

PENA, CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO

(INTRODUÇÃO À PENA DE MORTE)

SARA RAMOS DE FIGUEIREDO

Orientadora de Pesquisas Legislativas

A PENA, CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO

No desprezencioso estudo que vamos encetar, muito nos poderia servir a ocorrência de uma definição precisa da **pena**, instituto jurídico que tem agitado, no tempo e no espaço, a cultura e o espírito de investigação dos grandes Mestres da Ciência do Direito Penal. É sempre difícil definir. Definir no sentido técnico e científico sem o embargo da crítica, sobretudo no que tange às ciências sociais. Melhor será, portanto, que nos abstenhamos de andar nessas areias movediças e deixemos a **pena** no ângulo prático do direito objetivo de cada povo.

É certo, porém, que o homem jamais poderia ter vivido em estado de isolamento, por instinto ou pelo imperativo do atendimento de suas próprias necessidades. Ele integra, como elemento individual, a comunidade. "Em qualquer agrupamento humano estão em jôgo, de um lado, os interesses de cada indivíduo, de outro, os da comunidade" (Chironi e Abello, *Capitant*, citados por Eduardo Espínola — "Sistema do Direito Civil Brasileiro", vol. I, pág. 23, edição de 1917). Todo direito, como bem diz Holder, também citado por Espínola, tem sua base na dupla relação que existe entre os homens: a vida comum que os liga e a individualidade que os separa. Para manter a vida social ou comum é necessário limitar a atividade de cada um, em benefício da comunidade e a ação desta, em benefício de cada um. Daí dizermos,

com Rossi, lembrado por Silva Marques, no seu "Elementos de Direito Público e Constitucional", edição de 1919, pág. 30, "que a sociedade política é o resultado de dois elementos constitutivos, a **agregação e a ordem**."

Para se manter a coexistência social, ou seja a prevalência do Direito, a violação das regras limitadoras das atividades individuais impõe, na área penal, a repressão da comunidade, ou seja, do Estado. Para chegarmos, entretanto, a esse ponto, na vida humana, muitos séculos desfilaram. Se é certo que o Direito Penal, como estruturação orgânica de princípios, é uma conquista recente dos povos, não é possível contestar que as suas origens e manifestações sempre acompanharam o homem, através dos tempos. Homem e crime sempre coexistiram na história da humanidade.

O conceito jurídico, político e filosófico da pena, tem variado através dos tempos.

Na lição de Carmignani, "a pena constitui um mal que aflige, espontaneamente, a todo indivíduo, como consequência natural, intrínseca, dos seus transviamentos de conduta". (Pedro Vergara, "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 36, pág. 288). Os romanos adotavam o mesmo conceito. Birkmeyer, também citado por Vergara (obra e páginas citadas) também explicava a **pena** como **repressão**, "porque é a **compensação** de um mal por outro mal."

Outros, como Ferri, na sua monumental "La Sociologie Criminelle", viam a pena como **sanção**, ou seja, **reação social** oposta a qualquer inconduta. (Vergara, ob. cit.).

A verdade é que os Mestres divergem na conceituação da pena, em função das correntes a que se filiaram, no campo das Três Escolas Penais. Mesmo considerando, como Carrara, que o esforço em buscar a **origem pena** é forma escolástica, vazia de sentido, por não se poder contemplar a pena de um ponto de vista abstrato e especulativo, vamos tratar coordenada e sucessivamente dessa matéria, tendo em vista as três grandes correntes de opinião, sem esquecer o que é dito pelos Escritores, no tocante ao nascedouro do apaixonante instituto.

Encaremos, portanto, a origem e a evolução da pena.

VINGANÇA PRIVADA (1)

A fase inicial foi a vingança privada, na infância da humanidade, em que não havia código de leis e sim hábitos e costumes. É o período de **defesa instintiva** do indivíduo e do grupo humano, em face dos que viçavam as suas condições existenciais. "É a luta pessoal, luta do homem contra o homem, entregue pela comunidade à vingança do ofendido ou da família da vítima." ("As Três Escolas Penais", Muniz Sodré de Aragão, edição de 1917, pág. 4).

A vingança não se exercia apenas contra a pessoa do ofensor. Recaía também sobre qualquer outro membro de sua família. E não era praticada somente em face da agressão atual. Era, às vezes, aguardada para ocasião mais oportuna, e quase sempre exercida com excessos e selvageria.

Não se tinha idéia da responsabilidade individual. Faltava um poder capaz de reprimir os ímpetos dos componentes do grupo humano, ou seja, do indivíduo entregue a si mesmo — assinala Adolpho Prins, em sua notável obra "Science Pe-

nale et Droit Positif", pág. 5, edição de 1899.

A verdade, como observa Muniz Sodré (ob. citada), é que esse processo agressivo aos interesses da coexistência social deu lugar a vindictas intermináveis e até a guerras privadas que extinguiam famílias inteiras e enfraqueciam o poder material das tribos, nas lutas constantes com os inimigos externos. O costume afetava, portanto, o instinto de conservação do próprio grupo. Era preciso modificar. Era necessário retirar o poder de revide das mãos do ofendido ou de sua família e transferi-lo para o grupo a que pertenciam o agressor e a vítima. Reduzia-se, assim, o ímpeto pessoal, a crueldade, o ódio desenfreado. E, por essa forma, mais ponderado, mais sereno, mais justo, o poder da tribo passara a **vingar o agredido, aplicando ao agressor castigo igual ao dano infligido. É a disciplina da pena consubstanciada na lei de talião.** "Mas isso é um momento muito avançado do seu desenvolvimento. Então a força da vingança tem de ser medida pela intensidade da agressão, segundo a fórmula **olho por olho, dente por dente.** Introduzia-se, por esse modo, na reação vingadora, uma exigência de justiça e se punha um limite, no interesse do grupo, aos excessos a que naturalmente conduz a ira do ofendido." (Anibal Bruno, "Direito Penal", Tomo I, página 58.)

A pena de talião, significou, sem dúvida, um avanço considerável, no instituto da pena, mas era, ainda, uma fórmula primitiva e brutal. Já na "Teoria da Justiça", livro V, cap. V, Aristóteles deixara assentado que a reciprocidade ou o talião não pode ser a regra da justiça.

(1) É interessante salientar que a sucessão dos períodos, que vamos passar a analisar, "ocorre paulatinamente, isto é, não se substituem por completo em determinado tempo. No seguinte, manifestam-se características anteriores, para desaparecerem aos poucos," como afirma o Prof. Luiz Vicente Cernicchiaro — "Postilas de D. Penal" — 1789 — pág. 192.

Contudo essa disciplina foi adotada como assinala E. Magalhães Noronha ("Direito Penal", I — pág. 25 — 1962), nas leis mais antigas, podendo-se citar, dentre elas, o Código de Hammurabi, "rei da Babilônia, XXIII A. C., gravado em caracteres cuneiformes e encontrado nas ruínas de Suza. Por êle, se alguém tira um olho a outrem, perderá também um olho; se um osso, se lhe quebrará igualmente um osso etc. A preocupação com a justa retribuição era tal que se um construtor construísse uma casa e esta desabasse sobre o proprietário, matando-o, aquêle morreria, mas se ruísse sobre o filho do dono do prédio, o filho do construtor perderia a vida. São prescrições que se encontram nos §§ 196, 197, 229 e 230."

Outras legislações também adotaram o talião. Veja-se, por exemplo, a hebraica: o Êxodo (23, 24, 25), o Levítico (17 a 21) e outros a consagrarem o "olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé."

COMPOSIÇÃO

Não nos parece desarrazoado assinalar, como uma das etapas de evolução da pena, a **compositio**. Foi uma das mais brilhantes conquistas do homem. Mesmo sendo a pena de **talião**, como foi, uma fase notável, em que, não mais o ofendido, mas, o grupo era o executor da **vingança**, a experiência foi demonstrando que a sua aplicação enfraquecia o poder da comunidade em face dos inimigos externos. A **vingança** aumentava assustadoramente o número dos incapazes, feridos, mutilados, atentando assim contra o próprio instinto de conservação dos grupos humanos expostos a lutas constantes.

Surgiu, então, a idéia da **composição**. Esta punha termo à crueldade das represálias constantes da lei de **talião**, e adotava, em vez de castigo **idêntico**, um castigo **equivalente**, não só em benefício do ofendido como da própria coletivi-

dade. O sistema permitia a **indenização** do dano verificado, com o pagamento em moeda, gado, vestes, armas etc.

A vítima combinava o preço da compensação e perdia, por essa forma, o direito à represália, mesmo com as limitações do **talião**. Era um passo avançado no sentido da **humanização** da pena. Daí por que não exageramos em cuidar da matéria em capítulo à parte.

Ademais, é de se notar que essa concepção da pena ainda hoje subsiste, nos povos civilizados, em forma de multa, dote, indenização etc. Nos tempos remotos adotaram a **compositio**, além de outros, o Código de Hammurabi, o de Manu e o Pentateuco.

VINGANÇA DIVINA

É certo que a idéia da pena, consubstanciada na **compositio**, só poderia ser adotada nas épocas primitivas, de igualdade econômica. Com a marcha da civilização, foram emergindo, nos organismos sociais, as diferentes classes, em função do poder econômico. E o sistema foi se tornando impróprio e até de impossível aplicação. Os miseráveis, os insolventes, não tinham condições de resolver os seus casos, pagando o preço da pena. E os ricos o pagavam sem sentir os efeitos da repressão punitiva. Aparece, então, a **pena corporal**. Antes dela, porém, como etapa da evolução da pena, surge, como fase marcante, a da **vingança divina**, a que poderíamos chamar, de fase teológica ou do Direito Penal religioso. Em interessante síntese, E. Magalhães Noronha (ob. cit. pág. 25) descreve êsse estágio da pena. A êle damos a palavra:

"Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes, com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido.

é o Direito Penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais códigos é o da Índia, de Manu (Mânava, Dharma, Sâstra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes a mais elevada; a última a dos sudras, que nada valem.

Revestido de caráter religioso era também o de Hammurabi. Allás, podemos dizer que êsse era o espírito dominante nas leis dos povos do Oriente antigo. Além da Babilônia, Índia e Israel, o Egito, a Pérsia, a China etc.

Ao lado da severidade do castigo, já apontada, assinalava êsse Direito Penal, dado o seu caráter teocrático, o ser interpretado e aplicado pelos sacerdotes."

A sanção representava uma forma de aplacar a ira de Deus.

VINGANÇA PÚBLICA

Como dissemos, nas primeiras palavras da análise referente à vingança divina, o sistema da composição, ou seja, do pacto entre ofensor e ofendido, para resolver os dissídios na área penal, estava condenado ao fracasso, pelo surgimento das diferentes classes sociais e econômicas. Passou-se, então, à etapa da vingança pública, que significou o triunfo da noção da pena pública e corporal e o princípio da intimidação (Adolpho Prins, "Science Penale et Droit Positif", pág. 8).

O Professor Luiz Vicente Cernicchiaro assim analisa essa fase:

"A fase da vingança pública, por sua vez, fixa a época em que o interesse coletivo sobrepõe ao do particular ofendido. A pena assume colorido político. A vingança privada vai perdendo terreno. A sanção é aplicada no interesse da sociedade, a fim de ser assegurada a tranqüillidade públi-

ca. As penas variavam conforme a gravidade do delito. As penas corporais infamantes e o confisco de bens, entretanto, eram comuns. A pena transcendia a pessoa do réu. Ademais, na sua aplicação, ensejava arbítrio dos juizes, visto poderem as sanções ser aplicadas sem prévia definição legal. Na Europa, êsse quadro perdurou até ao Século XVIII."

Essa idéia da pena pública e corporal assinalou-se pela ferocidade dos castigos impostos ao delinqüente e generalizou-se, como sistema repressivo na Idade Média. Apoiava-se o sistema nas bases da intimidação do culpado e da expiação da culpa. Era, por outro lado, objetivo dessa fase da evolução da pena a segurança do príncipe ou soberano. Durante vários séculos predominou êsse sistema repressivo. Castigos que se excediam em crueldade, sofrimentos que enchiam a alma de revolta e de horror, suplicios e torturas indescritíveis, tudo de bárbaro e desumano era praticado em nome da justiça!

A REAÇÃO

A reação em face das injustiças ocorrentes, foi emergindo aqui e ali, no bôjo da evolução moral da humanidade e das forças dinâmicas da civilização.

Essa reação edificante e nobre assinalou-se no século XVIII, e é devida às idéias filosóficas de vários homens de gênio. Ela teve como precursores, na respeitável opinião de Muniz Sodré (ob. cit., pág. 7), na Alemanha, o brilhante espírito de Grotius, na célebre obra DE JURE BELLI AC PACIS; na França, Voltaire, Rousseau, Diderot. Além dêsse compunham essa plêiade de imortais, os gênios de Kant, Rousseau, Bentham, D'Alembert e tantos outros.

A rebelião do espírito humanitário, os anseios da justiça e o repúdio às crueldades, fizeram-se sentir em ondas de pensamentos cada vez mais fortes. As penas impostas causavam horror. Era a fogueira, a roda, o arrastamento, o es-

quartejamento, a estrangulação, o sepultamento em vida, e tantas outras crueldades que feriam em cheio os sentimentos e a consciência da coletividade. Estava evidente a necessidade de reformar o processo da política repressiva. Podemos assinalar como fase marcante na história da evolução da pena e da ciência do direito penal, o aparecimento, em 1964, da obra "Dei Delitti e Delle Pene", da autoria de César Bonesana, Marquês de Beccaria.

PERÍODO HUMANITÁRIO

"A Revolução Francesa influiu consideravelmente. A reação contra os princípios vigentes fez nascer novo período do Direito Penal: o humanitarismo. As idéias dos enciclopedistas foram absorvidas por Beccaria — "Dos Delitos e das Penas" — que combateu veementemente a violência e o vexame das penas, pugnando pela atenuação, além de exigir o princípio da reserva legal ("nullum crimen, nulla poena sine lege") e garantias processuais ao acusado. Algumas legislações as consagraram (Catarina, da Rússia; José II, da Áustria e Frederico, da Prússia) e o Código Penal francês de 1791 e que refletiram no de 1810.

Na Inglaterra, visando à humanização do tratamento do condenado, John Howard percorre vários cárceres europeus e lança, em seu livro, "The State of The Prisons in England and Wales", a reforma das penitenciárias e propugna por assistência material e moral dos criminosos.

A pena de morte foi abolida em alguns países; amenizaram-se as demais, e o cárcere passou a ser tomado como preocupação central."

A Cesare Beccaria, cabe, sem dúvida, como dizem os historiadores, a glória de ter sido o primeiro que se atirou na luta forte e sistemática pelas reformas das idéias referentes ao crime e ao criminoso. Ele foi um reformador. Não se deve estudar, *data venia*, o trabalho de Beccaria, apenas no ângulo do qualificativo

(humanitário), com que se marcou essa etapa da evolução da pena. Realmente, como já dissemos, a crueldade da repressão punitiva atingia o auge da brutalidade e da selvageria. E isso feria fundo o espírito humanitário e generoso do Marquês. Mas, o grande mérito de Beccaria está no caráter reformista e científico que ele imprimiu à sua obra. Reivindicava o estabelecimento de bases e limites para o direito de punir; ressaltava a necessidade de prevenir o crime antes de puni-lo; demonstrava o valor do princípio da igualdade humana perante a lei, quando combatia o privilégio da impunidade de que gozavam os nobres; profligou o processo da extorsão de juramentos e confissões, através dos suplícios; combateu a pena de morte, o confisco de bens do condenado e as penas infamantes. Sustentava a máxima de que "não é pelo rigor dos suplícios que se previnem mais seguramente os crimes, porém, pela certeza das punições". Sustentava a necessidade da segurança dos direitos individuais referentes, sobretudo, à liberdade. Defendia a **proporcionalidade das penas aos delitos**. Muniz Sodré (ob. cit., pág. 11) em poucas palavras exprime o mérito do pequeno e famoso livro de Beccaria: "Foi este pequeno livro de Beccaria, pode afirmar-se, a pedra angular e básica, o soberbo pedestal em que se assentou o suntuoso edifício dos sistemas clássicos".

O Marquês não era jurista, mas filósofo. As idéias que defendia arrimavam-se também no **contrato social**, pois era êle discípulo de Rousseau e Montesquieu.

A obra de Beccaria criou uma consciência nova no tocante ao crime e ao delinqüente e impulsionou os estudos do Direito Penal. Ela foi a obra originária da Escola Clássica, que, depois, foi-se estruturando em coordenação sistemática, sobretudo na Itália.

Como o nosso estudo diz respeito, substancialmente, à origem e à evolução

da pena, não nos iremos deter no exame detalhado das Três Escolas Penais. Apenas daremos, de cada uma delas, uma rápida conceituação da pena. Entretanto, como a obra de Cesare Beccaria foi o ponto de partida para êsses grandes estudos, não é demais que citeamos alguns nomes imortais dos sábios que prosseguiram na luta começada pelo Marquês. Nomes que consolidaram, ampliaram e estruturaram sistematicamente os princípios que constituem a Escola Clássica. São eles, Filangieri, jurista e filósofo; Pellegrino Rossi, Carmignani, Romagnosi e Francisco Carrara, que foi, no dizer de Anibal Bruno, (ob. cit., págs. 83 a 88), a **expressão definitiva da corrente clássica na Itália.**

Para a Escola Clássica, "só podem ser punidos, como autores de ações ou omissões criminosas, os que têm responsabilidade moral, possuem o livre arbítrio; a severidade da pena varia em função da maior ou menor responsabilidade moral".

A pena é, portanto, para essa Escola, "um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerada crime, que voluntária e conscientemente cometeu. É o mal que se padece por causa do mal que se fez, conforme Grotius". (Muniz Sodré, ob. cit., pág. 245.)

A Escola Clássica segue-se a Escola Antropológica, da maior importância na história da evolução do instituto da pena, tendo, por isso, constituído o chamado **Período Criminológico**, sucedâneo do **Período Humanitário.**

César Lombroso foi o iniciador do movimento, escrevendo o livro "L'Uomo Delinquente", em que estudou o homem criminoso e explicação causal do delito. Era médico e lançou a obra em 1875. Partiu do princípio de que o livre arbítrio é uma ilusão desmentida pela fisiopsicologia positiva. Lutaram ao seu lado, com obras imorredouras, os gênios de Ferri, com a "Sociologia Criminal", e

Garofalo, com a "Criminologia". Os três sábios fundaram a Escola Antropológica, ou melhor, a **Escola Positiva.**

Para essa Escola, o conceito da pena não pode ser o de castigo imposto a quem praticou um mal, mas um **instrumento de defesa social.** É o seu caráter e a sua função, visando, por outro lado, a recuperação do criminoso, para o que a pena necessita ser individualizada.

A Escola Crítica conceitua a pena do mesmo modo que a Positiva. Pensa por igual, admitindo que o caráter e a função da pena é a defesa social. As divergências entre essas duas Escolas são em pontos outros que não se encartam neste trabalho. Várias outras Escolas e tendências penais surgiram com o correr dos tempos. Entretanto, como ensina E. Magalhães Noronha (2), "posição definida, característica de Escola, só duas apresentam: a Clássica e a Positiva. As outras, ou são ecléticas, buscando a conciliação das duas, ou ramificações delas, com alguns matizes mais ou menos acentuados e roupagens novas."

TEMPOS MODERNOS

A influência das grandes idéias defendidas pelas Três Escolas Penais agitou o pensamento de todos os países cultos. Hoje, o Direito Penal é uma verdadeira ciência. E, por ser uma ciência social, está sempre em evolução, servindo de vasto cenário, onde a inteligência e a cultura dos homens se debatem com ardor e brilho na busca do aperfeiçoamento.

Acreditamos, porém, que jamais o conceito da pena possa significar, pura e simplesmente, um castigo imposto ao delinquentes pela falta cometida. Ela será sempre o instituto preservador da segurança social, visando, por igual, à correção e à readaptação dos criminosos. Salvo melhor juízo.

(2) E. Magalhães Noronha — "Direito Penal" — pág. 54.