O DIREITO PENAL AO LONGO DOS TEMPOS

Valter Nilton Felix

PENAS

Para que serve a pena afinal? Depende da teoria que se aceita, pois para as:

- teorias absolutas ou de retribuição ou ainda retribucionistas, pune-se o agente porque cometeu um crime;
- teorias relativas ou utilitárias ou ainda utilitaristas, o fim é o de prevenção. A ocasião do crime e a aplicação da pena tornam-se o mote de dar exemplo aos outros para que não cometam delitos;
- teoria mistas ou ecléticas, sua finalidade é retributiva, mas também preventiva, misto de educação e correção.

Há variados tipos de pena:

- corporais: açoites, mutilações, morte;
- privativas de liberdade: prisão;
- restritivas de liberdade: banimento, degredo ou confinamento, desterro;
- pecuniárias: multa, confisco;
- restritivas de direitos.

EVOLUÇÃO DO PODER PUNITIVO

- Vingança Privada: punição maior que o crime, na maioria das vezes;
- Lei de Talião: punição pretensamente igual ao crime, mas ainda corporal. Acolhida pelo Código de Hamurabi;
- Composição: compensação pecuniária pelo crime;
- Vingança Divina: crime visto como pecado e castigado severamente. Também recepcionada no Código de Hamurabi;
- Vingança Pública: segurança do monarca garantida com morte na fogueira, esquartejamento, sepultamento em vida;
- Direito Penal Romano: evolução do direito penal fazendo distinção entre crime, propósito, ímpeto, acaso, erro, culpa leve, simples dolo e dolo mau (*dolus malus*);
- Direito Canônico: com o fortalecimento do poder papal, este direito passou atingir a todos da sociedade, religiosos e leigos. A penitenciária foi criada para dar ao condenado condição de arrependimento de seus crimes. Não havia pena capital até a Inquisição, em que as autoridades eclesiásticas agiam conforme os seus valores e entendimentos e as atrocidades foram inúmeras;
- Período Humanitário: em fins do século XVIII com a propagação dos ideais iluministas, surgiu imperativo para a proteção da liberdade individual em face

do arbítrio judiciário e para o banimento das torturas, com fundamento em respeito à pessoa humana.

FILOSOFIA PENAL

Os jusfilósofos passaram a atuar decisivamente em busca de lei penal simples, precisa e severa o mínimo necessário para combater a criminalidade, tornando assim o processo penal rápido e eficaz.

- Cesar de Bonesana, o Marquês de Beccaria (*Dei Delitti e Delle Pene*) opôs-se frontalmente contra a prática da tortura como meio de produção de prova e combateu o sistema presidiário das masmorras e a pena capital, baseando-se na teoria do *Contrato Social* de Rousseau (1762). Para ele, as penas deveriam ser preventivas e não retributivas;
- John Howard, o pai da Ciência Penitenciária, em seu livro *The State of Prision in England*, relatou a situação das prisões européias, propondo um tratamento mais digno aos presos, com direito ao trabalho, a alimentação sadia e a assistência religiosa;
- Jeremias Bentham descreveu a arquitetura e os problemas de uma penitenciária em sua obra *Teoria das Penas e das Recompensas*. Defendia o castigo como um mal necessário para evitar maiores danos à sociedade e também como elemento correcional.

ESCOLAS PENAIS

As diversas correntes filosófico-juridicas instituiram as escolas penais, que surgiram nos Tempos Modernos, abordando o fenômeno do crime e os fundamentos e objetivos do sistema penal.

- Para a Escola Clássica, a pena é um mal imposto ao indivíduo merecedor de um castigo, por ter cometido falta considerada crime, voluntária e conscientemente. A finalidade da pena seria o restabelecimento da ordem externa na sociedade. Essa doutrina possui linha filosófica de cunho humanitário e liberal, defendendo direitos individuais e o principio da reserva legal, sendo contrária ao absolutismo, à tortura e ao processo inquisitório, ou seja, defendendo o individuo contra o arbítrio do Estado. Para a Escola Clássica, o crime é um ente jurídico, infração do direito, é cometido por livre arbítrio e a pena é uma retribuição ao crime. Dividiu-se em dois grandes períodos:

    - ✓ Filosófico/teórico, destacando-se Beccaria, com sua tese tendo base nas ideias de Rousseau e de Montesquieu, construindo sistema baseado na legalidade, com o Estado submetido às limitações da lei na distribuição das punições. O pacto social de Rousseau define que o individuo se

comprometa a viver conforme as leis estipuladas pela sociedade e que deva ser punido pelo Estado quando transgredi-las, para que a ordem social seja restabelecida;

- ✓ Jurídico/prático, pontificando Franchesco Carrara. Tem-se que o crime é infração da lei do Estado e o criminoso é impelido por duas forças, a física, movimento corpóreo que produzirá o resultado, e a moral, a vontade consciente e livre de praticar o delito. A pena é meio de tutela jurídica e não pode ser arbitrária, desproporcional, mas do tamanho exato do dano sofrido, com finalidade retributiva.

- A Escola Positivista teve como precursor Augusto Comte, que representou a ascensão da burguesia emergente após a Revolução de 1789. Essa escola nega o livre arbítrio, abomina a ideia da Escola Clássica de que o crime seria resultado da vontade livre do homem. A responsabilidade criminal é associada a fatores endógenos e a pena não poderia ser retributiva, uma vez que o indivíduo age sem liberdade, o que leva ao desaparecimento da culpa voluntária. O crime é visto como um fenômeno social e natural, oriundo de causas biológicas, físicas e sociais. Tem-se definida a responsabilidade social do criminoso, em decorrência do determinismo e da periculosidade que ostenta e a pena significa defesa social e tutela jurídica do cidadão. O crime começou a ser examinado sob o ângulo sociológico, e o criminoso passou também a ser estudado do ponto de vista biopsicológico. O movimento foi iniciado pelo médico Cesare Lombroso (1835-1909) em sua obra *L´uomo delinquente* (1875). Na sua concepção, o criminoso nato era aquele que já nascia com esta predisposição orgânica, era um ser atávico, uma regressão ao homem primitivo. Após anos de pesquisa em cadáveres, declarava que os criminosos já nasciam delinquentes e que apresentavam deformações e anomalias anatômicas, como assimetria craniana, orelhas de abano, zigomas salientes, arcada superior predominante, face ampla e larga, cabelos abundantes, e psicológicas, como insensibilidade moral, impulsividade, vaidade, preguiça e imprevidência. Naturalmente tais ideias não se sustentaram perante qualquer análise científica. Lombroso foi seguido por outras eminentes figuras:

  - ✓ Enrico Ferri (1856-1929), brilhante advogado criminalista, que fundou a Sociologia Criminal, ainda insistindo que o crime era determinado por fatores antropológicos, físicos e sociais. Classificou os criminosos em: natos, que teriam atrofia do senso moral, loucos, os *border line* da psicologia, habituais, os que são por demais influenciados pelo meio social, ocasionais, os fracos de espírito, e passionais, de temperamento excessivamente nervoso, embora de bom caráter, talhados ao suicídio;
  - ✓ Rafael Garafalo (1851-1934), que, em sua obra *Criminologia* (1891) insiste que o crime está no indivíduo, um ser temível, um degenerado. O delinquente teria anomalia de sentido moral e a ele caberia pena capital, eventualmente substituida pela medida de segurança, uma sanção criminal que defenderia o grupo e ao mesmo tempo recuperaria o

delinquente. Esta medida deveria ter duração indeterminada, até a periculosidade do indivíduo desaparecer por completo.

- A Escola Técnico-Jurídica tem início em 1905 e constitui reação à corrente positivista. Procura restaurar o critério propriamente jurídico da ciência do Direito Penal. Seu primeiro expoente é Arturo Rocco. O maior objetivo é desenvolver a ideia de que a ciência penal é autônoma, com objeto e métodos próprios. O Direito Penal seria aquele expresso na lei, e o jurista deveria ater-se apenas a ele. O delito é pura relação jurídica, de conteudo individual e social, e a pena constitui reação, com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; aos inimputáveis, a medida de segurança. Aplique-se método técnico-jurídico, nem o dedutivo da escola clássica, nem o indutivo, da positivista, refutando-se emprego da filosofia no campo penal.

TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS

A construção teórica do Direito Penal Material Contemporâneo tem na Escola Abolicionista e na Escola do Movimento de Lei e Ordem ou Maximalista os seus extremos. O Garantismo, ao final, prevaleceu.

- A Escola Abolicionista foi inaugurada por Fillipo Gramatica, em Gênova, logo após a Segunda Guerra Mundial e constituiu forte reação humanitária. Não surgiu nova escola penal, mas movimento muito influente na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX. O esgotamento psicológico e físico promovido pela Segunda Guerra Mundial levou à teoria de abolição do Direito Penal, com compreensão muito mais moralista do que prática. Defendem os adeptos da Escola, que o homem não pode sofrer o crivo da justiça por seu semelhante, pois a Justiça capaz de penalizar o homem e retirar-lhe a liberdade seria apenas a Divina. Seus ideais foram perdendo espaço no campo dogmático por faltar resposta imediata aos anseios da população, que sempre entendeu que indivíduos tidos como descumpridores da norma moral e social devem ser retirados do convívio comum e trancafiados em uma prisão. A tese abolicionista foi exaurida tão logo aumentaram os crimes. Advogar a abolição da instituição carcerária parece utópico e nenhum pais tem procurado aboli-la do arsenal punitivo.
- O Movimento de Lei e Ordem, depois denominado Escola Maximalista, surgiu pelo fato de a Escola Abolicionista não ter apresentado proposta de soluções reais para os problemas penais da sociedade. Defende aplicação de Lei Penal mais dura ao delinquente imputável, com recrudescimento das penas aplicadas. Entretanto, pondere-se que o modelo de direito penal máximo, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas; com isto o substancialismo penal e a inquisição processual permitem a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva, sua máxima incerteza e irracionalidade, cria o extremado pensamento de que a sociedade deve ser educada sob a ótica do Direito Penal, dele tendo

receio, medo, ao invés de entendê-lo e seguir os parâmetros de uma vida reta e ilibada. Se um bem jurídico é atingido por um comportamento antissocial, tal conduta poderá transformar-se em infração penal.

- A Escola Garantista surge com Luigi Ferrajoli, pregando que à norma penal deve ser dado o valor que merece, nada mais, nada menos. Garantismo exprime a separação entre o "ser" e o "dever ser" no Direito e que o Direito Penal deve ser utilizado apenas em última instância, quando nenhum outro ramo jurídico for capaz de adequar o fato à norma. A finalidade do Direito Penal é a proteção tão somente dos bens necessários e vitais ao convívio em sociedade, aqueles que, em decorrência de sua importância, não podem ser protegidos somente pelos demais ramos do ordenamento jurídico. Vários princípios gerais do Direito brasileiro fundamentam-se na Teoria Garantista:

  - ✓ o princípio isonômico não permite prejudicar os indivíduos menos abastados ou excluídos por qualquer tipo de segregação. Ao contrário, institui que se trate de forma desigual as pessoas que de alguma maneira diferem das outras;
  - ✓ o princípio da dignidade da pessoa humana consiste no tratamento humanitário do indivíduo, garantindo a todos ser conhecido e reconhecido como ser humano, detentor de direitos, deveres e garantias. Na esfera penal, consubstancia que, embora tenha o indivíduo se distanciado do comportamento exigido para o convívio social, deve o mesmo ser ressocializado e reeducado com a dignidade que merece todo ser humano;
  - ✓ princípios da legalidade e da reserva legal fundamentam a manutenção da estabilidade social do Estado Democrático de Direito. Daí parte a expressão *não há crime sem lei anterior que o defina* e se apoia o princípio do devido processo legal, que é corroborado ainda pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, ou seja, a todos deve ser garantido um processo constituído de retidão e imparcialidade e o direito de contraditar e debater tudo aquilo que lhes foi imputado. A lei brasileira proibe a criação de tribunais de exceção, sendo que a independência do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural uma de suas garantias indispensáveis;
  - ✓ o princípio do *in dubio pro reo* garante ao acusado o benefício da dúvida e também que a Lei Penal não poderá retroagir para julgar em desfavor do acusado, mas somente em favor do réu. Liga-se ao princípio da presunção de inocência, o qual sedimenta que, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a inocência é presumida e ninguém deve ser considerado culpado.

DIREITO PENAL MATERIAL COM BASE NO GARANTISMO

O Direito Penal Mínimo considera sobretudo a dignidade da pessoa humana, a intervenção mínima do Estado, a lesividade ou ofensividade do ato, a adequação social da conduta, a insignificância de determinados delitos, a legalidade, a individualização e a limitação da pena, sua proporcionalidade, a responsabilidade pessoal do criminoso, bem como sua culpabilidade, devendo prevalecer o princípio da intervenção mínima. Tem-se, de início, a valoração do bem atingido pelo delito. Se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a proteção do bem, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal, que deve ocupar-se de condutas graves, ofensivas a bens jurídicos relevantes, evitando a intromissão excessiva na vida privada de cada um, cerceando em demasia a liberdade e punindo a pessoa por fatos nitidamente irrelevantes aos olhos da imensa maioria da sociedade, cuidando, isso sim, de ações e fatos verdadeiramente lesivos.

A individualização da pena parte de sua cominação, outorgada pelo legislador, segue para a sua aplicação pelo julgador e finda na sua execução. Não transcende a pessoa do criminoso, mas a obrigação de reparar o dano e o perdimento de bens podem ser transferidos aos seus sucessores. A limitação das penas implica não haver penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

LEIA MAIS

- ✓ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 12a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- ✓ MIRABETE, Julio Frabbrini; FABBRINI, Renato. Manual de Direito Penal. 24a ed. São Paulo: Atlas, 2007. V.1.
- ✓ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.