

## **Introdução:**

O surgimento do Direito Penal se conjuga com o surgimento da própria sociedade. Ele nasce em meio ao sentimento de vingança e não de justiça, como veremos neste trabalho.

Seu trajeto também acompanha os passos da evolução do Estado. As inferências da igreja são de grande importância em suas conceituações.

O presente trabalho busca retratar de forma sucinta os primórdios do Direito Penal. Optamos em não sobrecarregar o leitor com especificidades que não incorporarão benéficamente seu conhecimento. Pensamos que, no momento atual, extremamente dinâmico, são utópico trabalhos gigantescos apregoados a detalhes sem relevância no contexto de formação geral do discente.

Nos inúmeros livros os quais consultamos, procuramos extrair o que de mais importante cada autor expôs sobre o assunto. Uma observação interessante é que são os autores mais antigos os que melhor abordam o assunto. Os mais recentes os fazem de forma plagiada (muitas vezes explícita) e os mais didáticos (como Damásio de Jesus, na nossa concepção) dão ao tema uma importância secundária.

Conhecer a historicidade de todos os ramos do Direito, sem dúvida, é importante. Mas conhecer com clareza e objetividade. É essa a nossa pretensão frente ao presente trabalho.

## **PARTE PRIMEIRA**

### **Evolução Histórica do Direito Penal**

O que conhecemos como o Direito Penal atual não deve ser encarado como sua forma concreta, final, acabada. Ainda há muito o que evoluir e à nós cabe apenas um ponto na história penalista.

#### **Período Primitivo**

O homem sempre viveu em grupo e precisou de regras para reger sua vida social. As normas iniciais não mais eram que tradições, superstições e costumes misticamente observados pelos membros do grupo. O respeito a estas normas era de natureza essencialmente sacral. Tudo era mistério, misticismo, divino. Vem daí a idéia de proteção totêmica e das leis do tabu, que funcionava como norma de comportamento. Já o totem era representação da entidade protetora do grupo, a representação do Deus que os protegia.

A reação desse grupo primitivo contra o infrator visava restabelecer a proteção sacral, perdida com a ofensa causada pela infração às normas do tabu. Punindo o infrator o grupo estava se reconciliando com seu Deus. Em síntese, o crime é um atentado contra os deuses e a pena um meio de aplacar a cólera divina. A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça.

Numa fase seguinte a pena deixa de ter função de restabelecimento da proteção sacral para expressar o interesse coletivo. Era o grupo que tinha interesse na punição e não ofendido ou seus próximos. A vida naquele tempo era essencialmente comunitária. A individualidade não tinha lugar perante o coletivo.

João José Leal discorda que o Direito Penal tenha numa das fases primeiras da evolução se caracterizado pela vingança privada (exercida isoladamente e com base no interesse individual, ela somente se manifestaria quando a vida coletiva adquirisse um grau mínimo de organização). Buscando outros autores, ele afirma que não há fundamento para se afirmar que a pena tem sua origem no instituto de conservação individual. Ao contrário, as normas de conduta sempre constituíram "uma ofensa aos interesses comuns do grupo, uma perturbação da paz coletiva". Sintetizando, o crime é agressão violenta de uma tribo contra outra e a pena a vingança de sangue de tribo a tribo.

Numa terceira etapa encontramos as penas de perda da paz e de vingança de sangue. A primeira consistia na expulsão do infrator do meio em que vivia. Para o indivíduo isso significava a morte, uma vez que era impossível sobreviver isolado em meio à natureza hostil.

Já a vingança de sangue era aplicada aos infratores estranhos ao grupo, por violações ao tabu. É provável que a guerra entre as tribos primitivas fossem motivadas pela represália de indivíduos do mesmo clã sangüíneo contra membros de outros grupos, dando origem à convencionalizada 'vingança do sangue'.

Em todas estas etapas o cunho religioso e consuetudinário imperava sobre as idéias do direito penal. As superstições e crenças constituíam-se em fundamentos de todas as atitudes do homem primitivo. O caráter, portanto, era muito mais religioso que jurídico. O poder coercitivo atuava com base no temor religioso ou mágico. O crime é a transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado e a pena a reação do Estado contra a vontade individual oposta à sua.

Juarez Tavares comenta que o Direito Penal se origina no período superior da barbárie, com a divisão social do trabalho e da sociedade em classes.

Porto Carreiro é um autor que admite a existência do Direito Penal como fenômeno jurídico apenas em fases posteriores, e não nas já descritas. Ele parte do princípio que para haver jurisdição é necessário um grau de desenvolvimento sócio-político dos grupos humanos. "O Direito pressupõe a existência de um grupo organizado, de uma fonte emanadora do preceito jurídico e de um órgão capaz de torná-lo obrigatório e de aplicar ao infrator uma sanção".

Passamos agora à fase da composição (sistema pelo qual o ofensor se livrava do castigo com a compra da sua liberdade) e da vingança privada. Nesta, presenciemos a reação do indivíduo ou seu grupo contra membros de outros aglomerados. A reação tem natureza social e coletiva, mesmo porque se considerava uma ofensa à comunidade a que pertencia o indivíduo, e a própria vingança se dirigia a qualquer membro do grupo e não somente ao agressor, como cita Aníbal Bruno.

A comunidade primitiva se desdobra e surge o poder central. A ele cabe conciliar interesses divergentes e estabelecer o equilíbrio necessário à convivência de diversos grupos. Neste tempo surge a composição. Ela nasce do interesse do ofendido e do grupo a que pertencia, de verem o autor do dano, causado pela infração, sujeito a uma obrigação indenizatória, consistente no pagamento em espécie ou na sua submissão às condições que satisfizessem aos interesses da vítima ou de sua tribo. É uma forma alternativa de repressão aplicável aos casos em que a morte do delinqüente fosse desaconselhável ou porque o interesse do ofendido fosse favorável à reparação do dano causado pela ação delituosa. Ocorria na composição a intervenção do poder público.

## **Período Antigo**

Iniciado por volta de 4.000 a.C., é marcado pelo aparecimento das primeiras civilizações, com organização sócio-política-econômica e a figura do soberano representando o poder absoluto do Estado nascente. São ingredientes que permitirão a repressão criminal de caráter público, com reação penal proporcional à gravidade do delito.

É o tempo do Talião. Mesmo aí o Direito Penal ainda tem caráter místico, menos que no período primitivo. Na Lei do Talião o castigo tem mesma proporção da culpa. Significa limitar, restringir, retribuir na mesma proporção de sua gravidade as consequências do crime praticado, na mesma forma e intensidade do mal por ele causado. É o popular 'olho por olho, dente por dente'. É uma forma de acabar com a punição ilimitada e desregrada. Embora suas penas pareçam cruéis, coube à Lei de Talião um abrandamento do sistema punitivo então vigente.

A maioria dos povos antigos recorreu a esta prática. Encontramos citações a respeito no Código de Hamurabi. Os hebreus também utilizaram o recurso, constatável tal fato na

própria Bíblia. Na Lei das XII Tábuas o termo 'talião' é citado explicitamente e no século IX a.C. é a vez do Código de Manu recorrer a tal artefato.

## **Direito Penal Romano**

Antes de entrarmos na esfera romana, citaremos o trabalho grego. Nesta sociedade o direito teve caráter sacral à resposta punitiva, além da vingança privada e da composição. Os gregos tem importância por agregar ao Direito Penal o caráter público.

Dividiam as infrações penais em duas categorias: crimes públicos, em relação aos quais poderiam ser aplicadas penas coletivas e crimes privados, que somente admitiam a punição do autor.

Reconhecidos mais pela avançada filosofia que pelos passos no mundo do Direito, os gregos num dado tempo de sua evolução fazem com que a filosofia envolva o Direito e aí sim é possível ver focos de seu progresso. Nomes como Platão e Aristóteles especularam sobre o fenômeno criminal, acentuando a idéia de expiação e retribuição da pena, salientando mais tarde a importância da função preventiva da pena criminal.

Lembremos ainda do Direito Penal do povo hebreu com o Talmud. Substituiu-se a pena de Talião pela multa, prisão e imposição de gravames físicos. Praticamente extinguiu-se a pena de morte. Os crimes eram divididos em delitos contra a divindade e crimes contra o semelhante. Houveram garantias em favor do réu contra denúncia caluniosa e falso testemunho.

Chegamos aos romanos. Não bastava apenas a força física dos seus exércitos para manter as conquistas territoriais do império. Fazia-se necessário um avançado sistema jurídico, que mantivesse a ordem, a chamada pax romana, nas mais distantes regiões dominadas. Daí decorre o motivo de serem tão extraordinários no início da história da jurisdição, com seus institutos, práticas e entendimentos doutrinários perdurando até hoje.

Os romanos não sistematizaram os institutos penais. Cada caso era julgado em sua particularidade. O processo penal teve relevante importância.

No campo específico do Direito Penal, após o período primitivo de caráter essencialmente religioso, houve uma preocupação de laicizar o sistema repressivo, punindo o infrator com fundamento no interesse individual ou público. As infrações passam a ser divididas em crimes públicos (crimina pública) e privados (delicta privata).

Os primeiros constituíam-se em atos atentatórios à segurança interna ou externa do Estado Romano e, por isso, cabia a este exercer a repressão contra o delinqüente. Com o transcorrer dos tempos outros atos passaram à categoria de crimes públicos, como é o caso do homicídio, originariamente sancionado pelos familiares da vítima sob a denominação. As penas eram severas, como de morte ou deportação. Os crimes privados ficavam sujeitos à repressão do ofendido ou de seus familiares e eram julgados pela justiça civil que, na maioria dos casos, impunha às partes a composição.

#### **As penas eram:**

supplicium (executava-se o delinqüente)

damnum (pagamento em dinheiro)

poena (pagamento em dinheiro quando o delito era de lesões)

Outro aspecto interessante verifica-se no poder concedido ao pater famílias, que atua não só no direito de família mas também no criminal. Houve tempo em que dispunha até mesmo de direito de vida e morte sobre todos os seus familiares.

Para os romanos a pena criminal, passado o período primitivo, revestia-se de uma função retributiva, de exemplaridade e, também, de prevenção. Também cabe assinalar que o Direito Penal romano atingiu um grau técnico-jurídico de elaboração suficiente para distinguir o elemento subjetivo da infração (dolo ou culpa) do fato puramente material. Surgem daí as noções de crimes dolosos (intencional) e culposos (não intencional).

No caráter da imputabilidade, os juristas romanos souberam compreender que os menores e os doentes mentais não podiam ser capazes de agir com culpabilidade.

Aníbal Bruno afirma que os romanos construíram um grandioso sistema jurídico, sem que tenham manifestado uma preocupação maior com a sistematização doutrinária de princípios e conceitos. Construíram o Direito através da prática do justo, aplicado aos casos cotidianos.

A Lei das XII Tábuas, de origem romana, tem grande significado na história das instituições penais. Jiménez de Asúa pontua que "nelas se estabelece uma prévia determinação dos delitos privados, fora dos quais não se admite a vingança privada; afirma-se o talião, delimitador, ademais, da citada vingança e como meio de evitá-la se regula a composição. Ainda que a Lei das XII Tábuas seja uma legislação rude e primitiva, é relevante o fato de que se inspira na igualdade social e política, excluindo toda a distinção de classes sociais ante o Direito Penal".

O Direito Romano contribuiu decisivamente para evolução do Direito Penal com a criação de princípios penais sobre o erro, a culpa (leve e lata), dolo (bonus e malus), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa e estado de necessidade.

### **Direito Penal Germânico**

É um direito composto apenas pelo caráter consuetudinário e não por leis escritas. Os bárbaros que compuseram os povos germânicos trouxeram para Europa ocidental seus costumes, tradições, religiões e também o sistema jurídico. Seu período inicial foi marcado por um sistema punitivo de caráter religioso. A perda da paz, representada pela expulsão do infrator do seu meio social e sua conseqüente morte, marcou seguramente a prática punitiva das primeiras épocas do povo germânico. Também a vingança, já citada, marcou presença.

Com o fim das invasões e consolidação das regiões ocupadas, a vingança de sangue dá lugar à composição voluntária ou compulsória. A pena de paz admite um preço a ser pago pela infrator. O Direito Penal Germânico, a partir de então, se transforma num sistema de sanções de características acentuadamente patrimoniais, "num minucioso tabelamento de taxas penais, variáveis segundo a gravidade das lesões e também a categoria do ofendido", como trabalha Aníbal Bruno.

Surgiram, assim, três tipos de penas baseadas na composição:

Wehrgeld, que consistia no pagamento de uma indenização, mas principalmente na submissão do infrator, obrigado a dar o seu trabalho em favor da vítima ou de seu grupo;

2. Busse, uma verdadeira pena de multa, paga ao ofendido, para se livrar da vingança privada (uns a entendem como pena aplicável ao caso de pequenas infrações; outros, como espécie dos quais as penas do item 3 são gênero);

3. Friedensgeld ou Fredum, consistente no pagamento ao soberano de uma soma em dinheiro pela violação da paz.

As três penas evidenciam o caráter pecuniário das penas criminais, que constituíram o sistema repressivo dos povos germânicos. Mesmo assim eles não deixaram de praticar a pena de morte e as demais penas em geral, como as mutilações. A composição, com suas penas patrimoniais bem definidas, constituía-se num Direito Penal de homens livres, da nobreza proprietária das terras. Aos servos se aplicavam as penas corporais mais severas. Não distinguia dolo, culpa e caso fortuito, determinando punição do autor sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo do seu ato.

Contemplava o direito penal germânico o que é considerado inadmissível nos dias de hoje: a responsabilidade sem culpabilidade o que, equivale dizer, acarretava ao indivíduo punição pelo simples resultado que causava, sem que a pena variasse quando da involuntariedade ou não do ato.

Houveram penas extremamente severas. As adúlteras eram sepultadas vivas em pântanos e os covardes eram lançados a animais para serem devorados. Se o condenado morresse antes de cumprir toda pena, um dos membros da família devia substituí-lo pelo resto do tempo que faltava.

### **Direito Penal Canônico**

A influência do Cristianismo na legislação penal foi extensa e importante. Essa influência começou com a proclamação da liberdade de culto, pelo imperador Constantino e, mais propriamente, quando Constantino foi declarado a única religião do Estado, sob o imperador Teodósio I. O Direito Canônico tem origem disciplinar, sendo sua fonte mais antiga os Libri penitenciales. Em face da crescente influência da igreja sob o governo civil, o Direito Canônico foi aos poucos estendendo-se à pessoas não sujeitas à disciplina religiosa, desde que se tratasse de fatos da natureza espiritual.

Com a conversão de Clodoveu, penetra o Cristianismo na monarquia franca, aí surgindo então a repressão penal de vários crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica. Desde o século IX inicia-se a luta metódica e triunfadora do Papado para obter o predomínio sobre o poder temporal, pretendendo impor leis ao Estado, como representante de Deus. Assim, o poder punitivo da igreja protege os interesses religiosos de dominação. Surge daí o Corpus Juris Canonici, que se compõe do Decretum Gratiani, das Decretais de Gregório IX, do Liber Sextus, de Bonifácio VIII e as chamadas Clementinas, Constituições do Papa Clemente V. As disposições legislativas estabelecidas pelos papas são Decretais; as que se originam dos Concílios, chamam-se Canons. É dessa última expressão que deriva o Direito Canônico, também chamado de Direito Penal da Igreja.

O Direito Canônico dividia os crimes em delicta ecclesiastica (de exclusiva competência dos tribunais eclesiásticos); delicta mere secularia (julgados pelos tribunais leigos) e delicta mixta, os quais atentavam ao mesmo tempo contra a ordem divina e a humana e poderiam ser julgados pelo tribunal que primeiro deles conhecesse. As penas distinguem-se em spirituales (penitências, excomunhão, etc) e temporales, conforme a natureza do bem a que atingem. As penas eram, em princípio, justa retribuição, mas dirigiam-se também ao arrependimento e à emenda do réu.

A influência do direito canônico foi benéfica segundo Heleno Cláudio Fragoso. Trouxe a humanização, embora politicamente a sua luta metódica visasse obter o predomínio do

papado sobre o poder temporal para proteger os interesses religiosos de dominação. Proclamou a igualdade de todos os homens, acentuando o aspecto subjetivo do crime, opondo-se, assim ao sentido puramente objetivo da ofensa, que prevalecia no direito germânico. Favorecendo o fortalecimento da justiça pública, opôs-se à vingança privada decisivamente, através do direito de asilo e da trégua de Deus. Por força desta última, da tarde de Quarta-feira de manhã à manhã de Segunda-feira nenhuma reação privada era admissível, sob pena de excomunhão. Opôs-se também o Direito Canônico às ordálias e duelo judiciários e procurou introduzir as penas privativas de liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar o arrependimento e a emenda do réu.

A penitenciária é de inspiração nitidamente eclesiástica. Pregava cumprimento da pena em claustro ou cubículos. Defendeu a igreja a mitigação das penas. Os tribunais eclesiásticos nunca aplicavam a pena de morte, entregando o réu que deveria sofrê-la aos tribunais seculares. Parece certo que em seu ulterior desenvolvimento, afirmou-se a maior severidade dos tribunais eclesiásticos, especialmente com a Inquisição, que fez largo emprego da tortura, escrevendo negra página na história do Direito Penal. O processo inquisitório surgiu com o Concílio de Latrão e possibilitava o procedimento de ofício, sem necessidade de prévia acusação, pública ou privada.

Está em vigor hoje o Codex Juris Canonici, promulgado pelo Papa Bento XV, em 1917.

### **Direito Penal Comum**

Com a fragmentação do poder político que surgiu com o término da dinastia carolíngia, observou-se um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal, pois ressurgiu o direito consuetudinário da época anterior, deixando de ser observadas as leis escritas da época franca. Penetramos no regime feudal. Em consequência, reaparece a concepção privada da justiça punitiva, com a vingança privada e o pagamento do preço da expiação tomando o posto das penas públicas. É nessa época que se inicia a luta da Igreja, a princípio pela independência e logo pelo predomínio do poder espiritual.

O Direito Penal dessa época resulta de uma combinação entre o direito romano, o germânico e o canônico, com prevalência do primeiro, que é a fonte a ser consultada nos casos omissos.

Com o fortalecimento do poder político entre os povos germânicos, a partir do século XII, readquire relevo o sentido público do crime e da pena, recrudescendo a luta contra a Faída e a vingança privada. Aparecem então as leis de paz territorial, nas quais são previstos crimes e penas. São muito numerosas tais leis, que resultam da estipulação feita entre o imperador dos diversos Estados.



A violação dessas leis, ora é considerada uma infração penal em si, ora é circunstância agravante. Entre as mais importantes estão a Constitutio Moguntina, de Frederico II e a paz territorial perpétua de Worms, na qual se descreve definitivamente o direito da Faída. Na Alemanha esta evolução terminou com o aparecimento da legislação criminal de Carlos V, a Constitutio Criminalis Carolina que sucedeu à Constitutio Criminalis Bamberguensis. A importância da Carolina reside no fato de atribuir definitivamente ao Estado o poder punitivo, dando firmeza ao Direito. Apesar da fragmentação do império, na época posterior, a Carolina permanece por longo tempo como fonte do direito comum na Alemanha, praticamente até o século passado.

## **PARTE**

## **SEGUNDA**

### **Período Humanitário e Movimento Codificador**

É no decorrer do Iluminismo que se inicia o denominado período humanitário do direito penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII. O Iluminismo significa a auto-emancipação do homem da simples autoridade, preconceito convenção e tradição, com insistência no livre pensamento sobre problemas que tais instâncias consideravam incriticáveis.

As idéias políticas dominantes começaram a serem revistas com a obra de Hugo Grotius sobre o direito natural (*de iuri belli ac pacis*, 1625), como diz Von Liszt, deu início à luta sobre os fundamentos do direito penal do Estado dando à pena um fundamento racional. A evolução prossegue com as obras de Puffendorf, Thomasius e Christian Wolff, jusnaturalistas que fundaram o direito do Estado na razão, combatendo o direito romano e o canônico, bem como opondo-se ao princípio da retribuição reconhecendo o fim da pena na utilidade comum.

Com a obra dos filósofos Hobbes, Espinosa, e sobretudo Locke que prescindiam da idéia de justiça absoluta e afirmaram ser o fim da pena a manutenção a obediência dos súditos ou da segurança comum., visando impedir que novos crimes sejam praticados pelo culpado ou pelos demais cidadãos.

Destaca-se os enciclopedistas francêss como Montesquieu, autor das *Lettres Persanes*, de 1721 e do *Espirit des lois*, de 1748, obras que exerceram extraordinária influencia e de independência do poder judiciário; Rousseau, dando com o seu *Contract Social*, de 1762, os fundamentos da liberdade política e da igualdade dos cidadãos e, ainda Voltaire que em vários de seus escritos reclamava a completa renovação dos costumes judiciários e da prática dos Tribunais, especialmente com a famosa defesa de Jean Calas, protestante morto injustamente em 1762.

Nesta época César Beccaria publica em Milão em 1764, com a colaboração dos irmãos Verri em seu famoso opúsculo *Dei delitti delle e pene*. Um pequeno livro que se tornou o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penal então vigente.

A obra de Beccaria, cuja a 1ª foi anônima, reflete a influencia notável que sobre eles os enciclopedistas, Montesquieu e Rosseau cujas idéias ele acolhe, reproduz e desenvolve muitas vezes sem qualquer originalidade. Beccaria parte da idéia do contrato social, afirmando o fim da pena é apenas o de evitar que o criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o emitam sendo tirânica toda punição que não se funde na absoluta necessidade. Defendia a conveniência de leis claras e precisas, não permitindo se quer o juiz o poder de interpretá-las, opondo-se; dessa forma, ao arbítrio que prevalecia na justiça penal. Combateu a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório, defendendo a aplicação de penas certas, moderadas e proporcionadas ao dano causado à sociedade. Oponha-se Beccaria à justiça medieval que ainda vigorava em seu tempo.

Ao movimento de reforma que se inicia com a enorme repercussão que obteve a obra de Beccaria, tem-se chamado de Humanitária, pois lança a idéia do respeito à personalidade humana e se funda em sentimentos de piedade e compaixão pela sorte das pessoas submetidas ao terrível processo penal e ao regime carcerário que então existia.

As idéias básicas do Iluminismo em matéria de justiça penal são a da proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário; a abolição da tortura; a abolição ou imitação da pena de morte e a acentuação do fim estatal da pena, com afastamento das exigências formuladas pela igreja ou devidas puramente a moral, fundadas no principio da retribuição ( Liszt-Schimit).

Tais idéias produziram resultados para o desenvolvimento de uma ampla mudança legislativa - movimento codificador - começa ainda no final do século XVIII. Na Rússia em 1767, Catarina II em suas Instruções dirigidas à comissão encarregada da elaboração de um novo Código Penal, as acolhes integralmente; o Código de Toscana de Leopoldo II de 1786; o Allgemeines Landrecht de Frederico, o Grande da Prússia 1794; o Código Penal Francês de Bavieira de 1813. A codificação alem de dar certeza ao direito, exprime uma necessidade lógica, por meio da qual são sistematizados princípios esparsos, facilitando a pesquisa, a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Na França, com a Revolução Francesa, surgem a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, bem como os Códigos Penais de 1791 e 1810. São os seguintes princípios básicos pregados pelo filosofo Beccaria, não sendo totalmente original, firmou em sua obra os postulados básicos do direito penal moderno:

1. os cidadãos, por viverem em sociedade cedem apenas uma parcela de sua liberdade e direitos. Por esta razão, não se podem aplicar penas que atinjam direitos não cedidos, como acontecem nos casos da pena de morte e das sanções cruéis.
2. só as leis podem fixar as penas, não se permitindo ao juiz interpretá-las ou aplicar sanções arbitrariamente.
3. as leis devem ser conhecidas pelo povo, redigida com clareza para que possam ser compreendidas e obedecidas por todos os cidadãos.
4. a prisão preventiva só se justifica diante de prova da existência do crime e da sua autoria.
5. devem ser admitidas em juízo todas as provas, inclusive a palavra dos condenados ( mortos civis ).
6. não se justifica as penas de confisco, que atingem os herdeiros do condenado, e as infamantes, que recaem sobre toda a família do criminoso.
7. não se deve permitir o testemunho secreto, a tortura para interrogatório e aos juízos de Deus, que não levam a descoberta da verdade.
8. a pena deve ser utilizada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão mas também para recuperar o delinqüente.

## **PARTE**

## **TERCEIRA**

### **Escolas e Tendências Penais**

#### **Escola Clássica**

Encontra a semente na filosofia racionalista do século XVIII e nas idéias políticas que proclamavam os direitos do homem e do cidadão contra a prepotência do Estado absolutista.

A Escola Clássica foi um nome criado pelos positivistas com sentido pejorativo, mas que atualmente serve para reunir os doutrinadores da época em que as idéias fundamentais do Iluminismo foram expostas magistralmente por Beccaria e que estão na obra de vários autores que escreveram na primeira metade do século XIX. Este século marca o surgimento de inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, conforme determinados princípios fundamentais. São as escolas penais, definidas como “o corpo orgânico de concepções contrapostas sobre a legitimidade do direito de punir, sobre a matéria do delito e sobre o fim das sanções”.

Ela contém tendências diversas, apresentam nuances e matrizes próprios, advindos da natural influência da personalidade de quem as defendia, do país que eram expostas... Essa doutrina de conteúdo heterogêneo, se caracterizava por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário.

Tem origem na filosofia grega antiga, que sustentava ser o Direito afirmação da justiça, no contratualismo e contudo no jusnaturalismo. Os sistemas contratual e natural “estão acordes na necessidade de considerar o Direito Penal não tanto em função do Estado, quanto em função do indivíduo, que deve ser garantido contra toda intervenção estatal não predisposta em lei e, conseqüentemente, contra toda limitação arbitrária da liberdade, exigência que hoje dispensa maiores comentários e explicações, mas que se apresentam como uma conquista capital em relação ao Estado absoluto até então dominante.

Nesta escola, podemos distinguir dois grandes períodos:

a) filosófico ou teórico: destaca-se como figura de incontestável realce, bastando para isso ter sido o iniciador, Cesare e Beccaria. Beccaria proclama a necessidade de se atribuir um novo fundamento à justiça penal, um fundamento essencialmente utilitário, político, que deve, sem embargo, ser modificado e limitado pela lei moral.

O contrato social é a posição de sua inspiração: a sociedade é o fruto de um pacto livre estabelecido pelos cidadãos que abdicam de uma parcela da sua liberdade e a depositam na mão do soberano, cedendo este o direito de punir os atos atentatórios ao interesse geral, mas somente na medida em que as restrições à liberdade sejam necessárias à manutenção do pacto. Segundo o pensamento beccariano, a pena é tanto mais justa quanto menos exceda os limites do estritamente necessário e quanto mais se concilie com a máxima liberdade dos cidadãos.

Proclama como princípios limitadores da função de punir do Estado: só a lei pode fixar legitimamente a pena para cada delito; a lei não deve considerar nenhum caso especial, mas somente estabelecer as penas para as várias espécies de delitos; as penas excessivas e cruéis devem ser abolidas, como inumanas e inúteis; ao juiz corresponde unicamente ajustar o caso à letra da lei, sem interromper o espírito da lei que poderá conduzir ao arbítrio e ao personalismo; abolição da tortura aplicada para obter a confissão do indiciado; abolição da pena de morte.

b) Jurídico ou prático: seu maior expoente foi Francesco Carrara, autor do monumental Programa Del corso di diritto criminale (1859). É a sua maior obra, onde expõe seu pensamento e que remarcada influência logrou, a ponto de, ainda hoje, diversos de seus ensinamentos constituírem ponto de partida obrigatório para o estudo e a compreensão de institutos jurídicos penais.

Também temos que lembrar o nome de J. A. Carmignami, antecessor de Carrara na cátedra da Piza, seu professor e que sobre ele exerceu grande influência. Para Carrara (mestre de Piza), o delito é um "ente jurídico" impelido por duas forças: a física, que é o movimento corpóreo e o dano do crime, e a moral, constituída da vontade consciente do criminoso. A essência do delito reside na violação de um direito, cumpre que este se defenda contra o delito e para isso é necessário que, no seu próprio conteúdo, se encontre a faculdade da sua defesa, pois, ao contrário, não seria um direito, mas sim uma irrisão. O criminoso é portador de direitos e, portanto, submetido ao juízo penal, ele só pode ser condenado quando se reconhece a sua culpa e não pode sofrer um mal maior que o exigido pela necessidade da tutela jurídica, calculada sobre a exata verificação do fato criminoso.

O eixo do sistema carriano é o livre arbítrio como pressuposto de afirmação da responsabilidade da aplicação da pena. Entre suas obras, podemos ainda citar *Opuscoli*, *heminiscenze di cattedra* e *foro*.

Carrara define o crime como "a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso". Agora iremos explicar os termos usados: com a "infração da lei do Estado" consagra o princípio da reserva legal ou da legalidade, segundo o qual, só é crime o fato que infringe a lei penal. Mas esta há de ser 'promulgada', porque se refere o autor apenas à regra legal, à norma judiciária e não às leis morais e/ou religiosas. Tem a finalidade de 'proteger a segurança dos cidadãos' (a sociedade) porque a lei deve tutelar os bens jurídicos.

O crime é um fato em que se viola a tutela do Estado, infringindo-se a lei e, portanto, passa a ser ele um 'ente jurídico'. Devia a violação "resultar de um ato humano externo, positivo ou negativo", onde só o homem podia praticar esse ato; externo, porque a mera intenção ou cogitação criminosa, não era punível; positivo, quando se refere à ação (fazer) ou negativo, quando se relaciona com a omissão (não fazer o devido). O criminoso é "moralmente imputável" já que a sanção se fundamente no livre arbítrio (fundamento indeclinável das escolas clássicas) de que dispõe o ser humano são, e o ilícito é "politicamente danoso", elemento que, embora implicitamente contido na segurança dos cidadãos, é repetido para esclarecer que o ato deve perturbar a tranquilidade do cidadão (vítima) e a própria sociedade, provocando um dano imediato, isto é, o causado ao ofendido, e o mediato, ou seja, alarma ou repercussão social que provoca. Estes forma quase todos os fundamentos da Escola Clássica.

Para a Escola Clássica, o método que deve ser utilizado no Direito Penal é o dedutivo ou lógico-abstrato. Assentam os clássicos suas concepções sobre o raciocínio. Como escreve

Asúa: "El derecho penal es para el clasicismo un sistema dogmático, baseados sobre conceptos essencialmente racionalistas". É uma ciência jurídica, nada tendo que ver com o método experimental, próprio das ciências naturais.

Para eles, o crime não é uma ação, mas infração. É a violação de um direito. Tal princípio é básico e fundamental na escola. Carrara acreditou Ter achado a fórmula sacramental (de que deveriam dinamizar todas as verdades do direito penal), e lhe pareceu que dela emanaram, uma a uma, todas as verdades que o direito penal dos povos cultos já reconheceu e proclamou nas cátedras, nas academias e no foro. Expressou-se dizendo que, o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico. Com tal proposição, teve a impressão de que se abriam as portas à espontânea evolução de todo o direito criminal, em virtude de uma ordem lógica e impreterível.

Outra característica da Escola Clássica, é o relativo à pena, que é tida como tutela jurídica, ou seja, como proteção aos bens jurídicos tutelados penalmente. O crime é a violação de um direito e, portanto, a defesa contra ele deve encontrar-se no próprio direito, sem o que ele não seria tal. Consequentemente, ela não pode ser arbitrária (sanção), mas há de regular-se pelo dano sofrido pelo direito e, embora retributiva, tem também finalidade de defesa social. Não é exato que, na escola Clássica, a pena não tenha a finalidade de defesa. Tem-na, embora em sentido exclusivamente especulativo.

Outro postulado da escola é a imputabilidade moral. É o pressuposto da responsabilidade penal, funda-se no livre arbítrio, elevado por ela à altura de dogma. Quem nega a liberdade de querer, nega o direito penal. O homem está submetido às leis criminais em virtude de sua natureza moral, como consequência, não poderia ser politicamente responsável por um ato do qual não fosse antes responsável moralmente. A imputabilidade moral é o precedente indispensável da imputabilidade política.

A Escola Clássica foi de grande importância e de um valor extraordinário na elaboração do Direito Penal, dando-lhe dignidade científica. Por outro lado, menor não foi sua ascendência sobre as legislações, já que a quase totalidade dos códigos e das leis penais, elaborados no século passado, inspiram-se totalmente em suas diretrizes, a que também permanecem fiéis códigos de recente promulgação. Ela foi intrépida defensora de Direito contra o arbítrio e a prepotência daqueles tempos. Coube à Escola Clássica imprimir ao Direito Penal o cunho sistemático da ciência jurídica, cujo objeto, no plano teórico, foi o estudo do delito e da pena, do ponto de vista jurídico e, no plano prático, a extinção do arbítrio judicial e mitigação geral das penas.

A seguir explicitaremos as linhas basilares dessa escola, segundo Regis Prado:

a) o Direito tem uma natureza transcendente, segue a ordem imutável da lei natural: O Direito é congênito ao homem porque foi dado por Deus à humanidade desde o primeiro momento de sua criação, para que ela pudesse cumprir seus deveres na vida terrena. O Direito é a liberdade. Portanto, a ciência criminal é o supremo código da liberdade, que tem por objeto subtrair o homem da tirania e dos demais, e ajudá-lo a livrar-se da tirania de si mesmo e de suas próprias paixões. O Direito Penal tem sua gênese e fundamento na lei eterna da harmonia universal.

b) o delito é um ente jurídico, já que constitui a violação de um direito. O delito é definido como infração. Nada mais é que a relação de contradição entre o fato humano e a lei.

c) a responsabilidade penal é lastreada na imputabilidade moral e no livre-arbítrio humano

d) a pena é vista como meio de tutela jurídica e como retribuição de culpa moral comprovada pelo crime. O fim primeiro da pena é o restabelecimento da ordem exata na sociedade, alterada pelo delito. Em consequência, a sanção penal deve ser afliitiva, exemplar, publica, certa, proporcional ao crime, célere e justa.

e) o método utilizado é o dedutivo ou lógico-abstrato.

f) o delinqüente é, em regra, um homem normal que se sente livre para optar entre o bem e o mal, e preferiu o último.

g) os objetos de estudo do Direito Penal são o delito, a pena e o processo.

Como curiosidade devemos mencionar a Escola Correcionalista de Carlos Cristian, Frederico Krause e Carlos David Augusto Roeder, visto que alguns autores afirmam que a sua inspiração é clássica, que considera o Direito como necessário a que se cumpra o destino do homem, como uma missão moral da descoberta da liberdade. Deve-se estudar o criminoso para corrigi-lo e recuperá-lo, através de pena indeterminada. Não se pode, segundo tais idéias, determinar a priori a duração da pena, devendo ela existir apenas enquanto necessária à recuperação do delinqüente. Participam destas idéias, Dorado Montero Concepción Arenal e Luiz Jiménez de Asúa.

### **Escola Positiva**

A Escola Positiva se dizia socialista e se ergueu contra o Iluminismo da Escola Clássica. Ela proclamava outra concepção de direito. Enquanto para a clássica, ela preexistia ao homem, para os positivistas, ele é o resultado da vida em sociedade e sujeito variações no tempo e no espaço, consoante a lei da evolução. A moral e o direito são produtos da

cultura social do homem, sujeitos a variações no espaço e tempo, sob a lei inexorável da evolução.

Foi um movimento naturalista do séc. XVIII, que pregava a supremacia da investigação experimental em oposição à indagação puramente racional, influenciando no direito penal. A Escola Positivista surgiu na época do predomínio do pensamento positivista no campo da filosofia ( Augusto Conte; da sociologia surgiria a sociologia criminal ), das teorias evolucionistas de Darwin e Lamark e das idéias de John Stuart Mill e Spencer. De Darwin, Lombroso tiraria sua concepção do atavismo no crime e, Spencer forneceria elementos aplicáveis à psicologia, à sociologia e à ética.

O movimento criminológico do direito penal teve como seu pioneiro o médico psiquiatra, italiano, e professor de Turim César Lombroso, que publicou o livro *L'Uomo delinquente studiato in rapporto, all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie*, onde expôs suas teorias e possibilitou a evolução das idéias penais.

A sua concepção básica é do fenômeno biológico do crime e a do método experimental em seu estudo, ele estuda o delinqüente do ponto de vista biológico e consideram o crime como uma manifestação da personalidade e produto de várias causas. Conseguiu, com seus estudos, criar a Antropologia Criminal e, nela, a figura do criminoso nato. Firmou conceitos básicos alguns ampliados, outros retificados por seus seguidores, que deram novas diretrizes e abriram novos caminhos no estudo do crime e do criminoso como uma semente para uma árvore hoje conhecida como Criminologia. A teoria Lombrosiana cometeu alguns exageros, mas seus estudos abriram nova estrada na luta contra o crime. As idéias de Lombroso serão expostas nos tópicos a seguir.

o crime é um fenômeno biológico, não um ente jurídico, como afirmava Carrara. O método que deve ser utilizado no seu estudo é o experimental, e não o lógico-dedutivo dos clássicos.

pretendeu explicar o delito pelo atavismo. O criminoso é um ser atávico e representa uma regresso ao do homem ao primitivismo (selvagem). Ele já nasce delinqüente, como outros nascem sábios ou enfermos. A causa dessa regressão é o processo, conhecido em biologia como degeneração, com parada de desenvolvimento.

o dito criminoso apresenta sinais físicos e morfológicos específicos como deformações e anomalias anatômicas: assimetria craniana, fronte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes, barba escassa, orelhas em asa, arcada superciliar proeminente, prognatismo maxilar. A estatura, o peso, a braçada seriam outros caracteres anatômicos.



o criminoso nato e insensível fisicamente, resistente ao traumatismo canhoto, ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso. Ele advertia entretanto, que só a presença de diversos estigmas é que denunciaria o tipo criminoso, pois pessoas honesta e de boa conduta poderiam apresentar um ou outro sinal. Os criminosos, passionais, e ocasionais, podiam não apresentar anomalias.

a causa de degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a epilepsia (evidente ou larvada), que atacavam os centros nervosos, deturpava o desenvolvimento do organismo e produz regressões atávicas.

existe a “loucura moral”, que aparentemente deixava integra a inteligência, porém suprime o senso moral, ao lado daquelas outras causas, explicação biológica do crime.

como consequência, o criminoso para o iniciador da escola positiva é um ser atávico, com fundos epiléticos e semelhantes ao louco mora, doente antes que culpado e que deve ser tratado e não punido.

Contudo, Lombroso ainda admite outras espécies ao lado do delinqüente. A idéia de uma tendência para o crime em certos homens não foi enterrada com Lombroso, já que desde os tempos de Mendel se sabe que os cromossomos podem intervir na transmissão de traços hereditários e nas deficiências genéticas. Alguns estudos recentes levam à conclusão de que os elementos recebidos pela herança biológica, embora possam não condicionar um estilo de vida, no sentido de tornar um homem predestinado em qualquer direção, influenciando no modo de ser do indivíduo.

A Escola Positiva tem a sua maior figura em Henrique Ferri, criador da Sociologia Criminal ao publicar o livro que leva esse nome. Foi discípulo discente de Lombroso, ressaltando a importância de um trinômio causal do delito (fatores antropológicos, sociais e físicos). Aceitou o determinismo, afirmando ser o homem "responsável" por viver em sociedade. Distinguiu os criminosos em cinco categorias:

**Nato:** é o já considerado conforme Lombroso e cujo traço característico, para ele, é a atrofia do senso moral.

Louco: portador de doença mental, contrariou postulados clássicos, pois o louco não pode ser delinqüente, mas compreensível na Escola Positivista, para a qual a responsabilidade é social.

Habitual: é um produto do meio social mais do que os fatores endógenos, influem nele os exógenos. Sua vida criminosa começa cedo com pequenos delitos, cumpre pena em local impróprio e sofrendo influência, que o levará a cometer delitos mais graves.

**Ocasional:** é fraco de espírito, sem firmeza de caráter e versátil na prática do crime.

**Passional:** é honesto, mas de temperamento nervoso e sensibilidade exagerada.

Conseguiu dividir as paixões em: sociais (amor, piedade; devem ser amparadas e incentivadas) e, anti-sociais (ódio, inveja; devem ser reprimidas severamente).

Procurou consagrar em leis as suas concepções. Seu último trabalho foi os "Princípios de Direito Criminal" que é uma exposição doutrinária de um sistema jurídico-penal.

O iniciador da fase do positivismo italiano foi Rafael Garófalo. Sustentava que existe no homem dois sentimentos básicos, a piedade e a justiça. E que o delito é uma lesão desses sentimentos. Sua principal obra, "Criminologia", dividiu-a em três partes: o delito, o delinqüente e a repressão penal.

Procurou um conceito uniforme de crime. Buscou criar o delito natural, que é a "ofensa feita" à parte do senso moral formada pelos sentimentos altruístas de piedade e justiça. Para ele, delinqüente não é um ser normal, mas portador de anomalia no sentido moral (porém, aceita, limitadamente, a influência do ambiente social na gênese da criminalidade).

Há, ainda, outros grandes nomes dessa corrente: Fioretti, Puglia, Berini, Magno, Altavilla, Florian, Grispigni...

As características seguintes referem-se à Escola Positiva:

**Método indutivo:** o crime e o criminoso devem ser expostos à observação e à análise experimental. O delito não é um ente jurídico, mas um fato humano, resultante de fatores endógenos e exógenos. A pena tem por escopo a defesa social, não havendo correspondência entre ela e o crime. A sanção pode ser aplicada antes da prática delituosa.

O crime é fenômeno natural e social, oriundo de causas biológicas, físicas e sociais: o crime é um fenômeno sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental.

A responsabilidade social como decorrência do determinismo e da periculosidade: a responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade.

A pena tendo por fim a defesa social e não a tutela jurídica: a pena é medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou a sua neutralização.

## **Escola Crítica**

Pode ser chamada de 3ª escola, Escola Crítica ou Eclética, que procuraram conciliar os princípios da Escola Clássica e o tecnicismo jurídico com a positiva.

Ela procura conciliar as posições extremadas da escola Clássica e do Positivismo Naturalista, surgem correntes ecléticas em diversos europeus. Na Itália com Alimena, Carnevale e Impallomeni, aparece a Terza Scuola, também denominada Positivismo Crítico.

Situando-se entre a Escola Clássica e o Positivismo Naturalista aceita os dados da antropologia e da sociologia criminal, ocupando-se do delinqüente; mas, dando a mão ao classicismo, distingue o imputável e o inimputável.

Os pontos básicos dessa corrente segundo Roberto Lyra são: o respeito à personalidade do direito penal, que não podem ser absorvidos pela sociologia criminal; inadmissibilidade do tipo criminal antropológico, fundando-se na causalidade e não-fatalidade do delito; reforma social com imperativo do Estado, na luta contra a criminalidade.

Do positivismo aceita a negação do livre arbítrio, concepção do delito como fato individual e social, o princípio da defesa da sociedade, que é o fim da pena, a qual, entretanto, não perde o caráter aflitivo.

Concorda com a clássica, admitindo a responsabilidade moral, embora não a fundamentando no livre arbítrio. Distingue o imputável do inimputável, como já se disse, pois, consoante Alimeno, a imputabilidade surge da vontade dos motivos que as determinam, tendo por base a dirigibilidade do indivíduo, ou seja, a capacidade para sentir a coação psicológica. Somente é imputável o que é capaz de sentir ameaça da pena. Advoga, entretanto, para o inimputável, medidas de cunho notoriamente positivista.

A escola teve como preocupação evitar, as discussões metafísicas do livre arbítrio e do determinismo, que freqüentemente olvidavam as exigências reais e impostergáveis do direito penal.

As mais importantes características dessa corrente, segundo Regis Prado, serão explicitadas a seguir:

a) a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre-arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico: o homem está determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável aquele que é capaz de se deixar levar pelos motivos. Aos que não

possuem tal capacidade, deve ser aplicada medida de segurança. A imputabilidade funda-se na dirigibilidade do ato humano e na intimidabilidade.

b) o delito é contemplado no aspecto real – fenômeno real e social.

c) a pena tem uma função defensiva ou preservadora da sociedade.

Dentre os seguidores da escola crítica, citam-se Manuel Carnevale, Bernardinho Alimena (Principii di diritto penale; Naturalismo crítico e diritto penale), João B. Impallomeni (Institucion di diritto penale), Adolfo Merkel (Vergelhuungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht), Liepmann, Detker e Stern.

### **Escola Moderna Alemã**

No contexto do positivismo crítico se enquadra a escola sociológica alemã ou escola política criminal. A Escola Moderna Alemã surgiu na Alemanha por iniciativa de Franz von Liszt, o maior político-criminológico alemão. Liszt deu à ciência do Direito Penal uma nova e mais complexa estrutura. Ela vem a ser uma disciplina completa, resultante da fusão de outras disciplinas jurídica e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política-criminal: a gesamte Strafrechtswissenschaft (ciência total do Direito Penal).

Para conhecê-la, fazem-se necessárias: a formação do penalista deve ser jurídica e criminalística; a explicação causal do delito e da pena há de ser entendida como criminológica, penológica e de pesquisa histórica sobre o desenvolvimento da delinquência e dos sistemas penais; e, finalmente, é necessário a elaboração de uma política criminal, como sistemas de princípios, em bases experimentais, para a crítica e reforma da legislação penal. A política criminal encontra seu limite na lei penal, na qual o princípio da legalidade representa um baluarte de defesa social. Daí as afirmações gráficas de que “o código penal é a Magna Carta do delinquente” e de que “o Direito Penal é a insuperável barreira da política criminal”.

A Escola Moderna Alemã e a terceira Escola são escolas ecléticas que procuraram conciliar os princípios da Escola Clássica e o tecnicismo jurídico com a positiva.

O ponto de partida é a neutralidade entre livre-arbítrio e determinismo, com a proposta de imposição da pena, com caráter intimidativo, para os delinquentes normais e de medida de segurança, para os perigosos (anormais e reincidentes), sendo esta última com o objetivo de assegurar a ordem social, com fim único de justiça.

Aproveitando as idéias de clássicos e positivistas, separava-se o Direito penal das demais ciências penais, contribuindo de certa forma para a evolução dos dois estudos. Referiam-

se os estudiosos à causalidade do crime e não à sua fatalidade, excluindo, portanto, o tipo criminal antropológico, e pregavam reforma social como dever do Estado no combate ao crime. Da Escola Moderna Alemã resultou grande influência no terreno das realizações práticas, como a elaboração de leis.