurso criminal, sem a consideração de como esses discursos são utilizados politicamente, de quais as práticas engendradas a partir desse arcabouço conceitual. Por isso, ao historiar esses conceitos, o pesquisador não pode tomar para si uma radical exclusão de dados sociais, preocupando-se tão-somente com os relatos da doutrina criminal e os escritos criminológicos. Essa seria uma historiografia míope, desvinculada das práticas punitivas reais. Logo, é necessário verificar o que dizem a história social do crime e da pena – a história criminal – para compreender historicamente os conceitos jurídico-penais⁸⁹².

Um conceito não pode ser visto apenas como uma palavra vazia, porque está entranhado de significados. Isso equivale a afirmar que “todo conceito se prende a uma palavra, mas nem toda palavra é um conceito social e político”⁸⁹³. Ele pressupõe, portanto, uma pluralidade de significações, uma abertura semântica mínima. Por isso, palavra e conceito não se confundem, sendo a primeira apenas o seu significante. Assim, “um conceito deve se manter polissêmico. Embora o conceito também esteja associado à palavra, ele é mais que uma palavra: uma palavra se torna um conceito se a totalidade das circunstâncias político-sociais e empíricas, nas quais e para as quais essa palavra é usada, se agrega a ela”⁸⁹⁴. Por essa mesma razão, conforme ensinou Friedrich Nietzsche, não seria possível uma definição do conceito, pois *só é passível de definição o que não tem história*⁸⁹⁵. Os conceitos, por isso, são compreendidos como índices e fatores, realidades teórico-práticas, porque refletem estruturas e fatos sociais, mas também os determinam. O conceito “possibilita conhecer as transformações sociopolíticas e orienta a prospectiva histórica. Porém, ao mesmo tempo, ele mesmo transforma as ações históricas e suas expectativas”⁸⁹⁶.

Toda a estrutura da teoria de Reinhart Koselleck gira em torno dos *Grundbegriffe*, os conceitos básicos ou fundamentais da sociedade. Esses seriam os conceitos componentes do vocabulário político e social, “expressões cujo contexto e o uso permitem compreender

⁸⁹¹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 116-118.

⁸⁹² Algo parecido já havia sido defendido por Michel Foucault, quando alertou que devem ser analisados os sistemas punitivos concretos, como fenômenos sociais, sem uma preocupação exclusiva com o seu arcabouço normativo. FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**. Paris: Gallimard, 1975, p. 32.

⁸⁹³ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 108.

⁸⁹⁴ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 109.

⁸⁹⁵ NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral...** p. 68.

⁸⁹⁶ VILLACANAS, José Luis; ONCINA, Faustino. Introducción. KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. **Historia y hermenéutica**. Barcelona: Paidós, 1997, p. 32.

estruturas e o contexto de grandes acontecimentos”⁸⁹⁷. Tais conceitos “combinam experiências e expectativas multiformes de tal modo que se tornam indispensáveis para qualquer formulação dos temas mais urgentes de um determinado tempo”⁸⁹⁸. Seriam, ao mesmo tempo, representativos de dados socioeconômicos assim como constitutivos dessas realidades, pois um conceito fundamental “não é somente o indicador de conteúdos compreendidos por ele, é também seu fator. Um conceito abre determinados horizontes, ao mesmo tempo em que atua como limitador das experiências possíveis e das teorias”⁸⁹⁹. Por isso, são objetos de disputa e controvérsia. Isso não significa que eles são estáticos, mas sim que sua dinâmica histórica é complexa, comportando a conexão entre elementos linguísticos e extralinguísticos. Portanto, esse método histórico se afasta da concepção delineada pela história tradicional das ideias, não se confundido tais conceitos com a noção de *ideias unidade*, defendida por Arthur Lovejoy⁹⁰⁰.

Não obstante, o foco nos conceitos fundamentais gera um enorme entrave para a aplicabilidade do método da história dos conceitos em outros domínios, como no estudo dos conceitos jurídico-penais. Isso porque os conceitos fundamentais não seriam equivalentes aos *puramente técnicos ou profissionais*⁹⁰¹, o que poderia excluir a possibilidade de existência de uma historiografia dos conceitos mais ampla – que abarcasse os conceitos jurídicos, por exemplo. Nesse sentido, seguindo esse raciocínio, não seria possível estudar conceitos criminais, tais como a *medida de segurança* ou a *tipicidade*, a partir dessa metodologia.

Discordamos inteiramente dessa posição. Uma história crítica dos conceitos não pode se resumir ao estudo dos conceitos fundamentais, mesmo porque essa limitação resultaria na impossibilidade de uma história renovada, preocupada com fenômenos sociais marginais. Desse modo, a concepção estrita de conceitos fundamentais terminaria por levar a uma postura conservadora, tornando esse modelo historiográfico desinteressante, marcado por um certo *pendor aristocrático*⁹⁰². Por essa razão, esta tese de doutoramento assumiu como premissa a viabilidade do estudo histórico de conceitos, para além daqueles conceitos considerados básicos ou fundamentais. Entendemos que essa é uma condição indispensável para um maior rendimento da teoria de Reinhart Koselleck, que desse modo pode abarcar

⁸⁹⁷ KOSELLECK, Reinhart. **Introducción al diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos...** p. 93.

⁸⁹⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Uma resposta aos comentários sobre o *Geschichtliche Grundbegriffe*...** p.103.

⁸⁹⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 109-110.

⁹⁰⁰ KOSELLECK, Reinhart. **Uma resposta aos comentários sobre o *Geschichtliche Grundbegriffe*...** p.102.

⁹⁰¹ KOSELLECK, Reinhart. **Uma resposta aos comentários sobre o *Geschichtliche Grundbegriffe*...** p.103.

⁹⁰² FERES JR., João. **Para uma história conceitual crítica do Brasil...** p. 114.

inclusive o âmbito da história do direito penal. Conforme ensinou João Feres Júnior, certos conceitos são marginais numa comunidade política, “contudo, isso não quer dizer que esses conceitos não tenham eficácia social, pois contraconceitos e outros conceitos sociais que não são contestados dentro do debate público – isto é, que não se tornam conceitos-chave – são instrumentos cruciais na manutenção da opressão e exclusão de grupos humanos. *Portanto, tais conceitos, e não somente os Grundbegriffe, deveriam integrar qualquer projeto de história conceitual que tenha um compromisso crítico com a sociedade na qual se insere*”⁹⁰³.

Segundo Reinhart Koselleck, os conceitos podem ser classificados com relação à sua temporalidade em três grupos. O primeiro desses conjuntos, diz respeito à reunião dos conceitos mais tradicionais, cujos significados essenciais permaneceram por uma longa duração, ainda que apresentando algumas alterações semânticas. Como exemplo, tem-se o conceito de *pessoa*, que apesar de possuir uma semântica bastante elástica ainda mantém uma ligação com a ideologia cristã⁹⁰⁴. No segundo grupo, estão os conceitos que passaram por um processo drástico de resignificação, que resultou em uma radical transformação em sua semântica. Como visto, a aceleração moderna do tempo acentuou essa tendência de mutação de significados e por isso existem inúmeros conceitos com um sentido bastante distinto do que possuíam originalmente. Por exemplo, os conceitos de *democracia*, *história*, entre outros. Por fim, no terceiro grupo, há aqueles conceitos que resultam de neologismos, surgidos de uma tentativa de refletir semanticamente uma situação social ou política nova, como os conceitos de *comunismo* e *fascismo*⁹⁰⁵.

Poderíamos dizer que o conceito de *dogmática jurídica* pertence ao segundo grupo, porque passou por processos intensos de resignificação, ao longo do tempo. Nesse sentido, a atenção ao “caráter histórico da dogmática jurídica se mostra particularmente elucidativa para que se evitem transposições indevidas de um conceito de uma época para outra, impondo-lhe nexos de continuidade que, muitas vezes, são construídos artificialmente”⁹⁰⁶. No que tange aos conceitos especificamente jurídico-penais, são mais raros os que podem ser classificados nesse segundo grupo, talvez em razão da formação dogmática do direito penal ser mais recente, tendo se dado principalmente a partir do contexto alemão do século XIX. Por isso, a

⁹⁰³ FERES JR., João. **Para uma história conceitual crítica do Brasil...** p. 114, com grifos nossos.

⁹⁰⁴ BRANDÃO, Cláudio. Posição da culpabilidade na dogmática penal. **Revista de estudos criminais**, nº 16. Porto Alegre: PUCRS/ITEC, 2004.

⁹⁰⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 106-107.

⁹⁰⁶ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A Historicidade da dogmática jurídica a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (orgs.). **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28-29.

sistematização do direito penal já se deu no tempo-sela, o que pode explicar porque a tradição romana foi bem menos utilizada no direito penal que em outros ramos jurídicos: o espaço de experiência já havia se reduzido com a aceleração temporal da modernidade, o que influenciou na formação de novos conceitos no âmbito criminal, sem uma referência tão evidente àqueles mais antigos. Por isso, os conceitos do terceiro grupo, representando formações conceituais inéditas correspondentes a neologismos, são bastante comuns no campo criminal. Por exemplo, a ideia de *tipicidade* (*Tatbestand*), um dos elementos do conceito analítico de crime, é bastante recente historicamente, somente tendo se estabelecido com o significado atual, na dogmática penal, a partir do início do século XX⁹⁰⁷. O positivismo penal também criou ou aperfeiçoou vários desses novos conceitos, principalmente aqueles relacionados às consequências do crime, como os de *livramento condicional*⁹⁰⁸ e de *medida de segurança*⁹⁰⁹. Por fim, a ideia de *culpabilidade* é tão antiga quanto o próprio direito penal e, apesar das várias alterações semânticas que sofreu, permaneceu até hoje com parte de seu significado original, herança bem remota que se preservou, entre outros aspectos, na ideia da necessidade de um requisito de liberdade no agir. Esse conceito, portanto, pode ser considerado um daqueles incluídos no primeiro grupo, de longa duração⁹¹⁰. Essas indicações um tanto quanto aleatórias não são afirmações taxativas, sendo meros exemplos do potencial de aplicação da classificação de Reinhart Koselleck no âmbito da história do direito penal. Para uma opinião definitiva sobre a formação histórica de cada um desses conceitos, é necessária uma apreciação mais aprofundada que foge dos objetivos deste trabalho.

A história dos conceitos utilizou-se de técnicas metodológicas extraídas da *semasiologia* e da *onomasiologia*, sem as quais o trabalho de verificação da complexidade semântica dos termos seria inviabilizado⁹¹¹. O primeiro desses campos de estudo trata dos vários significados possíveis de um conceito. Como já dito, um conceito deve se manter

⁹⁰⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática penal ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 71. Sobre o desenvolvimento do conceito de tipicidade: BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

⁹⁰⁸ SOUZA, Moacyr Benedicto de. **A Influência da escola positiva no direito penal brasileiro**. São Paulo: Leud, 1982, p. 11. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A Modernização do direito penal brasileiro**: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil (1924-1940). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 233-239.

⁹⁰⁹ “Há outra instituição que nós acreditamos destinada a conciliar melhor a humanidade com a defesa social: o manicômio judiciário”. LOMBROSO, Césare. **L'uomo delinquente**: studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie. Bologna: Il Mulino, 2011 (1876), p. 399-400.

⁹¹⁰ Jimenez de Asúa afirmou, nesse sentido, que o direito penal “selou seu destino na inseparável companhia da culpabilidade”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, t. 5, 4ªed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1992, p. 38. Também sobre o tema: CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977.

polissêmico, não podendo simplesmente ser definido, em razão de sua historicidade. Por isso, existe uma tendência dos conceitos mais importantes para as estruturas sociais se converterem em um *arquilexema*, ou seja, um conceito generalizante. Essa generalização, por vezes, traz uma exigência pragmática de definições complementares, possibilitando deixar mais claro para o utente qual dos sentidos possíveis está sendo utilizado concretamente na linguagem⁹¹². Já a onomasiologia trata de termos diversos com o mesmo sentido. Nesse caso, existe uma pluralidade de significantes, indicando um significado em comum a todos eles. É interessante lembrar que por vezes existe uma finalidade política na evitação de certas terminologias, utilizando-se de sinônimos – por vezes eufemismos – de modo a facilitar a sua aceitação social. Trata-se de uma estratégia retórica que tem por objetivo facilitar a sedimentação do conceito. É interessante lembrar, no campo penal, quantos sinônimos foram utilizados para a designação do determinismo no agir, conceito fundamental para o positivismo criminal. *Periculosidade*, *perigosidade*, *temibilidade*, todas essas expressões tinham o mesmo significado de ausência de liberdade no agir, e foram utilizadas alternadamente, conforme sopravam os ventos do cientificismo positivista ou da ideologia da defesa social⁹¹³.

Uma das técnicas de pesquisa mais interessantes da história dos conceitos, que parece se coadunar perfeitamente com as características do campo do direito penal, é a observação da formação de *conceitos contrários polêmicos*⁹¹⁴, aos quais Reinhart Koselleck passou a denominar mais tarde como *conceitos antitéticos assimétricos*⁹¹⁵. Existem certos grupos sociais que reclamam uma conceituação por meio de uma generalidade concreta, o que faz com que se crie um conceito oposto, abarcando todos aqueles que não se incluem no grupo. Reinhart Koselleck cita os exemplos dos pares helenos e bárbaros, cristãos e pagãos, e por fim, homens e não-homens. A característica marcante desse tipo de conceito é que eles terminam por criar uma distinção sociopolítica, recusando todos aqueles que não forem nele incluídos no conceito, que terminam por ser consequentemente agrupados pelo conceito antônimo assimétrico.

⁹¹¹ KOSELLECK, Reinhart. **Introducción al diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos...** p. 101. KOSELLECK, Reinhart. **Futuro pasado...** p. 97.

⁹¹² KOSELLECK, Reinhart. **Futuro pasado...** p. 107.

⁹¹³ No próximo item, será explicada com mais detalhes a hipótese de que a formação do conceito de *periculosidade* – ou *perigosidade* – teve o objetivo político de driblar a dificuldade de democratização da noção absoluta e abstrata, derivada da *metáfora do determinismo*.

⁹¹⁴ KOSELLECK, Reinhart. **Introducción al diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos...** p. 100.

⁹¹⁵ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro pasado...** p. 191.

Apesar da utilização científica desses conceitos assimétricos ser bastante questionável, eles terminaram servindo para propósitos políticos imediatos⁹¹⁶. Aliás, a própria *definição do político*, segundo Carl Schmitt, é realizada por meio de um desses pares de conceitos antitéticos, representado pela dicotomia da amizade-inimizade. Esse autor – referido expressamente no texto de Reinhart Koselleck e uma de suas grandes influências – explica que a distinção entre amigo e inimigo é o grau máximo que se pode aspirar de uma dissociação. Assim, os conceitos antitéticos assimétricos teriam um propósito político bem definido, devendo ser entendidos “num sentido existencial e concreto, não como metáforas ou símbolos, nem misturados ou enfraquecidos por concepções morais, econômicas ou de outra natureza”⁹¹⁷.

O conceito de inimigo sempre esteve presente no funcionamento do sistema punitivo. Na atualidade, é fácil constatar as finalidades políticas dessa distinção nos discursos criminológicos contemporâneos⁹¹⁸. Do ponto de vista histórico, o direito penal também teve um destacado papel de legitimação de *discursos da desigualdade*⁹¹⁹. Por essa razão, Eugênio Raul Zaffaroni levanta a hipótese de que o conceito de inimigo seria estruturante, no discurso legitimador do poder punitivo⁹²⁰. Parece ter razão o penalista argentino. Normalmente o discurso criminal se utiliza de termos sinônimos para se referir a esse conceito, eufemismos mais discretos, que não transparecem à primeira vista a política criminal de guerra contra os inimigos. De toda forma, essa retórica sempre se valeu de um conceito antitético, antônimo da noção de cidadão, categoria que inclui todos aqueles que não podem ser excluídos de seus direitos ou que são alheios aos processos de criminalização. Também não é incomum a mistura de conceitos antitéticos de semântica política diversa para implementar a possibilidade de marginalização social desses grupos. Por exemplo, a denominação *classes perigosas* e *ralé* indicava no século XIX uma utilização político-criminal do conceito de inimigo, mas também a referência a um significado social mais geral, no sentido de que tais pessoas não seriam merecedoras da cidadania.

Portanto, os discursos criminais utilizaram ao longo do tempo vários desses conceitos contrários, como por exemplo, as denominações de *delinquente nato*, *degenerado*, *anormal*, todas ligadas ao ideário positivista. Nesse sentido, a polêmica recente causada pela obra do

⁹¹⁶ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado...* p.195.

⁹¹⁷ SCHMITT, Carl. *The Concept of the political*. Chicago: The University of Chicago press, 2007, p. 27-28.

⁹¹⁸ SANTOS, Hugo Leonardo R. *Estudos críticos de criminologia e direito penal...* p. 65.

⁹¹⁹ ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 45.

alemão Günther Jakobs⁹²¹ não parece ter sido decorrente apenas da defesa da utilização dessa lógica da inimizade para certos infratores. Acreditamos que a controvérsia decorreu também da menção expressa ao inimigo, da utilização de um discurso sem eufemismos ou elipses – além da demonstração cabal de que, para o direito criminal, sempre existiu de fato um inimigo a ser vencido, e que o combate em face dele seria uma das finalidades concretas do sistema punitivo.

Após a exposição dos fundamentos da teoria da história conceitual de Reinhart Koselleck, registramos que o autor possui um certo idealismo, no que diz respeito à racionalidade das construções conceituais. A sua visão de aceleração do tempo na modernidade tem um conteúdo prescritivo – ainda que implícito – pois os conceitos atenderiam a uma certa lógica, sempre pautada na razão. Assim, conforme a opinião de Reinhart Koselleck, as limitações da ciência histórica somente podem ser superadas a partir da adoção de uma teoria da história (*Historik*) que trabalhe com os requisitos meta-históricos da experiência e expectativa, tornando a temporalidade dos conceitos diacrônica⁹²². Ocorre que, contrariando essa visão mais otimista, os fundamentos do saber criminal não possuem bases tão sólidas ou fincadas na racionalidade. Ao invés de se utilizarem de conceitos puros, por vezes o pensamento criminal utiliza imprecisas metáforas. Essas representam o que o campo jurídico possui de estético, não racional e insubmisso às conceitualizações. Cumpre, por isso, observar o papel que as metáforas desempenham no saber penal, bem como elas poderiam ser avaliadas historicamente.

5.3 O HIATO DE RACIONALIDADE NO DISCURSO CRIMINAL: METAFOROLOGIA E TEORIA DA NÃO CONCEITUALIDADE APLICADAS À HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

Racionalidade a posteriori – Todas as coisas que vivem muito tempo embebem-se gradativamente de razão, a tal ponto que sua origem na desrazão torna-se improvável. Quase toda história exata de uma

⁹²⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 83.

⁹²¹ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

⁹²² KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo...** p. 280.

gênese não soa paradoxal e ultrajante para o nosso sentimento? O bom historiador não *contradiz*, no fundo?⁹²³

Direito é metáfora e compreendê-lo importa ironia⁹²⁴.

A pretensão de racionalidade jurídica, tão característica da modernidade, esforça-se para esconder o fato de que as suas ideias e conceitos fundamentais tem sua origem em mitos e crenças, em metáforas. O direito racional, portanto, disfarça os seus pés de barro – talvez envergonhando-se da constatação de que toda a sua construção conceitual tem sua base de apoio fragilmente alicerçada sobre terreno movediço. A admissibilidade dessa vulnerabilidade por parte da autolegitimada razão poderia colocar em xeque a própria legitimidade do direito. Por esse motivo, Alexandre da Maia afirmou que o projeto iluminista, referenciado pelo binômio racional/irracional, terminou por hipostasiar certas visões sobre o direito⁹²⁵. Prosseguindo com esse raciocínio, desvelar essas facetas ocultas do pensamento jurídico – a sua metade dionisíaca – equivale a cumprir com uma função extremamente importante, lembrando-nos da carência de segurança epistemológica do conhecimento no campo do direito. Assim, exatamente por esse motivo, não podemos esquecer “dos eclipses, que nos mostram a tensão paradoxal entre luz e sombra, entre razão e crença, entre o certo e o errado, entre o direito e o não-direito”⁹²⁶.

A natureza metafórica do discurso jurídico fica evidente logo de início, ao observarmos a celeuma acerca da conceituação da própria ideia de direito. Como se trata de uma premissa fundamental para a estruturação do saber jurídico – definir, afinal de contas, o que é o direito – um incauto inocente poderia crer que nada mais há de fértil no terreno dessa indagação. Contudo, estaria sendo precipitado, para dizer o mínimo. Ora, tudo que se falou sobre esse complexo tema, toda a construção teórica existente, corresponde a apenas um vislumbre demasiado impreciso do que é o direito. Talvez por isso seja mais simples e funcional responder à indagação pragmática de qual direito seria aplicado – *quid juris?* – em uma situação concreta, que tentar responder ao persistente enigma, relacionado ao que é, de

⁹²³ NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora**: reflexões sobre os preconceitos morais. São Paulo: Companhia das letras, 2004, p. 15.

⁹²⁴ LIMA, Pedro Parini Marques de. **A Metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico**. Tese de doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013, p. 9.

⁹²⁵ DA MAIA, Alexandre. O Direito subjetivo como imagem: da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo-comunicacional de Tercio Sampaio Ferraz Jr. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia e teoria geral do direito**: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 166.

⁹²⁶ DA MAIA, Alexandre. **O Direito subjetivo como imagem...** p. 167.

fato, o direito. Muito provavelmente, a imprecisão das concepções acerca do direito seja uma característica incontornável, uma verdadeira aporia que impossibilita uma definição mais objetiva do que seja o fenômeno jurídico. Segundo Herbert Hart, o que os teóricos disseram sobre o direito por certo possibilitou uma maior compreensão desse fenômeno. Entretanto, “tais afirmações são ao mesmo tempo esclarecedoras e causadoras de perplexidades: assemelham-se mais a grandes exageros de algumas verdades sobre o direito indevidamente esquecidas, do que a definições serenas”⁹²⁷. Nesse sentido, o discurso jurídico é essencialmente metafórico, justamente por trabalhar com juízos que se aproximam mais da estética que da lógica, utilizando-se de analogias abertas e aproximativas, afastando-se de categorizações e identidades.

O tema da correlação entre metáfora e direito é complexo e não é nossa pretensão adentrar nos seus pormenores⁹²⁸. Entretanto, devemos indicar as repercussões da metafórica no discurso jurídico para os fins específicos da historicização dos seus conceitos. Isso porque a *metaforologia* consiste em uma espécie de contraponto à história dos conceitos alemã, modulando um pouco seu otimismo racionalista. À temporalização dos conceitos, propugnada pela *Begriffsgeschichte* e sobretudo às categorias heurísticas que lhes são próprias, tal campo de estudos propugna zonas de não conceitualidade no pensamento, sendo capaz de demonstrar o que resta de mítico e metafórico na razão jurídica, pondo dúvidas consistentes sobre seus pretensiosos *fundamentos racionais*. Nosso objetivo, portanto, é demonstrar a impossibilidade de se analisar historicamente certas ideias caso não sejam observadas as suas bases, as quais não são diretamente apreensíveis logicamente, por meio da razão, por tratar-se na verdade de *metáforas absolutas*.

Cumprido indicar algumas premissas para o tratamento do assunto. Inicialmente, é preciso alertar para o fato de que as metáforas estão vinculadas à retórica⁹²⁹. Ora, essa disciplina sempre foi vista com desconfiança na história da filosofia e do pensamento, devido ao fato de ter perdido a disputa com os ideais platônicos, que terminaram sedimentados nas profundidades ocultas das mentalidades. O platonismo desdenhava abertamente dos sofistas, imputando-lhes atributos pouco nobres, como os de falseadores da verdade e trapaceiros. Contudo, apesar de toda essa tradição filosófica que deixou a retórica em segundo plano,

⁹²⁷ HART, Herbert. **O Conceito de direito**, 5ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007, p. 6.

⁹²⁸ Para um maior aprofundamento: LIMA, Pedro Parini Marques de. **A Metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico...** CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009.

⁹²⁹ CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 68.

pode-se perceber que a importância para o pensamento, da criatividade e da arte, do impreciso e inexato, vem sendo reconhecida mais uma vez, sendo possível afirmar essa *mudança de concepção da retórica* como um sintoma do *reposicionamento da metáfora*⁹³⁰.

Nesse movimento, a retórica passa a ser entendida como algo naturalizado na própria linguagem, especialmente a jurídica. Por isso, as metáforas passam a constituir-se como um liame necessário entre a formação da linguagem e o processo de conhecimento, “seriam a base comum que uniria o cognitivo e o linguístico”⁹³¹. Não há nenhuma contradição em se falar em retórica nos domínios da história. Como já comentamos, a narratividade sempre está presente no trabalho do historiador, sendo por isso impossível eliminar uma carga de subjetividade – ou mesmo de criatividade – das suas interpretações, que são o próprio objeto da historiografia. Tampouco a retórica significa necessariamente uma atitude de adesão radical e incondicional à linguagem, no sentido de se entender a história tão-somente como puro discurso, sem nenhum vínculo com a observação da *realidade extralinguística*. Como visto, essa foi a opinião de Michel Foucault, em suas primeiras obras, e de Hans-Georg Gadamer, frente as quais contrapusemos as posições do próprio Michel Foucault, em um estágio mais maduro de seus trabalhos, e de Reinhart Koselleck. Entendemos, portanto, que é possível reconhecer o papel essencial da linguagem na formação do conhecimento histórico, sem acreditar que ele resumiria toda a realidade apreensível. Com isso, voltamos à velha e debatida aporia da linguagem, pois apesar de sabermos que existem fatos extralinguísticos, o conhecimento a respeito deles somente poderia ser construído através de processos linguísticos.

Não obstante, a retórica aplicada à história dos conceitos também pode ser interpretada como um repúdio veemente às concepções ontológicas da verdade ou à posição de que os conceitos atingem sua essência quando representam com perfeição os dados da realidade que lhes seria cabível. Em outras palavras, a retórica consiste em uma postura cética com relação a *verdades imutáveis*, fazendo crer que as estruturas históricas e linguísticas são condições de produção da verdade e não meras contingências de sua percepção. Essa posição de ceticismo pode ser bem percebida na obra de Friedrich Nietzsche. Segundo o filósofo alemão, a verdade seria “uma multidão móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos; em resumo, uma soma de relações humanas que foram realçadas, transpostas e ornamentadas pela poesia e pela

⁹³⁰ LIMA, Luiz Costa. Introdução. BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 33.

⁹³¹ CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 96.

retórica e que, depois de um longo uso, pareceram estáveis, canônicas e obrigatórias aos olhos de um povo: *as verdades são ilusões das quais se esqueceu que são, metáforas gastas que perderam sua força sensível*, moeda que perdeu sua efígie e que não é considerada mais como tal, mas apenas como metal”⁹³². Tal concepção vai ao encontro do estudo histórico dos conceitos, tanto na vertente propugnada por Michel Foucault – que acreditava que as práticas e o exercício do poder moldam os saberes, constituindo as verdades históricas⁹³³ – como também na versão da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck – que aponta para a contextualização histórica da semântica dos conceitos, que é temporal e absolutamente conectada à história social⁹³⁴.

De toda forma, a realidade só é cognoscível linguisticamente e as metáforas compõe a estrutura das linguagens, inclusive as ditas científicas. A consequência disso é que o conhecimento, construído em torno da linguagem, apresenta seus mitos e espíritos, sua dose amarga de irracionalidade. As pretensões de fixação de verdades ontológicas são perturbadas por atributos da própria linguagem, o que torna impossível a definição cabal de conteúdos semânticos. Nesse sentido, pode-se perceber uma “utilização indiscriminada de palavras e, por conseguinte, de formas de pensamento que buscam muito mais legitimar o poder conferido do que criar uma ideia de conteúdo ao conhecimento”⁹³⁵. Desse modo, a definição do significado dos termos jurídicos atende a critérios pragmáticos, vez que o sentido das expressões não está pré-fixado, considerando que resultam de um processo linguístico de construção semântica⁹³⁶. Assim, não é possível deixar de observar com atenção as contingências extralinguísticas, de ordem social ou político-econômica, com a finalidade de compreender o sentido pragmático dos termos jurídicos.

Existe literatura farta sobre esse tema, fazendo-nos perceber, por exemplo, que a metáfora seria “o vínculo intelectual entre a linguagem e o mito”⁹³⁷. Mesmo no campo especificamente jurídico, já foram apontadas essas aproximações entre o discurso do direito e a metafórica. Nesse sentido, Alf Ross afirmou que se faz necessário admitir que “nossa terminologia e nossas ideias apresentam uma considerável semelhança estrutural com o

⁹³² NIETZSCHE, Friedrich. Verdade e mentira no sentido extramoral. **Comum**, v. 6, n. 17. Rio de Janeiro: FACHA, 2001, p. 12-13, grifamos no final.

⁹³³ FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**, 3ªed. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

⁹³⁴ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...**

⁹³⁵ DA MAIA, Alexandre. **Ontologia jurídica**: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 20.

⁹³⁶ OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidad**. Mexico: Fontamara, 2010. ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

pensamento mágico primitivo, com respeito à invocação de potências sobrenaturais, as quais, por sua vez, são convertidas em efeitos fáticos. Não podemos descartar a possibilidade de que tal semelhança esteja enraizada numa tradição que, ligada à linguagem e ao poder que esta tem sobre o pensamento, constitui um *velho legado de infância de nossa civilização*”⁹³⁸.

Para não fugir aos nossos propósitos e considerando ser impossível abarcar todos os estudos existentes sobre as consequências da utilização das metáforas nos discursos, focaremos a nossa análise nas concepções de *metaforologia* e *teoria da não conceitualidade* a partir da obra do filósofo alemão Hans Blumenberg. Faremos isso, dentro dos objetivos deste trabalho, observando a demonstração das metáforas na linguagem jurídica, com ênfase no discurso próprio do campo criminal. Cumpre, inicialmente, mencionar os pressupostos teóricos adotados pelo autor. Basicamente, a metaforologia resulta de uma discordância parcial com a tese da *secularização* das ideias – *mundanização* – que é uma das principais consequências do processo de modernização, compreendido no conceito weberiano de *desencantamento do mundo*⁹³⁹. Como visto, essa teoria é a base para a *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck, que defende a existência de uma aceleração do tempo em decorrência das transformações conceituais advindas da modernidade. Entretanto, Hans Blumenberg tem algumas ressalvas quanto a essa posição, discordando da visão otimista de racionalidade implícita nesse pensamento.

Segundo a ideia corrente de secularização, toda a estrutura teológica do pensamento, típica das sociedades anteriores ao Século XVIII, teria se transformado a partir da revalorização dos ideais mágicos e místicos, por meio de uma racionalidade *humana, demasiado humana*. Essa concepção foi muito importante em vários campos do conhecimento, principalmente por influência da sociologia weberiana. No pensamento político, por exemplo, entendeu-se que toda a formação do Estado moderno, dos sistemas de governo e da burocracia governamental refletiriam ideais teológicos mundanizados. Nesse sentido, Carl Schmitt afirmou que a estrutura do Estado moderno é baseada em *conceitos teológicos secularizados*⁹⁴⁰.

Tomando por base essas premissas, a própria ideia moderna de história (*Geschichte*) também teria fundamento no desapego moderno à teologia cristã. Conforme Karl Lowith ensinou, a filosofia da história seria fruto da secularização de premissas religiosas, de seu

⁹³⁷ CASSIRER, Ernst. **Linguagem e mito**: uma contribuição ao problema dos nomes dos deuses. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 102.

⁹³⁸ ROSS, Alf. **Tû-Tû...** p. 32-33, grifamos.

⁹³⁹ WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo...** p. 106.

abandono. A fé no progresso histórico, desse modo, seria a *última religião*⁹⁴¹. O abandono da escatologia cristã realçaria, por sua vez, a aporia do regime de historicidade contemporâneo, bastante acelerado por um horizonte de expectativas que se faz presente, um *presentismo*⁹⁴², em razão da negativa de construção de um sentido para a história. Assim, “a impossibilidade de elaborar um sistema progressivo de história secular na base religiosa da fé tem a sua contrapartida na impossibilidade de estabelecer um plano significativo da história através da razão. Isto é corroborado pelo senso comum, pois quem ousaria proferir uma afirmação concreta sobre o objetivo e o sentido de acontecimentos contemporâneos?”⁹⁴³.

Como já dito, Hans Blumenberg discorda dessa interpretação, acreditando que a modernidade não se desvencilhou completamente de seus mitos, não tendo atingido uma racionalidade técnica absoluta na qual a abstração e a incerteza estariam ausentes. Pelo contrário, conforme preleciona, a dissolução da metafísica, decorrente do afastamento do pensamento teológico, teria dado azo à metaforologia na linguagem⁹⁴⁴. Segundo o autor, o conceito de secularização tornou-se corrente na teoria social, e por isso foram abandonados os necessários questionamentos sobre sua validade, enquanto critério de explicação da modernidade. A partir de fórmulas simplistas, todos os fundamentos modernos teriam sua origem em princípios teológicos cristãos: a igualdade apregoada pelo iluminismo, a ideia de um legislador detentor de *autoritas*, entre outros. Sua postura era de ceticismo. Não duvidava da existência do processo de secularização em determinados contextos. Contudo, tentou chamar a atenção para o perigo de se normatizar a ideia de secularização, por meio da desistência de se tentar comprová-la faticamente. Desse modo, problematizou o uso de tal ideia como uma explicação apriorística. Nesse sentido, afirmou que “é perfeitamente possível – e, de fato, é provavelmente a causa – que o conceito de secularização tenha sido introduzido com um sentido puramente descritivo, e apenas ocasionalmente tenha sido suplementado por uma referência à expropriação política de deuses eclesiásticos. Eu apenas acredito que posso observar que essa associação histórica impulsionou o desenvolvimento de um aumento da

⁹⁴⁰ SCHMITT, Carl. **Teologia política...** p. 35.

⁹⁴¹ LÖWITH, Karl. **O Sentido da história...** p. 194.

⁹⁴² HARTOG, François. Sobre la noción de régimen de historicidade: entrevista con François Hartog. DOSSE, François et ali (orgs.). **Historicidades**. Buenos Aires: Waldhuter, 2010, p. 158.

⁹⁴³ LÖWITH, Karl. **O Sentido da história...** p. 198.

⁹⁴⁴ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology**. New York: Cornell University Press, 2010, p. 132.

precisão, referente à utilização do termo, em determinada direção. E eu não penso que isso tenha sido acidental”⁹⁴⁵.

Por isso, a modernidade – ou a sua explicação – baseia-se em uma impressão vaga, não acabada, uma referência frágil que sempre escapa por entre os dedos do observador. A metáfora da secularização – chave heurística para a fixação do sentido de progresso adotado pela filosofia da história – desafia todo o otimismo porventura existente com relação à racionalidade moderna. Qualquer definição fundamental adotada na interpretação da sociedade teria como pressuposto uma metáfora. Conforme constatou, “a investigação da história conceitual de *secularização* aparentemente trouxe à luz um resultado contraditório: de um lado, dissecou um processo que se encaminhou para uma *nominalização*, um processo direcionado para a remoção de qualquer ambiguidade de conteúdo conceitual, e assim rumo a uma definição metódica, enquanto, de outro lado, descreve as últimas fases desse processo como caracterizadas por uma utilização metafórica. *Contudo, não é o uso que é metafórico, mas sim a orientação do processo de formação do conceito*”⁹⁴⁶.

Caso se persista com uma explicação da modernidade baseada exclusivamente na secularização – ideia absolutamente frágil, como já explicado – chegar-se-ia à conclusão acerca de sua ilegitimidade. Entretanto, não é esse o entendimento de Hans Blumenberg. Segundo o autor, é necessário buscar outros fundamentos para a modernidade, afastados da ideia de uma mundanização do pensamento religioso. Novas descobertas científicas – como, por exemplo, a concepção do infinito – criaram sérias dúvidas sobre a validade de estruturas escatológicas derivadas do cristianismo. O progresso, entre outras características definidoras do novo tempo, seriam fruto de uma nova forma de pensamento que incluiria a consideração da estética e da arte. De certo modo, Friedrich Nietzsche já havia renunciado essa nova explicação para a modernidade, ao afirmar que a existência do mundo só se justifica como fenômeno estético⁹⁴⁷. Por isso, a lógica religiosa secularizada não é capaz de oferecer elementos de compreensão da modernidade, a qual deve ser legitimada por meio de outros fundamentos⁹⁴⁸. Nesse contexto, a compreensão do papel das metáforas no pensamento é fundamental.

⁹⁴⁵ BLUMENBERG, Hans. **The Legitimacy of the modern age**. Cambridge: The MIT Press, 1999, p. 18.

⁹⁴⁶ BLUMENBERG, Hans. **The Legitimacy of the modern age...** p. 22, grifamos por último.

⁹⁴⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **O Nascimento da tragédia**: ou helenismo e pessimismo, 2ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 18.

⁹⁴⁸ BLUMENBERG, Hans. **The Legitimacy of the modern age...**

Para compreender isso, inicialmente falaremos sobre o significado do conceito. Hans Blumenberg entende que o conceito é um produto da razão, apesar de não haver identidade entre ambos. O autor defende a possibilidade de uma *teoria antropológica do conceito*, que explicaria como o pensamento humano começou a conceber os conceitos. Nesse sentido, a necessidade de antecipar possíveis eventos, com a finalidade de prevenção, fez com que o homem agisse remotamente, conceituando a realidade. O *actio per distans*, portanto, motivou a criação de signos que representam possíveis ocorrências futuras. A armadilha para o homem primitivo é o modelo perfeito de uma expectativa materializada, o *primeiro triunfo do conceito*: com vistas a capturar um animal determinado, fez-se a previsão necessária para antecipar uma ocorrência futura⁹⁴⁹.

O conceito deve conter um grau de indeterminação, para dar conta de expectativas relacionadas a eventos e objetos futuros e incertos. Por outro lado, também deve possuir clareza suficiente para excluir aqueles objetos que não serão submetidos à sua classificação⁹⁵⁰. Em todo caso, “o conceito deve ser, em princípio, definível, mesmo se, em uma situação dada, ninguém seja capaz de satisfazer as exigências postas pela definição. A racionalidade não começa com o preenchimento de determinadas exigências senão com que elas sejam reconhecidas”⁹⁵¹. A situação de indeterminação decorrente da utilização de um conceito possibilita ligar o pensamento automaticamente a uma percepção. Tal comando automático normatiza a reação decorrente da antecipação do evento ou objeto, mas depende de que outros tenham o conceito, pauta-se por um questionamento acerca da situação. Contudo, existem percepções que não estão acompanhadas de juízos ou conceitos, que permanecem desvinculadas de uma referência racionalizada. De modo que se poderia falar em uma *relação entre o conceito e a não conceitualidade*, zonas de percepções desacompanhadas de uma racionalização⁹⁵².

Segundo Nelson Saldanha, a compreensão da metáfora se situaria entre a noção de analogia e o conceito de juízo elaborado por Immanuel Kant⁹⁵³. Este filósofo alemão desenvolveu a sua obra filosófica partindo da constatação de que *a razão se sente constantemente embaraçada*, quanto tem pretensões de formular explicações sobre determinados objetos. Por isso, propôs uma inversão metodológica, uma revolução

⁹⁴⁹ BLUMENBERG, Hans. *Teoria da não conceitualidade...* p. 49.

⁹⁵⁰ BLUMENBERG, Hans. *Teoria da não conceitualidade...* p. 47.

⁹⁵¹ BLUMENBERG, Hans. *Teoria da não conceitualidade...* p. 73.

⁹⁵² BLUMENBERG, Hans. *Teoria da não conceitualidade...* p. 72.

copernicana na filosofia, devendo o conhecimento regular-se por juízos a priori, que são as condições para a cognoscibilidade humana, e não mais o contrário como costumava ser feito⁹⁵⁴. Acontece que não se pode, na construção do conhecimento, *ultrapassar os limites da experiência possível*, o que termina por impor linhas demarcatórias para aquilo que poderia ser submetido a uma conceitualização por meio da racionalização. Não obstante, mesmo que não se possa conceituar algo, quando sua cognoscibilidade ultrapassa as limitações humanas para a experimentação, ainda se pode pensar a respeito disso com base em representações⁹⁵⁵. O exemplo utilizado pelo filósofo é importante para o campo penal. Segundo Immanuel Kant, *não se pode conceituar a liberdade*. Contudo, essa ideia pode ser perfeitamente utilizada para juízos morais por meio de representações, servindo como fundamento da razão prática. O fato de a liberdade se situar em uma zona de não conceitualidade não inviabiliza a consideração desse dado por meio de aproximações, de metáforas. Por isso, o paradoxo do filósofo consiste, exatamente, em vincular a razão prática à frustração da razão pura: não se pode admitir a liberdade sem abrir mão de compreendê-la por meio de uma razão especulativa⁹⁵⁶.

Nesse contexto, justifica-se a metáfora. Ela viabiliza o pensamento exatamente onde a razão especulativa não é admissível, nos hiatos onde não são cabíveis os conceitos. Serve como uma ponte de ligação entre as zonas de conceitualização e não conceitualização. Essas categorias não possuem um significado referencial pois “não apontam diretamente para nada”⁹⁵⁷. Dessa característica, temos uma função pragmática da metáfora, uma *regra de reflexão*, pois o seu valor para o utente não decorre do significado delas próprias – já que são *palavras ocas*⁹⁵⁸ – mas sim da finalidade prática que as ideias que podem ser relacionadas à metáfora podem possuir, do seu propósito pragmático⁹⁵⁹. Assim, “as metáforas deixam espaços em branco, em termos de enunciação. Compreender isso permite compreender muito em relação à dinâmica da interpretação. As figuras metafóricas definitivamente compõem aspectos estéticos do falar, mas têm importância bem maior que simples rebuscamentos”⁹⁶⁰. Para entendê-las, é necessário pensar em uma relação de sua literalidade – de todo imprecisa e

⁹⁵³ SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos, ruínas**: páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002, p. 39.

⁹⁵⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**, 5ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 20.

⁹⁵⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura...** p. 26.

⁹⁵⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura...** p. 27.

⁹⁵⁷ CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 73.

⁹⁵⁸ ROSS, Alf. **Tû-Tû...**

⁹⁵⁹ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 4.

⁹⁶⁰ CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 73, grifos no original.

indeterminada – com sua extraliteralidade, aquilo que está fora de uma apreensão objetiva por meio do texto⁹⁶¹.

É interessante realçar a importância das metáforas no direito. As metáforas deixam mais clara a função da criatividade⁹⁶² no discurso jurídico, destacando a existência de uma *relação entre logos e imaginação*⁹⁶³. Nesse caso, a criatividade não significa tão-somente o motor de uma transformação do pensamento em direção a uma conceitualização, sendo na verdade algo mais abrangente que impulsiona uma contínua renovação dos conceitos em si mesmos, uma mutação de seus significados, além da criação de mais conceitos, todos conectados pela imagem fluída proporcionada pela metáfora. Além do mais, as metáforas trabalham com dados implícitos que forçam a imaginação do utente para a interpretação dos signos, chegando-se a informações que não estão disponíveis objetivamente. Por isso, “metaforizar consiste em dizer algo por implicitação (...) Há uma relação de analogia, de partilhada estrutura, entre as coisas contrapostas pela metáfora”⁹⁶⁴.

Por isso, é possível emendar que a metáfora é mais que accidental no discurso jurídico, sendo na verdade um elemento próprio do direito, um de seus pilares de sustentação. Afirmar isso pode gerar uma certa insegurança naqueles juristas mais românticos, que ignoram solenemente os questionamentos acerca da natureza do saber que lhes serve de mister. Tal sentimento paralisante seria decorrente das dúvidas que tal postura cética faz surgir – que, como um *veneno* de efeito lento, corrói paulatinamente a crença cândida no tão propalado racionalismo do pensamento jurídico⁹⁶⁵. Entretanto, não é possível negar essa característica dúbia da linguagem do direito. Como bem lembrou Pedro Parini, não se pode ignorar o fato mais que evidente de que há “um mundo inteiramente fantástico (metafórico) e mágico-ritualístico do direito que nós herdamos e sobre o qual raramente refletimos criticamente”⁹⁶⁶. As ideias de literalidade do texto jurídico – da lei – e de sua organização sistemática também

⁹⁶¹ CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 75.

⁹⁶² SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos, ruínas...**

⁹⁶³ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 4.

⁹⁶⁴ CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 73-74.

⁹⁶⁵ Talvez, a metáfora do veneno seja melhor empregada com a utilização do termo grego *phármakon*, que quer dizer a um só tempo *remédio* e *veneno*. Isso porque, ao mesmo tempo que a metaforologia poderia destruir o ídolo tão cultuado do racionalismo jurídico – sendo, portanto, *veneno* – por outro lado, é uma ferramenta heurística poderosa para desvencilhar o direito das ilusões inocentes de um pensamento cartesiano, deixando-o à salvo das ilusões febris do dogmatismo estéril – e, nesse sentido, a compreensão da função das metáforas jurídicas é um *remédio*. DERRIDA, Jacques. **A Farmácia de Platão**, 3ªed. São Paulo: Iluminuras, 2005.

⁹⁶⁶ LIMA, Pedro Parini Marques de. **A Metáfora do direito...** p. 105.

são metáforas bastante presentes na cultura jurídica⁹⁶⁷. Não é uma coincidência que algumas escolas de interpretação foram construídas em torno dessas visões metafóricas do direito.

Hans Blumenberg explicou que o discurso cartesiano, extremamente otimista no que diz respeito à racionalidade, propunha uma *objetificação* do mundo, que se daria através de terminologias utilizadas com a função de capturar com precisão os fenômenos por meio de *conceitos bem definidos*. Ora, se isso fosse de fato possível, a própria história dos conceitos se tornaria inútil, pois não haveria nenhum sentido em se perder um tempo precioso compreendendo a formação conceitual após se chegar à definitiva forma do conceito, quando então ele representaria com perfeição o objeto a que corresponde⁹⁶⁸. Contudo, esse ideal *naïve* de racionalidade não é atingível, e por isso várias categorias do pensamento não são passíveis de definições precisas, sendo avessas a uma conceitualização. Nesses casos, para dar conta da referência a tais categorias, adota-se o recurso – muito comum na linguagem jurídica – correspondente à utilização de metáforas, que são vislumbres indiretos da coisa em si, trabalhando com base na analogia, na aparência, sob a forma de juízos estéticos. Com esse significado, as metáforas podem ser verdadeiros elementos fundantes da linguagem jurídica, os quais resistem a serem, de todo, absorvidos racionalmente, não sendo compatíveis com uma formalização lógica do pensamento⁹⁶⁹. Partindo do princípio de que essas metáforas estão presentes na linguagem jurídica, podemos parafrasear Hans Blumenberg, afirmando que a meta essencial da história conceitual – vista sob uma concepção mais larga – é, também, compreender essa *função de impossibilidade de conceitualização*, essa incapacidade de a linguagem jurídica ser estruturada a partir de conceitualizações⁹⁷⁰.

Segundo Hans Blumenberg, existem certas *metáforas absolutas* que constituem verdadeiros limites à racionalização por meio de conceitos. Utilizando a terminologia kantiana, tais estruturas seriam comprovações das limitações da experiência, fronteiras além das quais seria inviável a utilização de uma razão especulativa. Avessas à objetificação conceitual, são as unidades mínimas, os *átomos do pensamento*. Como explicou o autor, o fato de as metáforas serem *absolutas* “significa apenas que resistem à exigência terminológica, *que não possam ser absorvidas pela conceitualidade*, que uma metáfora não possa ser substituída por outra, representada ou corrigida por uma mais precisa”⁹⁷¹. Diante de

⁹⁶⁷ CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 75-82 e 88-91.

⁹⁶⁸ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 2.

⁹⁶⁹ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 3.

⁹⁷⁰ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 3-4.

⁹⁷¹ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 5, grifamos.

tais elementos, teríamos uma necessidade incontornável de nos valermos de conceitos paralelos, de significados que se encontram em outras partes, porque em si mesmos eles não dizem nada. Isso, porque as metáforas absolutas apresentam uma *insuperável resistência ao contexto*⁹⁷².

O autor dá vários exemplos de metáforas absolutas. Cita a metáfora da *verdade*, do seu poder de autoimposição decorrente da versão imagética da *verdade como iluminação*. Nesse sentido, não é possível uma conceituação da *verdade*, que seria somente a maneira de denominar a qualidade que possuem certas representações, as quais prevalecem sobre outras por possuírem um status de críveis⁹⁷³. Conforme já indicado, segundo Friedrich Nietzsche a verdade seria somente um conjunto de metáforas desgastadas⁹⁷⁴. Não obstante, no processo de objetificação – desencantamento – do mundo, a *verdade* foi afastada de sua natureza essencialmente metafórica, visualizada como algo acabado, independentemente do contexto. “Foi tomada na sua palavra, naturalizada, e tornada indistinguível de uma proposição física”⁹⁷⁵. Contra essa visão ontológica de *verdade*, é possível contrapor uma historicização: a *verdade* vista como um processo histórico, a história de seu conceito, sua genealogia.

Outra dessas metáforas absolutas, referidas pelo filósofo alemão, diz respeito à *totalidade do mundo*. A ideia grega de *cosmo* já significou uma tentativa de representação da pluralidade dos mundos a partir de uma só denominação. Logicamente que isso não seria possível, caso se esperasse uma definição precisa, um conceito. Por isso a indeterminação do termo assume o papel de uma metáfora. Nesse sentido, “é decisivo que esse único substantivo assumo o lugar da incapacidade dos gregos em designar a totalidade do universo com uma só palavra”⁹⁷⁶. Assim, torna-se possível utilizar o singular *mundo* para designar a indeterminação contida no plural *mundos*. Essa metáfora fica bem nítida na expressão famosa de Ludwig Wittgenstein de que *o mundo é tudo o que acontece*⁹⁷⁷.

A importância da metaforologia reside justamente na possibilidade de criticar o apego à racionalidade, desvelando o que há de mítico e metafórico nas estruturas do pensamento. Contudo, é possível tecer algumas críticas à teoria de Hans Blumenberg. Uma delas diz respeito à aplicabilidade restrita do estudo, uma certa limitação contida na sua filosofia.

⁹⁷² BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade...** p. 113.

⁹⁷³ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 11-12.

⁹⁷⁴ NIETZSCHE, Friedrich. **Verdade e mentira no sentido extramoral...** p. 12-13

⁹⁷⁵ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 12.

⁹⁷⁶ BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade...** p. 118.

⁹⁷⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Paris: Gallimard, 1993, p. 33.

Conforme preleciona Felix Heidenreich, a teoria da não conceitualidade e a metaforologia seriam uma decorrência do que se convencionou como filosofia da subjetividade, sendo que não chegaram a constituir uma teoria política. O que não deixa de ser inusitado, pois o destaque que deu ao papel dos mitos e metáforas, na significação do mundo, poderia ter se transformado em uma preocupação mais generalizada, considerando que *a autoafirmação humana sempre é um projeto comum*, de conteúdo político⁹⁷⁸. Ao invés disso, permaneceu resumido ao domínio da estética e da arte, pois o autor não frisou as consequências desse método para os aspectos sociopolíticos.

Por exemplo, Hans Blumenberg descuidou inteiramente do direito, ao contrário de pensadores que lhe foram contemporâneos, como Jürgen Habermas. Segundo Felix Heidenreich, é “surpreendente que a questão do direito nunca tenha sido realmente discutida por Blumenberg. Partindo de um ponto de vista hegeliano, o direito é o mais óbvio exemplo do que ele chama de *espírito objetivo (objektiver Geist)*, ferramentas culturais comuns tomando a forma de coisas naturais, com existência indiscutível”⁹⁷⁹. O direito é, como explicado acima, inteiramente construído e produzido tomando por base metáforas e mitos – muito embora não se resuma a eles, considerando que sua existência não depende, simplesmente de acreditarmos ou não nesses construtos simbólicos. Por isso, *o direito torna-se real, assim como seus conceitos*, tendo consequências vivas na realidade social e dando origem a práticas e instituições. Por essa razão, a ausência de uma preocupação com o direito, entre outros aspectos políticos, é uma carência sentida na metaforologia de Hans Blumenberg.

Acreditamos que essa lacuna pode ser suprida, pois é possível a utilização da metaforologia como ponto de partida de uma análise do pensamento jurídico. Mais que isso, ousamos afirmar que a compreensão das metáforas absolutas seria um complemento e também um catalisador para a aplicação da *Begriffsgeschichte*, de Reinhart Koselleck, ou até mesmo da arqueogenealogia de Michel Foucault, no domínio do direito. Para compreender essa posição, é necessário lembrar que a opção por uma perspectiva retórica do direito implica na concepção de que os seus fundamentos não são estáticos, de que os conceitos jurídicos são contingenciais, estando sempre se modificando em função da abstração dos seus postulados metafóricos. No mais, as metáforas absolutas também possuem historicidade. Segundo Hans Blumenberg, a história das metáforas teria um sentido ainda mais radical que a dos conceitos,

⁹⁷⁸ HEIDENREICH, Felix. Political aspects in Hans Blumenberg's philosophy. **Revista de Filosofia Aurora**, v. 27, n. 41. Curitiba: PUC/PR, 2015, p. 537.

⁹⁷⁹ HEIDENREICH, Felix. **Political aspects in Hans Blumenberg's philosophy...** p. 537.

“porque a transformação histórica de uma metáfora lança luz sobre a dinâmica dos horizontes históricos de significado e modos de compreensão, dentro dos quais sofreram suas modificações”⁹⁸⁰.

Isso significa que a compreensão da história das metáforas facilita a percepção das alterações conceituais, tendo em vista que os conceitos têm como fundamentos as metáforas absolutas. Assim, a não conceitualidade coloca-se a serviço da conceitualidade⁹⁸¹, criando as condições para esta última, determinando seus horizontes. Quanto mais próximo de uma precisa conceitualização a linguagem conseguir chegar, menos necessária será a utilização das metáforas. Contudo, isso também significa que a linguagem jurídica sempre será em certa medida metafórica – pois a indeterminação e imprecisão estarão sempre presentes – e por isso sempre haverá uma região de não conceitualidade nesse domínio. Por essa razão, os conceitos jurídicos são estruturados em torno de metáforas absolutas, como as ideias de igualdade e equidade jurídica⁹⁸², justiça, proporcionalidade, liberdade, entre outros fundamentos basilares do direito, todas de fundo metafórico, que não podem ser definidas. Ao longo da história, os conceitos jurídicos são transformados, mas as metáforas absolutas continuam a lhes servir de balisa, além de fundamentarem o surgimento de novos conceitos.

As metáforas perduram exatamente por serem incrivelmente plásticas, já que não possuem conteúdo semântico imediato, sendo formadas por uma indeterminação de significado. Isso não equivale a uma perpetuidade das metáforas ou que elas seguiriam um continuísmo histórico. Muito pelo contrário, são comuns as rupturas, já que o significado das metáforas é obtido indiretamente, por um reflexo, tomando-se como referência o entendimento dos conceitos que lhes são relacionados. E, como se sabe, os conceitos jurídicos são voláteis. No mais, *as metáforas também podem morrer*, o que aconteceria quando são deturpadas pela literalidade, quando sua indeterminação é reduzida por um significado imediato e único. Segundo Torquato Castro Júnior, isso acontece com alguma frequência⁹⁸³. De todo o exposto, poderíamos resumir a relação entre as metáforas e conceitos no campo do direito a partir de outra metáfora, já referida acima. Se a verdade, de fato, é uma luz a iluminar o conhecimento, pode-se afirmar que a frágil claridade das ideias jurídicas assemelha-se a um fogo-fátuo: seus significados, construídos retoricamente, são tão fulgazes que, antes de nos

⁹⁸⁰ BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology...** p. 5.

⁹⁸¹ BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade...** p. 95.

⁹⁸² LIMA, Pedro Parini Marques de. **A Metáfora do direito...** p. 105.

⁹⁸³ CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 71.

acostumarmos com a sua luminosidade, novas mudanças conceituais nos devolveriam às penumbras da incerteza.

Após essas explicações, cumpre indicar qual seria a função da metaforologia para a história do discurso jurídico-penal e como ela pode ser utilizada no domínio do direito criminal. Faremos isso por meio de um exemplo-chave que pode servir como Norte para a compreensão de toda a discussão jurídico-penal moderna: a tensão entre os postulados de determinismo e livre-arbítrio, enquanto justificadores da responsabilidade penal.

De antemão, cumpre lembrar que, devido ao excesso de categorias relacionadas à subjetividade, tão características do direito penal, já há naturalmente uma presença marcante das metáforas nesse campo. Exatamente por lançar mão de ideias fundamentais situadas em uma zona de não conceitualidade – tais como consciência, liberdade de agir, determinismo, vontade, entre muitas outras metáforas absolutas, frequentes no direito penal – podemos dizer que a metaforologia é necessária à compreensão do pensamento jurídico-penal. Muitos dos conceitos desenvolvidos pela doutrina criminal são tentativas de lidar com esses dados, os quais não podem ser explicados por meio de uma conceituação precisa, servindo tais metáforas como uma referência – ainda que maleável – para a aplicação da norma penal.

Assim, é possível uma outra explicação para a velha disputa entre os fundamentos basilares das Escolas clássica e positivista, pano de fundo para tantas diatribes entre os doutrinadores. Como já dito, há ressalvas importantes à essa dualidade no pensamento penal entre clássicos e positivistas, mas mesmo sabendo-se da inexistência de um corpo homogêneo de predicados penais em cada um dos lados da contenda, é preciso compreender que essa dicotomia está entranhada no próprio discurso criminal, sendo por isso passível de ser historicizada. A distinção, ainda que artificial – pois decorrente de esforços retóricos dos articuladores da doutrina penal – serviu como estratégia para a defesa da implantação de certos institutos penais.

Os que não são favoráveis à utilização desse binômio como uma categoria heurística afirmam que havia incongruências nessa divisão. Por exemplo, pode-se verificar no discurso dito positivista, vários preceitos próprios do que se convencionou como Escola clássica, o que faria essa classificação perder a razão de ser. As premissas dessas críticas são corretas, realmente é possível enxergar várias contradições nos argumentos dos penalistas, no que diz respeito a esse tema. Entretanto, isso não torna inviável a utilização de tal distinção na história do direito penal, desde que se tome a mesma com a função de oferecer modelos, tipos ideais,

para a melhor compreensão do discurso criminal. Isso, porque a distinção está inserida nas próprias fontes doutrinárias, objeto da pesquisa histórica jurídico-penal, e por isso assumi-la significa tomar por base o seu conteúdo, como categoria interpretativa⁹⁸⁴.

Mas o que realmente pode ser entendido acerca dessa disputa entre liberalismo penal clássico e positivismo criminológico, por meio da metaforologia, diz respeito aos postulados metafóricos assumidos por essas vertentes, que não anulam uns aos outros, em caso de divergências. Isso, porque metáforas absolutas não se anulam reciprocamente⁹⁸⁵, já que, em razão de sua plasticidade, podem coexistir, mesmo quando isso representa aparentemente um enorme paradoxo. Essencialmente, não há contradições definitivas entre metáforas, apenas entre conceitos.

Por essa razão, podemos verificar os postulados representativos dos referenciais clássico e positivista – os quais são na verdade metáforas absolutas – serem representados concomitantemente por meio de conceitos contraditórios no discurso penal. Para elucidar melhor essa possibilidade, resumiremo-nos aos ideais de livre-arbítrio e determinismo, que são típicos da disputa entre as escolas. Ambos os postulados estão presentes no discurso penal há muito tempo: o primeiro pode ser compreendido como um dos motores da estruturação do direito penal⁹⁸⁶, enquanto o segundo ganhou força com a modernidade a partir do positivismo científico. Ambos são metafóricos, pois não é possível conceituar a liberdade – como ensinou Immanuel Kant – nem tampouco o determinismo no agir. A utilização dessas referências imanentes se dá por meio de conceitos jurídico-penais contingentes. Assim, dolo, culpabilidade, modelo de homem médio, potencial consciência de ilicitude, entre tantas outras categorias, são tão-somente conceitos que vão se amoldando às metáforas absolutas que servem de guia para o sistema punitivo.

Não é nenhuma novidade a identificação de uma compatibilização desses ideais de livre-arbítrio e determinismo nas práticas penais. A consolidação de um direito penal resultante da combinação de preceitos clássicos e positivistas é uma característica geral nas legislações criminais do século XX. Sobre o tema, Vera Regina Pereira de Andrade lembrou que “se esta convivência é possível, é porque o antagonismo escolar é mais aparente do que real; ou melhor, é porque se dissolve na *prática* do controle penal, a luta *teórica* entre as

⁹⁸⁴ SONTAG, Ricardo. **Código criminológico?** Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 99.

⁹⁸⁵ BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade...** p. 124.

⁹⁸⁶ BRANDÃO, Cláudio. **Posição da culpabilidade na dogmática penal...** p. 107-109.

escolas que, conseqüentemente, não se explica nos limites de seus elementos gnoseológicos internos”⁹⁸⁷.

A compreensão dos motivos determinantes para a inexistência de conflitos entre os postulados pode ser demonstrada utilizando-se a metaforologia. De fato, os *elementos gnoseológicos internos*, aqueles mais profundamente sedimentados no discurso penal, não são colidentes entre si, exatamente porque são metáforas absolutas. Isso significa que eles não possuem conteúdo definido, que devem ser complementados indiretamente por conceitos paralelos. Assim, ainda que esses desdobramentos, sob a forma de conceitos complementares, sejam contraditórios entre si, a necessidade de manutenção das bases do discurso jurídico-penal, dos seus postulados metafóricos, acabaria por justificar esses paradoxos.

Com essa observação, torna-se mais compreensível o aparecimento de conceitos tão contraditórios, como por exemplo a ideia de livre-arbítrio relativo, propugnada por Tobias Barreto. Com base na *filosofia monista* e numa clara tentativa de conciliar os postulados positivistas com o ideal liberal, o autor sergipano defendia que “a liberdade humana é um fato da ordem natural, que tem a sua lei, porém não se deixa explicar mecanicamente”⁹⁸⁸. Aliás, muitos juristas empreenderam esforços para justificar uma aproximação entre positivismo e classicismo⁹⁸⁹. Até mesmo grandes defensores do positivismo, como João Vieira de Araújo, em certos momentos chegaram a abrir mão de princípios caros a esse ideário, transacionando com posicionamentos típicos da escola clássica – por meio de estratégias políticas que visavam à manutenção ou implantação de outros institutos positivistas entendidos como mais importantes⁹⁹⁰.

A partir da década de 30, o debate entre as escolas foi atenuado com a incorporação de alguns preceitos positivistas *menos radicais*, sem que se inviabilizasse politicamente a sua implementação legislativa⁹⁹¹. Contudo, isso não significa que os postulados metafóricos do livre-arbítrio e determinismo foram superados, pois ambos continuaram presentes como fundamentos do discurso criminal. O que ocorreu foi uma modificação discursiva, pois a

⁹⁸⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**, 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 73.

⁹⁸⁸ BARRETO, Tobias. **Estudos de filosofia**. São Paulo: Grijalbo, 1977, p. 318. Para maiores detalhes, vide: SANTOS, Hugo Leonardo R. **Tobias Barreto e o positivismo penal...**

⁹⁸⁹ Foram chamados por Ricardo Freitas de *conciliadores*. FREITAS, Ricardo. **As Razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 325-338.

⁹⁹⁰ SONTAG, Ricardo. **Código criminológico?...**

⁹⁹¹ PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O Saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 91.

linguagem jurídica foi substancialmente alterada – por meio do advento do *tecnicismo jurídico* e da ideologia da *defesa social* – de modo a se facilitar a criação de novos conceitos para dialogar com as mesmas metáforas absolutas. Em outras palavras, a doutrina criminal passou a evitar a discussão direta dos postulados metafóricos, talvez em razão da percepção de que ambas não seriam passíveis de uma definição rigorosa – pois se situam em uma zona de não conceitualidade. Entretanto, ela persistiu com os mesmos fundamentos *míticos*, valendo-se da criação de conceitos *neutros*, os quais cumpriam melhor com a função retórica de *veracidade aparente*, por serem percebidos como dotados de *cientificidade*⁹⁹².

Podemos ilustrar essas alegações com dois fenômenos marcantes, na doutrina penal. O primeiro deles é a construção de uma ideia jurídica de determinismo por meio da conceitualização de *periculosidade* – também chamada de *perigosidade* ou *temibilidade*. Trata-se de uma saída encontrada para a fundamentação da responsabilidade criminal, evitando-se a discussão interminável sobre o abstrato e intrincado tema da liberdade de agir. Jimenez de Asúa admite essa estratégia expressamente, tendo afirmado que “a noção do estado perigoso é a fórmula moderna com que se trata de substituir, em matéria de responsabilidade criminal, os velhos e infecundos conceitos da *imputabilidade moral* e do *livre arbítrio*”⁹⁹³. Também Anibal Bruno, em uma longa explicação histórica, deixa evidente que o conceito de periculosidade é na verdade uma definição jurídica resultante dos dilemas entre os postulados positivistas do determinismo confrontados com a estrutura do direito penal clássico⁹⁹⁴. Ainda hoje, o conceito de periculosidade representa uma ferramenta de interpretação bastante utilizada no sistema punitivo brasileiro para a fundamentação da aplicação do direito penal, geralmente de forma velada, escamoteada na retórica das decisões judiciais.

aqui uma ponderação interessante. A periculosidade apresenta dificuldades enormes de conceitualização, a ponto de ser justa a indagação sobre a sua natureza, se seria de fato um conceito ou uma metáfora absoluta. No primeiro cenário, caso se entenda a periculosidade como sendo um conceito, a definição jurídica teria por função moldar uma semântica específica para a ideia de determinismo. O outro panorama, acreditando-se que seria uma metáfora absoluta, a modificação terminológica não significaria uma definição de significado, simplesmente teria se passado a chamar o determinismo no agir criminal de perigosidade. Em

⁹⁹² A ideia de *ciência*, para a qual os juristas demonstravam tanto apego, também possui natureza metafórica. CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades...** p. 88-89.

⁹⁹³ ASÚA, Jimenez de. **O Estado perigoso: nova fórmula para o tratamento penal e preventivo**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933, p. 29.

ambas as situações, o discurso criminal utilizando-se do termo periculosidade cumpre com o papel estratégico de desviar a atenção das fragilidades de uma fundamentação do direito em algo vago, uma imagem metafórica⁹⁹⁵. Para destrinchar tal questionamento seria necessária uma observação mais cuidadosa, que não cabe nos contornos desse trabalho. De toda forma, resta demonstrada a utilidade da metaforologia para a análise do tema.

Outro fenômeno que ilustra a aproximação das posturas positivista e clássica é decorrente da adoção, pelo Código Penal de 1940, do sistema dualista de penas, também chamado de duplo binário. Trata-se da manutenção concomitante de pena e medida de segurança, consequência da preservação dos fundamentos representativos de quadrantes distintos do pensamento penal: a responsabilidade moral e culpabilidade – que seriam decorrentes do livre-arbítrio – e a periculosidade – resultante da ideia de determinismo no agir. Sobre isso, Moacyr Benedicto de Souza afirmou que “tal concepção não representa, na verdade, mais que uma atitude conciliatória entre escolas. Os clássicos, partidários do livre arbítrio como fundamento da responsabilidade moral, colocam o doente mental à margem de qualquer sanção, enquanto que os positivistas, negando a autonomia da vontade humana e firmando-se na responsabilidade social, entendem que as sanções penais devem atingir todos os indivíduos que venham a delinquir”⁹⁹⁶. Trata-se de um diálogo entre conceitos contraditórios, com vistas à manutenção dos fundamentos metafóricos do sistema punitivo. Apenas com a reforma penal de 1984 esse dualismo foi substituído, adotando-se a sistemática unificada vicariante, segundo a qual para os imputáveis aplica-se somente a pena – que pode ser atenuada na hipótese de semi-imputabilidade – ou, para inimputáveis, a medida de segurança.

⁹⁹⁴ BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 11-39.

⁹⁹⁵ Tal preocupação é uma constante, no paradigma do tecnicismo jurídico, linha de pensamento que se preocupava com a efetividade jurídica dos institutos, e por isso era avessa às grandes retóricas, muito comuns nos embates entre as escolas penais pretéritas. SONTAG, Ricardo. **Código e técnica: a reforma penal brasileira de 1940, tecnização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2009, p. 74-76.

6 UTILIZANDO AS FERRAMENTAS: OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS APLICADOS À HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO (À GUISA DE UMA CONCLUSÃO)

A historiografia do direito penal brasileiro necessita ser atualizada por meio da adoção de técnicas metodológicas inovadoras, sobretudo no que diz respeito à historicização do pensamento jurídico-penal e de seus conceitos específicos. Para tanto, cumpre inicialmente entender a autonomia epistemológica da história do direito penal, a partir da adoção de um modelo com um viés crítico, cujo objeto não seja limitado ao desenvolvimento histórico da legislação criminal, mas preocupado com a observação de todos os fatores sociopolíticos que influenciam as práticas punitivas e da cultura jurídica própria do campo criminal. Tendo em vista esse objetivo, é necessária a elaboração de instrumentos teóricos e metodológicos para o aperfeiçoamento dessa área específica de estudos históricos, numa tentativa deliberada de escapar da *indigência teórica*⁹⁹⁷ que ainda permanece em boa parte da produção acadêmica brasileira⁹⁹⁸.

Ainda que a história sempre tenha sido um instrumento importante na criminologia crítica – como se percebe claramente pelo fato de alguns de seus trabalhos mais importantes serem pesquisas históricas – existe uma carência de estudos mais preocupados com a questão cultural do direito penal, os conceitos criminais ou, em geral, as mentalidades relacionadas ao fenômeno punitivo. De certo modo, ainda resiste a tendência de vincular os problemas do sistema punitivo tão-somente a contingências econômicas ou ao modo de produção, persistindo um forte viés marxista nas pesquisas histórico-criminais. Os trabalhos dessa natureza são extremamente importantes, mas entendemos que eles não são suficientes para a compreensão de todos os aspectos da questão criminal. Por isso, são necessárias abordagens históricas plurais, que tenham como foco outros objetos vinculados à problemática da punição. Daí a nossa preocupação com o estabelecimento de critérios epistemológicos para uma pesquisa histórica sobre os conceitos jurídico-criminais.

Por essa razão, a ciência histórica deve ser esquadrihada com a finalidade de subsidiar o historiador do direito com técnicas específicas para trabalhos dessa natureza.

⁹⁹⁶ SOUZA, Moacyr Benedicto de. **O Problema da unificação da pena e da medida de segurança**. São Paulo: José Bushatsky, 1979, p. 35.

⁹⁹⁷ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo: estudos sobre a história**. Rio de Janeiro: PUCRJ/Contraponto, 2014.

⁹⁹⁸ OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004.

Assim, a historiografia francesa, por meio da tradição da *Escola dos Annales*, ofereceu vários pressupostos fundamentais para a concretização dessa meta. Caso essas premissas sejam observadas, poderão ser evitados vários equívocos bastante comuns em pesquisas de história criminal, tais como anacronismos, continuísmos e um foco exagerado na história individual de certos autores – os quais representam os ídolos que, segundo François Simiand, devem ser destruídos pelo historiador⁹⁹⁹.

Como explicado, a *Escola dos Annales* foi fundamental para o desenvolvimento da ciência história. Seus ensinamentos persistem como fortes recomendações para o aperfeiçoamento da história do direito em geral¹⁰⁰⁰. Não obstante, de certo modo os *annalistes* ofereciam algumas dificuldades para a consideração de uma historiografia do direito penal, devido ao seu apego à ideia de *história total* e de seu menosprezo pela história do direito. A partir da crise no campo histórico ocorrida após os anos 1960 – que resultou na fragmentação de seu objeto de estudo e na especial atenção dada à historicização de aspectos particulares da sociedade – movimento que ficou conhecido como *Nova História* – tornou-se possível a estruturação de uma história do direito penal¹⁰⁰¹.

Com a *Nova História* houve uma grande ampliação das preocupações da historiografia, um *alargamento do terreno do historiador*¹⁰⁰². Isso resultou em um maior destaque dado ao estudo das mentalidades, com uma atenção especial para a observação histórica dos costumes, representações sociais, ideologias e sentimentos – conforme a metáfora utilizada por Michel Vovelle, a história teria ido *do porão ao sótão*¹⁰⁰³. Desde aquele momento, a influência tardia do *giro linguístico* no campo histórico vem fazendo a historiografia repensar a sua metodologia, o que fortaleceu sobremaneira a história cultural – nomenclatura que acabou prevalecendo, diante da vagueza do termo *mentalidades*. Isso colocou em xeque a utilidade da história tradicional, com a instalação de uma falsa dicotomia: de um lado a história cultural e, de outro lado, a história social.

A história do direito penal demorou a se adaptar às mudanças epistemológicas resultantes dos estudos histórico-culturais. Esse atraso também pode ser apontado na história

⁹⁹⁹ SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social**. Bauru: EDUSC, 2003.

¹⁰⁰⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

¹⁰⁰¹ FREITAS, Ricardo. Quando os caminhos de Clio e Têmis se encontram: o direito penal e as possibilidades do conhecimento histórico das ideias penais. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (orgs.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 448.

¹⁰⁰² LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973.

¹⁰⁰³ VOVELLE, Michel. A História e a longa duração. LE GOFF, Jacques (org). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 90.

do direito em geral, que por muito tempo não esteve atrelada à observação do pensamento e da experiência jurídicos – o que parece ter sido resolvido, com bastante sucesso, pelos historiadores italianos¹⁰⁰⁴. Contudo, ainda temos um longo caminho a percorrer para o aprimoramento da história do direito penal. Talvez a demora para a sedimentação da história cultural no campo criminal possa ser compreendida como o resultado de uma longa tradição de pesquisas históricas de cunho estrutural. Por exemplo, *Punição e estrutura social*¹⁰⁰⁵ – trabalho fundamental de Georg Rusche e Otto Kirchheimer que serviu como modelo de historiografia na criminologia – somente foi divulgado muitos anos depois de sua publicação original, em um momento em que os estudos culturais já começavam a ganhar forças.

Outro fator que parece ter contribuído para essa resistência à historiografia do discurso criminal foi o modo como foi recebido o trabalho de Michel Foucault no campo criminal. O historiador francês teve como pretensão revisar a antiquada história das ideias, propondo um modelo de pesquisa focado nas rupturas dos discursos. Portanto, a observação das regularidades discursivas é fundante em toda a sua obra, incluindo-se aí os trabalhos da fase genealógica, dentre os quais o muito conhecido *Vigiar e punir*¹⁰⁰⁶. Entretanto, parece que o Michel Foucault *arqueólogo*, mais focado na análise dos discursos, por vezes é pouco considerado pelos penalistas, o que nos parece equivocado. Para se compreender a sua tese máxima, de extrema importância para as ciências criminais, de que os saberes conformam os poderes faz-se necessário o estudo das condições para a formação desses saberes, o que inclui a análise dos conceitos contidos nos discursos.

Nesse sentido, a história dos conceitos consiste em uma ferramenta extremamente útil à compreensão histórica dos sistemas punitivos. Mas cumpre destacar que esse modelo de historiografia cultural não exclui sob nenhuma hipótese a importância da história social, que continua sendo uma imprescindível metodologia para a historicização do fenômeno criminal. Na verdade, devemos considerar os modelos de história social e cultural como complementares e interdependentes, e essa é uma enorme vantagem das propostas teóricas de Michel Foucault e Reinhart Koselleck. Nenhum dos dois negou a importância da história

¹⁰⁰⁴ Nesse sentido, Paolo Grossi dá a entender que o modelo mais indicado para o estudo histórico do direito estaria relacionado à história cultural e das mentalidades. GROSSI, Paolo. **A Ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 29.

¹⁰⁰⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

¹⁰⁰⁶ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**. Paris: Gallimard, 1975.

social, apenas ofereceram seus modelos de história dos conceitos como um contraponto, uma abordagem diversa, porém essencial para a compreensão da sociedade¹⁰⁰⁷.

Ao longo do trabalho, pudemos verificar as propostas de historicização dos conceitos oferecidas por Michel Foucault e Reinhart Koselleck. Na obra do historiador francês, a análise dos conceitos é um dos vários enfoques oferecidos pelo pesquisador para a observação das formações discursivas. Segundo Michel Foucault, as regras para a formação dos conceitos emergem do próprio discurso, devendo ser observadas com relação à rede discursiva¹⁰⁰⁸. Isso não significa que o autor tenha dado pouca importância à observação da história conceitual em sua arqueogenealogia. Com efeito, como se deduz de seus trabalhos, sua relevância decorre do fato de que os conceitos podem servir como estratégias discursivas para o estabelecimento de técnicas políticas.

Para possibilitar uma aproximação entre a história conceitual proposta por Michel Foucault e Reinhart Koselleck, foi necessário estabelecer algumas premissas. Inicialmente, cumpre indicar que estamos adotando uma *interpretação livre* de ambos os autores, o que de certo modo equivale a ousar *profanar seus textos*¹⁰⁰⁹. Deve-se evitar canonizar trabalhos científicos – algo que ainda se faz presente na academia. Isso não implica desconstruir os postulados fundamentais desses historiadores, mas desenhar um modelo de flexibilização, quando for necessário. Agimos assim com a única intenção de tentar estabelecer fundamentos teórico-metodológicos que possam ser adaptados para os problemas de pesquisa concretos na história do direito penal brasileiro. Em outras palavras, desenvolvemos um esforço pragmático a fim de fortalecer o arsenal de instrumentos visando à compreensão de problemas históricos no campo criminal.

Essa ampla liberdade de interpretação não foi desautorizada pelos autores em comento. Há muito que se fala na criatividade metodológica¹⁰¹⁰, sem que se esqueçam os fundamentos epistemológicos exigidos para uma pesquisa histórica. A suposição é de que não

¹⁰⁰⁷ Sobre esse ponto, Reinhart Koselleck é bastante claro ao externar sua opinião: KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. Já Michel Foucault em certos momentos chegou a criticar a história tradicional. No entanto, pareceu reconhecer a sua importância, ao afirmar que sua proposta de história das ideias não pode se afastar demasiadamente da realidade. Assim, admitiu que as práticas sociais não podem ser negligenciadas numa pesquisa histórica. FOUCAULT, Michel. **La Poussière et la nuage**. PERROT, Michelle (org.). *L'Impossible prison: recherches sur le système pénitenciaire au XIXe. Siècle*. Paris: Éditions du Seuil, 1980.

¹⁰⁰⁸ FOUCAULT, Michel. **L'Arqueologie du savoir**. Paris: Gallimard, 1969, p. 82-84

¹⁰⁰⁹ BATISTA, Vera Malaguti. Marx com Foucault. **Veredas do direito**, v. 2, n. 4. Belo Horizonte: s.e., 2005, p. 31.

¹⁰¹⁰ FEYERABEND, Paul. **Contra o método**, 2ªed. São Paulo: UNESP, 2011, p. 31.

existem métodos infalíveis ou absolutos. Michel Foucault em vários momentos parece ter incentivado essa abordagem mais livre, aconselhando que se evitem os reverencialismos. Poderíamos lembrar da sua conhecida metáfora da *caixa de ferramentas*, utilizada pelo autor ao desejar seus escritos fossem utilizados conforme a conveniência do utente, servindo assim de instrumento útil às pesquisas¹⁰¹¹.

De outro lado, a metodologia da história dos conceitos alemã também deve ser flexibilizada, atendendo a necessidades específicas do contexto histórico brasileiro. É o que defende João Feres Jr., quando alegou que “a formulação teórica é muito mais útil quando o autor é capaz de construir a partir da teoria de outra pessoa, sem poupá-la de críticas, mas *com o objetivo de expandir os horizontes intelectuais do campo*, como tentei fazer com Koselleck em trabalhos anteriores”¹⁰¹². Com esse objetivo, de alargar a utilidade das ferramentas teóricas, Melvin Richter defendeu a aproximação da história conceitual alemã com o modelo de história do pensamento político propugnado pela Escola de Collingwood¹⁰¹³. Isso somente seria possível com algumas concessões, de natureza teórica e metodológica, de ambos os lados, e esse fato não parece ter abalado Reinhart Koselleck, que ratificou esse esforço intelectual¹⁰¹⁴.

Outra premissa aqui assumida é a de que as semelhanças que serão apontadas, entre os dois autores, não significam, de modo algum, que o pensamento de ambos tenha *bebido das mesmas fontes*. Apesar de certos pensadores serem importantes para os dois historiadores¹⁰¹⁵, essas coincidências não são tão frequentes em suas obras. Enquanto Reinhart Koselleck possui uma grande dívida com Max Weber¹⁰¹⁶, Carl Schmitt, Karl Löwith, entre outros, Michel Foucault parece ser mais ligado à epistemologia francesa – especificamente Georges Canguilhem e Jean Hyppolite –, e mesmo Karl Marx – apesar de a relação entre o marxismo e esse autor ser extremamente controvertida. Contudo, é bastante interessante verificar como

¹⁰¹¹ FOUCAULT, Michel. Gerir os ilegalismos. FOUCAULT, Michel. **Michel Foucault**: entrevistas a Roger Pol-Droit. São Paulo: Graal, 2006, p. 52.

¹⁰¹² FERES JR., João. De olho nas pesquisas futuras: as camadas teóricas da história dos conceitos. FERES JR., João (org.). **Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 470, grifamos.

¹⁰¹³ RICHTER, Melvin. **The History of political and social concepts**: a critical introduction. Oxford: Oxford University press, 1995, p. 141.

¹⁰¹⁴ KOSELLECK, Reinhart. Uma resposta aos comentários sobre o *geschichtliche Grundbegriffe*. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. (Org.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006, p. 109.

¹⁰¹⁵ Como, por exemplo, Friedrich Nietzsche, que é expressamente referido por ambos, em várias passagens, inclusive com muitas referências, de ambos os lados, à sua *Genealogia da moral*. NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

eles chegaram a certas conclusões, bastante parecidas, por meio de influências teóricas tão divergentes.

Continuando, cumpre neste momento destacar algumas características comuns entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck, que poderiam ser consideradas como *pontos de aproximação* entre os dois modelos de historiografia dos conceitos. Primeiramente, conforme já comentado acima, os dois parecem ter assumido uma proposta de historiografia cultural. Ao afirmar isso, não estamos utilizando uma classificação rígida, mas tão somente enfatizando a importância do estudo histórico do discurso para esses historiadores. Michel Foucault assumiu essa postura de forma mais evidente, afirmando a necessidade de se construir uma teoria sobre o discurso que teria como fundamento a observação de certas regularidades no mesmo¹⁰¹⁷. Quando discutiu com Jacques Leonard, explicando sua forma de historicizar os problemas, também deixou bem claro que o seu foco é no discurso, na tentativa de compreender a racionalidade que serviu para a estruturação de uma prática penal¹⁰¹⁸. Por sua vez, Reinhart Koselleck deu primazia ao conceito, mas sem deixar de observar que a história conceitual é uma modalidade especial de história dos discursos – talvez mais preocupada com aspectos linguísticos específicos e com a semântica das palavras¹⁰¹⁹. É bastante oportuno lembrar que ambas as concepções de história conceitual não obstam a sua interação com a história social, antes o contrário, porque as propostas estimulam a existência de uma relação harmônica entre ambas.

Outra semelhança entre os modelos dos dois historiadores consiste na negação radical do método tradicional da história das ideias, segundo o qual os conceitos seriam descontextualizados, retirados do tempo histórico, o que resultava em uma concepção estática e anti-histórica das ideias. A introdução da *Arqueologia do saber* é quase inteiramente dedicada a defender uma nova modalidade de história do pensamento, segundo a qual as rupturas e descontinuidades deveriam ser valorizadas e não evitadas ou disfarçadas. Segundo o autor, *o método arqueológico significa o abandono da história das ideias*¹⁰²⁰. Da mesma forma, Reinhart Koselleck explicou que a história dos conceitos seria *uma crítica à história das ideias*¹⁰²¹. Com essa postura, esses historiadores puderam construir ferramentas teóricas

¹⁰¹⁶ PALONEN, Kari. Entrevista com Kari Palonen. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João (orgs.). **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006, p. 125.

¹⁰¹⁷ FOUCAULT, Michel. **L'Arqueologie du savoir...** p. 38.

¹⁰¹⁸ FOUCAULT, Michel. **La Poussière et la nuage...** p. 34.

¹⁰¹⁹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 103.

¹⁰²⁰ FOUCAULT, Michel. **L'Arqueologie du savoir...** p. 181.

¹⁰²¹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 104.

para a avaliação das continuidades e rupturas ocorridas nos discursos, afastando-se desse modo de uma historiografia anacrônica e que se focava em buscar a essência das ideias, aquilo que permanecia imutável, numa *cruzada naïve pelos significados imanentes*¹⁰²².

Disso, resultou uma concepção dinâmica dos conceitos. Ambos os autores entendiam que os conceitos possuíam historicidade, não sendo inertes no tempo. Aliás, o ofício do historiador está intrinsecamente vinculado à compreensão de tempos propícios para essas mudanças conceituais, devendo ele prestar bastante atenção às rupturas discursivas. Não é uma coincidência, portanto, que toda a teorização de Reinhart Koselleck sobre os conceitos fundamentais tenha como pano de fundo o tempo-sela, período no qual a aceleração da temporalidade na modernidade teria propiciado uma significativa alteração na semântica dos conceitos¹⁰²³.

No mais, Michel Foucault e Reinhart Koselleck priorizaram o estudo dos conceitos que surgiam de contextos sociopolíticos relevantes para a estruturação social, despreocupando-se com os *atos discursivos cotidianos*¹⁰²⁴. O historiador francês entendeu que os enunciados seriam provenientes de domínios institucionais, o que possibilitava que os discursos se transformassem em práticas políticas. Ora, a concepção de Reinhart Koselleck dos conceitos fundamentais – caracterizados pela temporalização, ideologização, democratização e politização – aproxima-se bastante do que seria entendido como uma formação discursiva.

Ambos os historiadores rejeitaram a individualidade no estudo dos conceitos. Michel Foucault foi mais radical nessa postura, já havia decretado a *morte do autor*. Nesse sentido, a compreensão do discurso não poderia se basear na subjetividade, seguindo um princípio bastante caro ao estruturalismo¹⁰²⁵. Por sua vez, Reinhart Koselleck extraiu a semântica dos conceitos que servem à pesquisa histórica de uma linguagem social, considerando que conceitos comuns seriam um requisito para os sistemas político-sociais¹⁰²⁶. Daí ambos terem rejeitado a teoria dos atos de fala, com fundamento nos estudos de John Austin, porque não desejavam se prender à questão da intencionalidade da linguagem empregada – o que

¹⁰²² Alguns historiadores popularizaram esse modelo tradicional de história das ideias, dentre eles, Arthur LOVEJOY. **A Grande cadeia do ser**: um estudo da história de uma ideia. São Paulo: Palíndromo, 2005.

¹⁰²³ KOSSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

¹⁰²⁴ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault**: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica, 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 62.

¹⁰²⁵ FOUCAULT, Michel. **L'Archeologie du savoir...** p. 125.

¹⁰²⁶ KOSSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 98.

diferenciou bastante as duas propostas do terceiro modelo de história conceitual comentado nesse trabalho, relacionado à Escola de Cambridge.

Os dois autores trabalharam com uma abordagem diacrônica do tempo¹⁰²⁷. Essa é uma marca distintiva de seus modelos historiográficos. Seja por meio das estruturas meta-históricas do horizonte de expectativas e espaço de experiência¹⁰²⁸ ou ainda com as concepções do arquivo de enunciados¹⁰²⁹ e da história do presente¹⁰³⁰, pode-se dizer que os conceitos, segundo ambos os historiadores, refletem estruturas pretéritas e possuem a capacidade de antecipar prováveis consequências sociais e políticas. Em outras palavras, a história dos conceitos, nas duas perspectivas, seria uma análise do entrecruzamento de passado e futuro.

Como se vê, existem semelhanças bastante acentuadas entre os modelos de história conceitual de Michel Foucault e Reinhart Koselleck. Por outro lado, em nossa opinião, a diferença mais significativa entre as propostas diz respeito ao desprezo de Michel Foucault pela hermenêutica e filosofia da história, ao contrário do historiador alemão que lhes tinha apreço. Contudo, mesmo essa divergência pode ser relativizada pelas ponderações de Reinhart Koselleck com relação aos exageros da concepção de hermenêutica linguística de Hans-Georg Gadamer¹⁰³¹. Outra dificuldade de conciliação entre os modelos de história conceitual é o apego de Reinhart Koselleck a uma teoria da história, a partir da consideração de requisitos meta-históricos na análise dos conceitos – a premissa da modernização e aceleração do tempo e o entrecruzamento entre espaço de experiência e horizonte de expectativas. Michel Foucault, por sua vez, *nunca aceitou uma teoria da história*, tampouco adotou uma referência que estivesse *fora do próprio discurso*. Entretanto, é interessante notar que contraditoriamente a ideia de poder desenvolvida em sua fase genealógica por vezes era tão abstrata e vaga que tomava a forma de uma teoria prévia, de um requisito apriorístico¹⁰³². No mais, Michel Foucault parece recair em um paradoxo, pois se situa no discurso e fora dele ao mesmo tempo, ao assumir que as regras de formação discursiva não poderiam ser meta-históricas. Nesse sentido, se essas regras condicionam o surgimento de enunciados, seriam

¹⁰²⁷ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...** p. 104.

¹⁰²⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado...**

¹⁰²⁹ FOUCAULT, Michel. **L'Arqueologie du savoir...** p. 166-167.

¹⁰³⁰ FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir...** p. 39-40.

¹⁰³¹ KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo: estudos sobre história**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

¹⁰³² BAUDRILLARD, Jean. **Esquecer Foucault**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

transcendentais ao discurso, o que faria com que sua construção teórica fosse considerada uma *estranha duplicação empírico-transcendental*¹⁰³³.

Nenhuma dessas discordâncias parece impossibilitar a aproximação entre essas metodologias de história conceitual. Contudo, para concretizar o aproveitamento conjunto dessas teses, devemos considerar que algumas das premissas teóricas de ambos os autores não devem ser utilizadas incondicionalmente, como se fossem requisitos ontológicos. Muito pelo contrário, cumpre considerá-las como hipóteses de pesquisa a servirem de estímulo para a realização de pesquisas históricas versando sobre o sistema punitivo brasileiro. Por isso, a história dos conceitos jurídico-penais deve assumir uma postura de cautela em face de alguns dos requisitos teóricos apresentados¹⁰³⁴. Assim, a análise das noções de tempo-sela (*Sattelzeit*) e dos requisitos meta-históricos de espaço de experiência e horizonte de expectativa podem ser consideradas como um dos objetos da pesquisa da história do direito. Isso não obsta a utilização de outros componentes da história conceitual, como por exemplo a categoria dos conceitos antitéticos assimétricos – tão característica do campo das ciências criminais – ou a observação da utilização dos conceitos criminais como estratégias políticas.

Por isso, entendemos que a história conceitual é uma ferramenta potente à disposição do historiador do direito penal. Por isso, deve ser utilizada com mais frequência no estudo dos conceitos criminais vinculados ao pensamento penal brasileiro. A compreensão do sistema punitivo não pode ter por base tão-somente a historiografia fincada em métodos da história social. Isso acabaria resultando em uma supervalorização de aspectos socioeconômicos na análise empreendida, em detrimento da percepção da importância de conceitos gestados na cultura jurídica. Os instrumentos teóricos trazidos pela obra de Michel Foucault e Reinhart Koselleck podem servir às pesquisas históricas dessa natureza, desde que se tome a precaução de fazer as devidas adaptações das técnicas que, afinal de contas, foram desenvolvidas a partir de realidades históricas distintas da nossa.

¹⁰³³ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault...** p. 123.

¹⁰³⁴ FERES JR., João. Para uma história conceitual crítica do Brasil: recebendo a *Begriffsgeschichte*. FERES JR., João; JASMIN, Marcelo. **História dos conceitos**: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Loyola, 2007.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- ALVAREZ, Marcos César. Michel Foucault e a sociologia: aproximações e tensões. **Estudos sociológicos**, v. 20, n. 38. Araraquara: UNESP, 2015.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal, 2ªed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. Foucault en la facultad de derecho. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos. Curitiba: Ledze, 2012.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. La Criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contrarreforma humanística o “las teorías criminológicas no son inocentes”. ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminología de los derechos humanos**: criminología axiológica como política criminal. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.
- ANTUNES, José Leopoldo Ferreira. **Medicina, leis e moral**: pensamento médico e comportamento no Brasil (1870-1930). São Paulo: UNESP, 1999.
- ARAÚJO, Valdeci Lopes de. **A Experiência do tempo**: conceitos e narrativas na formação nacional brasileira (1813-1845). São Paulo: Aderaldo & Rotschild, 2008.
- ARIÈS, Philippe. A História das mentalidades. LE GOFF, Jacques (org.). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ARROSI, João Paulo. A Concretude do conceito: notas para uma aproximação entre história do direito e história dos conceitos. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012.
- ASÚA, Jimenez de. **O Estado perigoso**: nova fórmula para o tratamento penal e preventivo. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.
- AUSTIN, John. **How to do things with words**. Oxford: Oxford University press, 1962.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004.
- BARRETO, Tobias. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia: ou variações anti-sociológicas. BARRETO, Tobias. **Estudos de filosofia**. São Paulo: Grijalbo, 1977.
- BARRETO, Tobias. Menores e loucos. BARRETO, Tobias. **Estudos de direito II**, 2ªed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

BARROS, José D'Assunção. **O Campo da história: especialidades e abordagens**, 7ªed. Petrópolis: Vozes, 2010.

BARROS, José D'Assunção. **Teoria da história, vol. IV: uma nova proposta para a teoria da história**. Petrópolis: Vozes, 2011.

BARROS, José D'Assunção. **Teoria da história, vol. V: a escola dos Annales e a nova história**. Petrópolis: Vozes, 2012.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, v. I**, 2ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal**, 12ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. Marx com Foucault. **Veredas do direito, v. 2, n. 4**. Belo Horizonte: s.e., 2005.

BAUDRILLARD, Jean. **Esquecer Foucault**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

BECKER, Howard. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: Free press, 1963.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

BENTHAM, Jeremy. O Panóptico: ou a casa de inspeção. TADEU, Tomaz (org.). **O Panóptico**, 2ªed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**, 2ªed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977.

BLOCH, Marc. **Os Reis taumaturgos**. São Paulo: Companhia das letras, 1993.

BLOCH, Marc. **Apologia da história: ou o ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BLUMENBERG, Hans. **The Legitimacy of the modern age**. Cambridge: The MIT Press, 1999.

BLUMENBERG, Hans. **Paradigms for a metaphorology**. New York: Cornell University Press, 2010.

BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

BOTERO, Andrés. Pressupostos epistemológicos e metodológicos da *iushistoria*. BOTERO, Andrés. **Estudos de história e filosofia do direito**. Curitiba: Juruá, 2013.

BOURDÉ, Guy; MARTIN, Hervé. **Les Écoles historiques**. Paris: Éditions du Seuil, 1983.

BOURDIEU, Pierre. **Os Usos sociais da ciência: para uma sociologia clínica do campo científico**. São Paulo: UNESP, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**, 8ªed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Homo academicus**. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. Posição da culpabilidade na dogmática penal. **Revista de estudos criminais**, nº 16. Porto Alegre: PUCRS/!TEC, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática penal ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRAUDEL, Fernand. História e sociologia. BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história**, 3ª.ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

BRAUDEL, Fernand. História e ciências sociais: a longa duração. BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre a história**, 3ª.ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BRUNO, Aníbal. Tobias Barreto criminalista. BARRETO, Tobias. **Estudos de direito II**. Rio de Janeiro: Record, 1991.

BURKE, Peter. **O Que é história cultural?** 2ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989)**: a revolução francesa da historiografia, 2ª. ed. São Paulo: UNESP, 2010.

BURKE, Peter. A História dos acontecimentos e o renascimento da narrativa. BURKE, Peter (org.). **A Escrita da história**: novas perspectivas. São Paulo: UNESP, 2011.

BURKE, Peter. A Nova história, seu passado e seu futuro. BURKE, Peter. (org.). **A Escrita da história**: novas perspectivas. São Paulo: UNESP, 2011.

CANGUILHEM, Georges. **O Normal e o patológico**, 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLINI, Paolo. **Storie di concetti giuridici**. Turim: G. Giappichelli, 2010.

CARDOSO, Ciro Flamarion. **Ensaio racionalistas**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

CARDOSO, Ciro Flamarion. Introdução: história e paradigmas rivais. CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (orgs.). **Domínios da história**: ensaios de teoria e metodologia, 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura. **Topoi**, v.1, n.1. Rio de Janeiro: UFRJ, 2000.

CASTRO, Alexander de. Cesare Beccaria e o direito penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca. DAL RI JÚNIOR, Arno et ali (orgs.). **Iluminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

CASTRO, Viveiros de. **A Nova escola penal**, 2ªed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1913.

CASTRO JR., Torquato. **A Pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009.

CASSIRER, Ernst. **Linguagem e mito**: uma contribuição ao problema dos nomes dos deuses. São Paulo: Perspectiva, 1972.

CHACON, Vamireh. **Formação das ciências sociais no Brasil**: da Escola do Recife ao código civil, 2ª. ed. São Paulo: UNESP, 2008.

CHARTIER, Roger. Le Monde comme représentation. **Annales: économies, sociétés, civilizations**, ano 44, n. 6. Paris: EHESS, 1989.

CHARTIER, Roger. História intelectual e história das mentalidades: uma dupla reavaliação. CHARTIER, Roger. **A História cultural**: entre práticas e representações, 2ªed. Algés: Difel, 2002.

CHARTIER, Roger. **A História ou a leitura do tempo**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

CHORÃO, Luís Bigotte. História e direito: perspectivas de um combate necessário. RIBEIRO, Maria Manuela Tavares. **Outros combates pela história**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.

COHEN, Stanley. **Visions of social control**. Cambridge: Polity press, 2007.

COING, Helmut. Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas). GONZÁLEZ, María del Refugio (org.). **Historia del derecho**: historiografía y metodología. México: Instituto Mora/Universidad autónoma metropolitana, 1992.

COLLINGWOOD, R. G. **Idea de la historia**. Mexico: Fondo de cultura económica, 1952.

CÓRDOBA RODA, Juan. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977.

CORREIA, Mariza. **As Ilusões da liberdade**: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. Bragança Paulista: Edusf, 1998.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**, 3ª.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Pietro. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. 47**. Curitiba: UFPR, 2008.

CRIPPA, Adolpho (org.). **As Ideias filosóficas no Brasil**. São Paulo: Convívio, 1978.

DA MAIA, Alexandre. **Ontologia jurídica**: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

DA MAIA, Alexandre. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. BRANDÃO, Claudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (orgs.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DA MAIA, Alexandre. O Direito subjetivo como imagem: da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo-comunicacional de Tercio Sampaio Ferraz Jr. ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia e teoria geral do direito**: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na belle époque**: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991.

DARNTON, Robert. História intelectual e cultural. DARNTON, Robert. **O Beijo de Lamourette**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

D’ALESSIO, Marcia Mansor. A Historiografia francesa na contemporaneidade e o diálogo França/Brasil. BARBOSA, Cibele (org.). **Teoria da história e historiografia: debates pós-68**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Massangana, 2012.

DEAN, Mitchell. **Critical and effective histories: Foucault’s methods and historical sociology**. London: Routledge, 1994. Kindle version.

DE CERTEAU, Michel. A Operação histórica. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (org.). **Fazer história, v. 1: novos problemas**. Amadora: Livraria Bertrand, 1977.

DE CERTEAU, Michel. **A Escrita da história**, 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DEKENS, Olivier. **Michel Foucault: a verdade de meus livros está no futuro**. São Paulo: Loyola, 2015.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. São Paulo: Brasiliense, 2013.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no Ocidente (1300-1800): uma cidade sitiada**. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

DERRIDA, Jacques. **A Farmácia de Platão**, 3ªed. São Paulo: Iluminuras, 2005.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na primeira República: o Brasil em defesa da sociedade**. Tese de doutoramento. Curitiba: UFPR, 2015.

DOSSE, François. **A História em migalhas: dos Annales à nova história**. Bauru: EDUSC, 2003.

D’ORS, Alvaro. Sobre historiografia jurídica. **Anuario de historia del derecho español, n. 47**. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1977.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica**, 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DUBY, Georges; LARDREAU, Guy. **Diálogos sobre a nova história**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1989.

EMSLEY, Clive. Historical perspectives on crime. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. **The Oxford handbook of criminology**. New York: Oxford university press, 2007.

ERIBON, Didier. **Michel Foucault**. Paris: Flammarion, 1991.

EWALD, François. **Foucault, a norma e o direito**. Lisboa: Vega, 1993.

FALCON, Francisco. História e poder. CARDOSO, Ciro Flammarion; VAINFAS, Ronaldo. **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**, 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FEBVRE, Lucien. Sorcellerie, sottise ou révolution mentale. **Annales: économies, sociétés, civilizations, ano 3, n. 1**. Paris: EHESS, 1948. Paris: 1948.

FEBVRE, Lucien. **Combates pela história**, 2ª. ed. Lisboa: Presença, 1985.

FEBVRE, Lucien. **O Problema da incredulidade no século XVI**: a religião de Rabelais. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

FEBVRE, Lucien. Leur histoire et la notre. FEBVRE, Lucien. **Combats pour le histoire**. Paris: Librairie Armand Colin, 1992. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/febvre_lucien/Combats_pour_lhistoire/febvre_combats_pour_histoire.pdf>. Acesso em: 17/05/2015.

FERES JR., João. De Cambridge para o mundo, historicamente: revendo a contribuição metodológica de Quentin Skinner. **Dados: revista de ciências sociais**, v. 48, n. 3. Rio de Janeiro: UERJ, 2005.

FERES JR., João. Para uma história conceitual crítica do Brasil: recebendo a *Begriffsgeschichte*. FERES JR., João; JASMIN, Marcelo. **História dos conceitos**: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: Loyola, 2007.

FERES JR., João. De olho nas pesquisas futuras: as camadas teóricas da história dos conceitos. FERES JR., João (org.). **Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

FERLA, Luis. **Feios, sujos e malvados sob medida**: a utopia médica do biodeterminismo. São Paulo: Alameda, 2009.

FERRI, Enrico. **La Sociologie criminelle**. Paris: Felix Alcan éditeur, 1905.

FERRI, Enrico. The Positive school of criminology. NEWBURN, Tim (org.) **Key readings in criminology**. Portland: Willan publishing, 2009.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**, 2ªed. São Paulo: UNESP, 2011.

FILHO, Adelino. **A Nova escola de direito criminal**. Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v.1, n.1. Recife: Typographia de F. P. Boullitieu, 1891.

FONSECA, Márcio Alves da. Vigiar e punir: 30 anos. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Michel Foucault e o discurso histórico-jurídico: encontros e desencontros entre Estado e poder. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 35, t. 1. Milão: Giuffrè, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A Noção de imaginário jurídico e a história do direito. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Deserto e o vulcão: reflexões e avaliações sobre a história do direito no Brasil. **Forum historiae iuris**, n. 1. Disponível em: <<http://www.forhistiur.de/zitat/1206fonseca.html>>. Acesso em 26/09/2015.

FOUCAULT, Michel. **Les Mots e les choses**: une archeologie des sciences humaines. Paris: Gallimard, 1966.

FOUCAULT, Michel. **L'Arqueologie du savoir**. Paris: Gallimard, 1969.

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**: naissance de la prison. Paris: Gallimard, 1975.

FOUCAULT, Michel. **La Poussière et la nuage**. PERROT, Michelle (org.). L'Impossible prison: recherches sur le système pénitenciaire au XIXe. Siècle. Paris: Éditions du Seuil, 1980.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as formas jurídicas**, 3ªed. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FOUCAULT, Michel. Gerir os ilegalismos. FOUCAULT, Michel. **Michel Foucault**: entrevistas a Roger Pol-Droit. São Paulo: Graal, 2006.

FOUCAULT, Michel. Entrevista. ROUANET, Sérgio Paulo *et ali*. **O Homem e o discurso**: a arqueologia de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Ditos & escritos, v. III**: estética, 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FOUCAULT, Michel **Ditos e escritos VI**: repensar a política. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2011.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade, v. 2**: o uso dos prazeres, 13ªed. São Paulo: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do discurso**, 23ªed. São Paulo: Loyola, 2013.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento da clínica**, 7ªed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**: na idade clássica. São Paulo: Perspectiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade, v.1**: a vontade de saber. São Paulo: Paz & Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Ditos e escritos IV**: estratégia, poder-saber, 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FOUCAULT, Michel; CHOMSKY, Noam. **Natureza humana**: justiça x poder. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FREIRE, Gilberto. Sobrados e Mucambos. SANTIAGO, Silviano (coord.). **Intérpretes do Brasil, v. 2**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.

FREITAS, Ricardo. **Razão & sensibilidade**: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FREITAS, Ricardo. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FREITAS, Ricardo. Quando os caminhos de Temis e Clio se encontram: o direito penal e as possibilidades do conhecimento histórico das ideias penais. BRANDÃO, Cláudio;

SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

FRY, Peter. Direito positivo versus direito clássico: a psicologização do crime no Brasil no pensamento de Heitor Carrilho. FIGUEIRA, Sérvulo A. (org.). **Cultura da psicanálise**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FURET, François. O Quantitativo em história. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (orgs.). **Fazer história, v. 1: novos problemas**. Amadora: Bertrand, 1977.

FURET, François. Beyond the Annales. **The Journal of modern history, v. 55, n. 3**. Chicago: The University of Chicago press, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. Teoria da história e linguagem: uma réplica de Hans-Georg Gadamer. KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo: estudos sobre história**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. História, derecho e história del derecho: consideraciones em torno a la escuela de Hinojosa. **Anuario de historia del derecho español, n. 23**. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1953.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. Cuestiones de historiografía jurídica. **Anuario de historia del derecho español, n. 44**. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1974.

GARLAND, David. **Punishment and modern society: a study in social theory**. Chicago: The University of Chicago press, 1993.

GARLAND, David. What does it mean to write a history of the present? Foucault, genealogy and the history of criminology. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n. 42**. Milano: Giuffrè, 2013.

GENELHÚ, Ricardo. **O Médico e o direito penal, v. 1: introdução histórico-criminológica**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

GINZBURG, Carlo. **O Queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela inquisição**. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**, 2ªed. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

GROSSI, Paolo. Storia sociale e dimensione giuridica. GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro: atti dell'incontro di studio**. Milão: Giuffrè, 1986.

GROSSI, Paolo. **La primera lección de derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**, 2ªed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. **O Direito entre poder e ordenamento**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, Paolo. **A Ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HART, Herbert. **O Conceito de direito**, 5ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

HARTOG, François. Sobre la noción de régimen de historicidade: entrevista con François Hartog. DOSSE, François et al (orgs.). **Historicidades**. Buenos Aires: Waldhuter, 2010.

HARTOG, François. O Regime moderno de historicidade posto à prova pelas duas guerras mundiais. DUTRA, Eliana de Freitas (org.). **O Brasil em dois tempos**: história, pensamento social e tempo presente. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

HEIDENREICH, Felix. Political aspects in Hans Blumenberg's philosophy. **Revista de Filosofia Aurora**, v. 27, n. 41. Curitiba: PUC/PR, 2015.

HERSCHMANN, Micael M.; PEREIRA, Carlos Alberto Messeder. **A Invenção do Brasil moderno**: medicina, educação e engenharia nos anos 20-30. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

HESPANHA, Antônio Manuel. **A História do direito na história social**. Lisboa: Livros horizonte, 1978.

HESPANHA, Antônio Manuel. L'Interdisciplinarità di fronte a una definizione relazionale dell'oggetto della storia giuridica. GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica**: strumenti d'indagini e ipotesi di lavoro. Milano: Giuffrè, 1986.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Imbecilias**: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime. São Paulo: Annablume, 2010.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Lisboa: Almedina, 2015.

HIMMELFARB, Gertrude. História com a política deixada de fora. NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogerio F. da. **Nova história em perspectiva**, v. 2: debates. São Paulo: Cosacnaify, 2013.

HOBBSAWM, Eric. A Volta da narrativa. HOBBSAWM, Eric. **Sobre história**. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

HOBBSAWM, Eric. Não basta a história de identidade. HOBBSAWM, Eric. **Sobre história**. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

HOMEM, Antônio Pedro Barbas. História do pensamento jurídico: considerações metodológicas. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo de Brito A.P. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

HOWARD, John. **The State of prisons in England and Wales**. London: Willian Eyres ed., 1777. Versão digital. Disponível em: <<https://play.google.com/books/reader?id=4EhNAAAAYAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=en&pg=GBS.PP9>>. Acesso em 25/02/2015.

HUIZINGA, Johan. **O Outono da idade média**: estudo sobre as formas de vida e de pensamento dos séculos XIV e XV na França e nos países baixos. São Paulo: Cosacnaify, 2010.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**, v. 1, t. 1, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HUNT, Lynn. História, cultura e texto. HUNT, Lynn (org.). **A Nova história cultural**, 2ªed. São Paulo: Martins fontes, 2001.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

JASMIN, Marcelo Gantus. História dos conceitos e teoria política e social: referências preliminares. **Revista brasileira de ciências sociais**, v. 20, n. 57. São Paulo: ANPOCS, 2005.

JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. História dos conceitos: dois momentos de um encontro intelectual. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João (Org.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, t. 1, 5ª.ed. Buenos Aires: Losada, 1992.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, t. 5, 4ªed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1992.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**, 5ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KOERNER, Andrei. Introdução. KOERNER, Andrei (org.). **História da justiça penal no Brasil**: pesquisas e análises. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. **Lua nova**, n. 68. São Paulo: CEDEC, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos históricos**, v. 5, n. 10. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 1992.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

KOSELLECK, Reinhart. The Eighteenth century as the beginning of modernity. KOSELLECK, Reinhart. **The Practice of conceptual history**: timing history, spacing concepts. Stanford: Stanford University press, 2002.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. Entrevista com Reinhart Koselleck. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. (Org.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. Uma resposta aos comentários sobre o *Geschichtliche Grundbegriffe*. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. (Org.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. Introducción al diccionario histórico de conceptos político-sociales básicos en lengua alemana. **Revista Anthropos**, n. 223. Barcelona: Anthropos, 2009.

KOSELLECK, Reinhart. A Configuração do moderno conceito de história. KOSELLECK, Reinhart *et al* (orgs.). **O Conceito de história**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

KOSELLECK, Reinhart. **Estratos do tempo**: estudos sobre história. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das revoluções científicas**, 10ªed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LACOUTURE, Jean. A História imediata. LE GOFF, Jacques (org.). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 6ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

LECOURT, Dominique. A Arqueologia e o saber. ROUANET, Sérgio Paulo *et ali*. **O Homem e o discurso**: a arqueologia de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2008.

LE GOFF, Jacques. As Mentalidades: uma história ambígua. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (org.). **História**: novos objetos. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

LE GOFF, Jacques. **La Naissance du purgatoire**. Paris: Gallimard, 1981.

LE GOFF, Jacques. Histoire medievale et histoire du droit: un dialogue difficile. GROSSI, Paolo (org.). **Storia sociale e dimensione giuridica**: strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Milano: Giuffrè, 1986.

LE GOFF, Jacques. Foucault e a *Nova História*. **Plural**, n. 10. São Paulo: USP, 2003.

LE GOFF, Jacques. Prefácio. LE GOFF, Jacques. (org.). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LE GOFF, Jacques. A História nova. LE GOFF, Jacques. (org.). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre. Apresentação. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre. (orgs.). **Fazer história**, v. 1: novos problemas. Amadora: Livraria Bertrand, 1977.

LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (org.). **História**: novos objetos. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973.

LE ROY LADURIE, Emmanuel. L'Historien et l'ordinateur. LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973.

LE ROY LADURIE, Emmanuel. Histoire et climat. LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973.

LE ROY LADURIE, Emmanuel. L'Histoire de la pluie et du beau temps. LE ROY LADURIE, Emmanuel. **Le Territoire de l'historien**. Paris: Gallimard, 1973.

LE ROY LADURIE, Emmanuel. L'Histoire immobile. **Annales: économie, sociétés, civilisations**, ano 29, n. 3. Paris: EHESS, 1974.

LE ROY LADURIE, Emmanuel. Os Caminhos da nova história. DUBY, Georges et ali. **História e nova história**. Lisboa: Teorema, 1986.

LE ROY LADURIE, Emmanuel. Acontecimento e longa duração na história social: o exemplo dos chouans. NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogério F. da (orgs.). **Nova história em perspectiva, v. 1:** propostas e desdobramentos. São Paulo: Cosacnayfi, 2011.

LEFEBVRE, Georges. **O Grande medo de 1789.** Rio de Janeiro: Campus, 1979.

LÉONARD, Jacques. L’Historien et le philosophe: a propos de Surveiller et punir. PERROT, Michelle (org.). **L’Impossible prison:** recherches sur le système pénitenciaire au XIXe. Siècle. Paris: Éditions du Seuil, 1980.

LEVI, Giovanni. Sobre a micro-história. BURKE, Peter (org.). **A Escrita da história:** novas perspectivas. São Paulo: UNESP, 2011.

LIMA, Luiz Costa. Introdução. BLUMENBERG, Hans. **Teoria da não conceitualidade.** Belo Horizonte: UFMG, 2013.

LIMA, Pedro Parini Marques de. **A Metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico.** Tese de doutorado. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão, t. 1.** Campinas: Russel, 2003.

LOMBROSO, Cesare. **L’uomo delinquente:** studiato in rapporto all’antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie. Bologna: Il Mulino, 2011 (1876).

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história:** lições introdutórias, 2ª.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOVEJOY, Arthur O. **A Grande cadeia do ser:** um estudo da história de uma ideia. São Paulo: Palíndromo, 2005.

LÖWITH, Karl. **O Sentido da história.** Lisboa: Edições 70, 1991.

LÖWY, Michel. **Ideologias e ciência social:** elementos para uma análise marxista, 19ªed. São Paulo: Cortez, 2010.

MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber,** 3ªed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

MACHADO, Roberto *et ali.* **Danação da norma:** medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MACHADO NETO, A.L. **História das ideias jurídicas no Brasil.** São Paulo: Grijalbo, 1979.

MAIA, Carlos Alvarez. **História, ciência e linguagem:** o dilema relativismo-realismo. Rio de Janeiro: Mauad X, 2015.

MANDROU, Robert. **Magistrados e feiticeiras na França do século XVII:** uma análise de psicologia histórica. São Paulo: Perspectiva, 1979.

MANZINI, Vincenzo. **Diritto penale italiano, v. 1.** Torino: Utet, 1950.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MASTROGREGORI, Massimo. Existe uma formulação teórica em Marc Bloch e Lucien Febvre? NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogerio F. da. **Nova história em perspectiva, v. 1**: propostas e desdobramentos. São Paulo: Cosacnaify, 2011.

MEGILL, Allan. The Reception of Foucault by historians. **Journal of the history of ideas, v. 48, n. 1**. Philadelphia: University of Pennsylvania press, 1987.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o niilismo de cátedra**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1985.

MONCADA, Cabral de. O Problema metodológico na ciência da história do direito português: critério para uma nova divisão cronológica. **Anuario de historia del derecho español, n. 10**. Madrid: Instituto nacional de estudios jurídicos, 1933.

MOTTA, Candido. **Classificação dos criminosos**: introdução ao estudo do direito penal. São Paulo: J. Rosseti, 1925.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Una nueva forma de entender la historia contemporánea del derecho penal: a propósito de la obra de Thomas Vormbaum. **Política criminal, n. 7**. Santiago: Universidad de Talca, 2009, disponível em <http://www.politicacriminal.cl/n_07/r_1_7.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2015.

NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**: criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho (1890-1927), 2ªed. Niterói: UFF, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**: uma polêmica. São Paulo: Companhia das letras, 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. **O Nascimento da tragédia**: ou helenismo e pessimismo, 2ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. Verdade e mentira no sentido extramoral. **Comum, v. 6, n. 17**. Rio de Janeiro: FACHA, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora**: reflexões sobre os preconceitos morais. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

NOGUEIRA, Alcântara. **Conceito ideológico do direito na Escola do Recife**. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 1980.

NORA, Pierre. O Regresso do acontecimento. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (orgs.). **Fazer história, v. 1**: novos problemas. Amadora: Bertrand, 1977.

O'BRIEN, Patricia. A História da cultura de Michel Foucault. HUNT, Lynn (org.). **A Nova história cultural**, 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídico y realidade**. Mexico: Fontamara, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em direito. OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004.

OLIVEIRA, Luciano. Relendo Vigiar e Punir. **Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social**, v. 4, n. 2. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**, 3ªed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLSEN, Niklas. **History in the plural**: na introduction to the work of Reinhart Koselleck. Oxford: Berghahn, 2012.

ORLANDI, Luiz. Do Enunciado em Foucault à teoria da multiplicidade em Deleuze. TRONCA, Italo (org.). **Foucault vivo**. Campinas: Pontes, 1987.

PALONEN, Kari. Entrevista com Kari Palonen. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João (Org.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006.

PARADISI, Bruno. **Apologia della storia giuridica**. Bologna: Il mulino, 1973.

PERROT, Michelle. L'Impossible prison. PERROT, Michelle (org). **L'Impossible prison**: recherches sur le système pénitentiaire au XIXe. Siècle. Paris: Éditions du Seuil, 1980.

PERROT, Michelle. **Os Excluídos da história**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

POCOCK, John G. A. Conceitos e discursos: uma diferença cultural? JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Loyola, 2006.

POCOCK, John G. A. O Estado da arte. POCOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Editora da USP, 2013.

POCOCK, John G. A. O Conceito de linguagem e o métier d'historien. POCOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político**. São Paulo: Editora da USP, 2013.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O Saber dos juristas e o controle penal**: o debate doutrinário na Revista de direito penal (1930-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

PROST, Antoine. **Doze lições sobre a história**, 2ªed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A Modernização do direito penal brasileiro**: sursis, livramento condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil (1924-1940). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

RADBRUCH, Gustavo; GWINNER, Enrique. **Historia de la criminalidade**: ensayo de una criminología histórica. Barcelona: Bosch, 1955.

RAGO, Margareth. As Marcas da pantera: Michel Foucault na historiografia brasileira contemporânea. **Anos 90**, v.1, n.1. Porto Alegre: UFRGS, 1993.

RAGO, Margareth. O efeito Foucault na historiografia brasileira. **Tempo social**, 7(1-2). São Paulo: USP, 1995.

RAMOS, Igor Guedes. As Relações de Michel Foucault com Clio: os historiadores, o filósofo, a história-disciplina e a ontologia histórica. **Antíteses**, v. 6, n. 12. Londrina: Universidade estadual de Londrina, 2013.

REGO, George Browne. Uma introdução à história do direito. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo de Brito A.P. **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

REIS, José Carlos. **Escola dos Annales**: a inovação em história, 2ª.ed. São Paulo: Paz e terra, 2000.

REVEL, Jacques; PETER, Jean-Pierre. O Corpo: o homem doente e sua história. LE GOFF, Jacques; NORA, Pierre (org.). **História**: novos objetos. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

RIBEIRO FILHO, Carlos Antônio Costa. Clássicos e positivistas no moderno direito penal brasileiro: uma interpretação sociológica. HERSCHMANN, Micael M.; PEREIRA, Carlos Alberto Messeder (orgs.). **A Invenção do Brasil moderno**: medicina, educação e engenharia nos anos 20-30. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

RICHTER, Melvin. **The History of political and social concepts**: a critical introduction. Oxford: Oxford University press, 1995.

RICHTER, Melvin. Avaliando um clássico contemporâneo: o *Geschichtliche Grundbegriffe* e a atividade acadêmica futura. JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JR., João. **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2006.

RICHTER, Melvin. Mais do que uma via de mão dupla: analisando, traduzindo e comparando os conceitos políticos de outras culturas. FERES JR.; João; JASMIN, Marcelo Gantus. **História dos conceitos**: diálogos transatlânticos. Rio de Janeiro: PUCRJ/Loyola, 2007.

RICOEUR, Paul. **Tempo e narrativa**, v. 3. Campinas: Papirus, 1997.

ROBERT, Philippe; LÉVY, René. Le sociologue et l'histoire pénale. **Annales: économies, sociétés, civilisations**, ano 39, n. 2. Paris: EHESS, 1984.

ROBERT, Philippe; LÉVY, René. Histoire et question pénale. **Revue d'histoire moderne et contemporaine**, t. XXXII. Paris: Société d'histoire moderne, 1985.

RODRIGUES, Nina. **As Raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Salvador: Livraria Progresso editora, 1957 (1894).

RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ROLT, Clóvis da. Foucault e a história numa trama de conceitos. **Revista de ciências sociais**, v. 42, n. 2. Fortaleza: UFC, 2011.

ROMERO, Sylvio. **História da literatura brasileira**, v. 2, 2ªed. Rio de Janeiro: H. Garnier livreiro-editor, 1903.

ROMERO, Sylvio. Explicações indispensáveis. BARRETO, Tobias. **Vários escritos**. Sergipe: Editora do Estado do Sergipe, 1926.

ROMERO, Sylvio. **A Obra de Sylvio Romero em criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Editora nacional de direito, 1951.

ROSS, Alf. **Tô-Tô**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**, 2ª.ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.

SALDANHA, Nelson. **O Problema da história na ciência jurídica contemporânea**. Porto Alegre: Escola Osvaldo Vergara, 1978.

SALDANHA, Nelson. O Pensamento jurídico brasileiro contemporâneo. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, n. 23. Milano: Giuffrè, 1994.

SALDANHA, Nelson. Criatividade e metáforas em ciências sociais. SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos, ruínas**: páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia**: secularização e crise do pensamento jurídico, 2ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SALLA, Fernando. A Pesquisa sobre as prisões: um balanço preliminar. KOERNER, Andrei (org.). **História da justiça penal no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

SANTOS, Hugo Leonardo R. Tobias Barreto e o positivismo penal. SANTOS, Hugo Leonardo R. **Estudos críticos de criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Hugo Leonardo R. Políticas criminais autoritárias: três sintomas da utilização da lógica da inimizada no sistema punitivo. SANTOS, Hugo Leonardo R. **Estudos críticos de criminologia e direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SANTOS, Hugo Leonardo R. A cabeça de Antônio Conselheiro: capítulo (ou capitulação) da antropologia criminal brasileira. OLIVEIRA, Luciano; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de (orgs.). **Para além do código de Hamurábi**: estudos sociojurídicos. Recife: ALID, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical**, 2ª.ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SBRICCOLI, Mário. Storia del diritto e storia della società: questioni di método e problemi di ricerca. SBRICCOLI, Mário. **Storia del diritto penale e della giustizia**, t.2. Milano: Giuffrè, 2009.

SBRICCOLI, Mário. La Penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. SBRICCOLI, Mário. **Storia del diritto penale e della giustizia**, t. 1. Milano: Giuffrè, 2009.

- SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHMITT, Carl. **The Concept of the political**. Chicago: The University of Chicago press, 2007.
- SCHMITT, Jean-Claude. A História dos marginais. LE GOFF, Jacques (org.). **A Nova História**, 5ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- SHARPE, Jim. A História vista de baixo. BURKE, Peter (org.). **A Escrita da história: novas perspectivas**. São Paulo: UNESP, 2011.
- SIMIAND, François. **Método histórico e ciência social**. Bauru: EDUSC, 2003.
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **História do direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SKINNER, Quentin. **As Fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das letras, 1996.
- SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the history of ideas. SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I: regarding method**. Cambridge: Cambridge University press, 2002.
- SKINNER, Quentin. Interpretation and the understanding of speech acts. SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I: regarding method**. Cambridge: Cambridge University press, 2002.
- SKINNER, Quentin. Retrospect: studying rethoric and conceptual change. SKINNER, Quentin. **Visions of politics, v. I: regarding method**. Cambridge: Cambridge University press, 2002.
- SONTAG, Ricardo. **Código e técnica: a reforma penal brasileira de 1940, tecnização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2009.
- SONTAG, Ricardo. **Código criminológico? ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899)**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- SOUZA, André Peixoto de. Uma historiografia para a cultura jurídica brasileira. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.
- SOUZA, Moacyr Benedicto de. **O Problema da unificação da pena e da medida de segurança**. São Paulo: José Bushatsky, 1979.
- SOUZA, Moacyr Benedicto de. **A Influência da escola positiva no direito penal brasileiro**. São Paulo: Leud, 1982.
- SOZZO, Maximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- SPIERENBURG, Pieter. **The Spectacle of suffering: executions and the evolution of repression**. Cambridge: Cambridge University press, 1984.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of criminology**, 5ª.ed. Chicago: J.B. Lippincott company, 1955.

THOMPSON, E. P. **A Formação da classe operária inglesa, v. 1: a árvore da liberdade**. São Paulo: Paz & Terra, 2011.

TRONCA, Italo. Foucault e a história: um espaço em branco. TRONCA, Italo (org.). **Foucault vivo**. Campinas: Pontes editores, 1987.

VAINFAS, Ronaldo. História das mentalidades e história cultural. CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo. **Domínios da história: ensaios de teoria e metodologia**, 2ªed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VALENÇA, Manuela Abath. A Construção social da vadiagem nos discursos jurídicos do início da era republicana. **Revista brasileira de sociologia do direito, v. 1, n. 2**. Porto Alegre: ABRASD, 2014.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

VEYNE, Paul. **Como se escribe la historia: ensayo de epistemologia**. Madrid: Fragua, 1972.

VEYNE, Paul. **Como se escreve a história e Foucault revoluciona a história**, 4ªed. Brasília: UNB, 1998.

VEYNE, Paul. **Foucault: seu pensamento, sua pessoa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

VIGOTSKI, L. S. **Pensamento e linguagem**, 4ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLACAÑAS, José Luis; ONCINA, Faustino. Introducción. KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Georg. **Historia y hermenéutica**. Barcelona: Paidós, 1997.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A Historicidade da dogmática jurídica a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues (orgs.). **Nas fronteiras do formalismo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Direito e liberdade: algumas considerações acerca de uma abordagem atenta à historicidade dos conceitos. ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Júnior**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

VORMBAUM, Thomas. **A Modern history of german criminal law**. Berlin: Springer, 2014.

VOVELLE, Michel. **Idéologies et mentalités**. Paris: Gallimard, 1982.

VOVELLE, Michel. A História e a longa duração. LE GOFF, Jacques (org). **A História nova**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Paris: Gallimard, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova cultural, 1999.

WHITE, Hayden. A Questão da narrativa na teoria histórica contemporânea. NOVAIS, Fernando A.; SILVA, Rogerio F. da. **Nova história em perspectiva, v. 1**: propostas e desdobramentos. São Paulo: Cosacnaify, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**, 6ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**, t. I, v. I, 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La Palabra de los muertos**: conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.