

A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena

Felipe Machado Caldeira

Professor de Direito Penal da UERJ. Monitor acadêmico de Direito Penal e de Direito Processual Penal da EMERJ.

INTRODUÇÃO

Desde a origem da civilização, o ser humano começou a interagir com a natureza e com outros seres humanos. A partir da percepção do mundo natural que o cerca, o ser humano adquiriu conhecimentos sobre os fenômenos naturais e desenvolveu formas de controlá-los, por meio do desenvolvimento da tecnologia (controle objetivo ou tecnológico). Por outro lado, o desenvolvimento das relações intersubjetivas propiciou que os seres humanos adquirissem conhecimentos sobre a sua posição, individual ou coletiva, em sociedade, bem como que passassem a compreender o seu mundo e as normas que o disciplinam e orientam as suas condutas em sociedade (controle subjetivo ou social), baseados em traços morais e éticos da convivência coletiva com o escopo de promoção da convivência harmônica, estável e pacífica em sociedade. O sistema jurídico-penal se insere como um subsistema dentro do controle social formal, ocupando o espaço destinado à transformação dos conflitos mais graves com os meios mais rigorosos.

Foi desta forma que as sociedades se formaram e desenvolveram, assumindo características e peculiaridades próprias e, dada a sua complexidade e heretogeneidade - desde as mais antigas até as modernas -, além da multiplicidade de suas necessidades existenciais, surgem os conflitos, naturais e sociais, cada vez mais intensos, complexos e profundos. Neste contexto, a manutenção e a expansão das sociedades só foi possível em razão do desen-

volvimento e aperfeiçoamento de meios de controle, objetivo (ou tecnológico) e subjetivo (ou social).

O estudo da História do homem demonstra que estas formas de controle jamais possuíram um equilíbrio, o que enseja uma série de conseqüências, principalmente a decadência da sociedade. Na Idade Antiga, observa-se que, apesar de um escasso controle tecnológico, as sociedades tinham complexos e efetivos sistemas de controle social. Na Idade Contemporânea, por sua vez, os controles tecnológicos possuem um desenvolvimento e avanço extraordinário e maravilhoso¹; por outro lado, esta sociedade contemporânea vivencia um profundo abalo nos seus meios de controle social, distanciando-se cada vez mais dos valores éticos e morais que devem orientá-la.

Importa, porém, afirmar que a repercussão deste desequilíbrio entre as formas de controle alcança, inclusive, o Direito. A cultura, que pode ser concebida como o conjunto de controles tecnológicos e sociais, não é elaborada, em tempos de pós-modernidade, por toda a sociedade, e sim por parte dela, que constitui a classe dirigente democraticamente eleita, vez que a titularidade do poder soberano pertence ao povo. A esta classe dirigente é atribuída a tarefa de buscar a solução para todos os problemas da sociedade. Ocorre que, quando os desafios físicos ou sociais não são enfrentados e respondidos, a classe dirigida se insurge contra a classe dirigente na busca mediata de transformações e imediata de soluções. É neste quadro caótico, experimentado principalmente pelo modelo formal de controle social, que o Direito Penal ganha destaque e passa a ser percebido, ingenuamente pela classe dirigida e maliciosamente pela classe dirigente, como a solução para todos os males que a sociedade contemporânea vivencia. Por outro lado, a sociedade realiza constantes julgamentos morais, políticos e sociais, ao sabor das notícias e dos valores expressos pela mídia, sob a influência da emoção, amor e paixão. Ocorre que este tipo de controle não

¹ A título exemplificativo, vale citar o desenvolvimento da tecnologia espacial, o desenvolvimento da engenharia genética etc.

pode ser efetivado pelo Direito Penal, que é um controle normativo, e não apaixonado.

Neste sentido, a maliciosa classe dirigente, ao invés de direcionar os seus esforços para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das formas de controle social informal, inicia um processo amplo e exaustivo de incremento do controle social formal por meio da elaboração de leis penais como uma solução aos problemas existentes. Desta forma, passa uma aparente sensação de paz e tranquilidade à ingênua classe dirigida quando está, na verdade, fomentando ainda mais o desequilíbrio necessário entre o controle social formal e o informal, bem como entre o controle tecnológico e o controle social.

A consequência deste processo desenfreado é a existência de um número excessivo de leis penais, porém sem qualquer efetividade. A sociedade contemporânea não observa as leis penais porque não se importa com ela ou porque tem conhecimento da sua falta de efetividade, ou até mesmo porque sequer tem o conhecimento da sua existência.

Ocorre que, por outro lado, o Direito Penal é uma forma de transformação social dos conflitos desviantes, uma vez que assegura as expectativas de conduta, determina os limites da liberdade de ação humana, sendo, pois, um meio de desenvolvimento cultural e socialização. O fato de que o Direito Penal é equipado com instrumentos rigorosos face aos conflitos desviantes mais graves requer a mais elevada cautela e precaução no trato com estes instrumentos. A esta cautela se denomina formalização do controle social - é por isso que se afirma que o Direito Penal é um meio de controle social formal -, que necessita de limites substanciais ao controle do crime: a vinculação da atuação jurídico-penal aos princípios valorativos (proporcionalidade, dignidade da pessoa humana etc.). Nesta linha de raciocínio, num Estado Social e Democrático de Direito, o Direito Penal passa a assumir as funções de proteção efetiva dos seres humanos, e a sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos. Desta forma, a prevenção realizada pelo Direito Penal é limitada, e permite

combinar a necessidade de proteger a sociedade com as garantias aos seres humanos oferecidas pelos princípios limitadores (matriz constitucional penal proibitiva).

Esta exposição introdutória reflete no Direito Penal em sua totalidade. O estudo que se pretende, por ora, limita-se à teoria da pena, especialmente uma abordagem histórica, filosófica e teórica da pena, passando pelas Idades Antiga (ou Antiguidade), Média, Moderna (ou Modernidade) e Pós-moderna (ou Contemporânea, ou Pós-modernidade). Este estudo objetiva não apenas a compreensão da evolução da teoria da pena, mas principalmente a reflexão sobre a sua eficiência ou não no modelo da sociedade contemporânea.

1. MOVIMENTOS HISTÓRICO, FILOSÓFICO E TEÓRICO²

A importância do estudo dos movimentos histórico, filosófico e teórico se liga à possibilidade de compreensão ampla e sistemática de qualquer instituto jurídico. Desta forma, é possível o estudo do instituto jurídico dentro de seu contexto histórico, filosófico e teórico para, posteriormente, interpretá-lo e aplicá-lo no seu exato sentido e extensão, porém, de forma contextualizada.

No Brasil, a doutrina não sistematiza de maneira uniforme este estudo. Com base nos grandes movimentos penais, sob o ponto de vista da legislação de cada Estado e em cada momento histórico, Roberto Lyra expõe que são cinco os momentos identificáveis³: o período da vingança privada, o período da vingança divina, o período da vingança pública, o período humanitário e o período científico; entretanto, em um estudo ainda mais profundo, identifica-se um período anterior: o período da reação social. Já Alceu Corrêa Júnior e Sérgio Salomão Shecaira⁴ optaram por eleger três períodos da história do homem: Antiguidade, Idade Média e Idade

² A origem da pena coincide com o surgimento do Direito Penal, em virtude da constante necessidade de existência de sanções penais em todas as épocas e todas as culturas. A pena é a consequência jurídica principal que deriva da infração penal.

³ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, v. II, p. 12.

⁴ CORRÊA Júnior, Alceu; SHECÁRIA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Moderna que, todavia, são insuficientes à sua exata compreensão. Raymond Saleilles⁵, por sua vez, se preocupa em sistematizar a evolução da pena entre as escolas penais (clássica e positivista), o que também é insuficiente, dada a restrição temporal que compreende este estudo. Por fim, Guilherme de Souza Nucci⁶ não se preocupou em identificar os períodos da história da humanidade em correspondência com a evolução da pena.

Desta forma, no intuito de sistematizar estes movimentos da teoria da pena, relacionando-os aos períodos da história da humanidade, o seu estudo será feito a partir das quatro eras da História da Europa⁷ - cenário no qual a teoria da pena se desenvolveu -, quais sejam, a Idade Antiga (ou Antiguidade), a Idade Média, a Idade Moderna (ou Modernidade) e a Idade Contemporânea (ou Pós-Modernidade).

1.1. Idade Antiga ou Antiguidade

1.1.1. Compreensão histórica do período

A Idade Antiga (ou Antigüidade) foi o período que se estendeu desde o desenvolvimento da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e o início da Idade Média (século V). A importância do estudo deste período se prende, para fins do estudo do Direito, principalmente a dois fatores: (i) foi nesta era que se formaram os primeiros Estados organizados com certo grau de nacionalidade, de territórios e organizações mais complexas; (ii) foi o período no qual algumas das

⁵ SALEILLES, Raymond. *A individualização da pena*. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel. 2006.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁷ A fase da pré-história é o período da história que antecede o desenvolvimento da escrita (evento que marca o começo dos tempos históricos registrados), que ocorreu aproximadamente em 4000 a.C.. A transição para a “história propriamente dita” se dá por um período chamado proto-história, que é descrito em documentos, mas são documentos ligeiramente posteriores ou documentos externos. O termo pré-história mostra, portanto, a importância da escrita para a civilização ocidental. Uma vez que não há documentos desse momento da evolução humana, seu estudo depende do trabalho de arqueólogos ou antropólogos, como por vezes de outros cientistas, que analisam restos humanos e utensílios preservados para determinar o que acontecia. Desta forma, o presente estudo se dará a partir da Idade Antiga, período em que se iniciou a escrita.

religiões ainda existentes tiveram origem e se desenvolveram, entre elas o cristianismo, o budismo, o confucionismo e o judaísmo.

1.1.2. Compreensão histórica, filosófica e teórica da pena neste período

O ser humano sempre viveu agrupado, em virtude de seu nítido impulso associativo e lastreou, no seu semelhante, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação. E desde os primórdios, o ser humano violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação um castigo (sanção). No início, a punição era uma reação coletiva contra as ações anti-sociais. Inicia-se, portanto, o período da reação social⁸. O Direito Penal, neste período, era a tradução, no domínio das leis positivas, das necessidades de defesa social; ou melhor, é o próprio instrumento de defesa social adaptado às exigências da idéia de justiça⁹. Reflete nada mais do que a reação da sociedade proclamada pela perda da paz, cuja consequência, tal conforme observa Nilo Batista, consiste até na expulsão do agressor da tribo, do clã etc; ou seja, do corpo social¹⁰.

Desta forma, a pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus Deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. Neste sentido, a pena já começa a ganhar os contornos de retribuição, uma vez que, após a expulsão do indivíduo do corpo social, ele perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa. Aplicava-se a sanção como fruto da liberação do grupo social da ira dos deuses em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria

⁸ Conforme registra Nilo Batista, “havia uma coesão social muito intensa; o indivíduo extrai do clã ao qual está filiado, para além de auxílio e solidariedade, a essência de sua integração e reconhecimento sociais”. BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, I. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000, p. 32.

⁹ SALEILLES, Raymond. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁰ *Ibid.*, p. 33.

sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais - que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza - razão pela qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. Por outro lado, caso não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria a todo o grupo.

Após o período da reação social, ganha espaço o período da vingança privada. O corpo social cresce e começa a se dividir em grupos menores e secundários, e a idéia de vingança privada surge quando a agressão a um membro do grupo por um membro de outro grupo gera reação vingativa por parte do grupo ofendido, porém, em uma forma de vingança coletiva¹¹. A punição era imposta exclusivamente como vingança pelo próprio ofendido, sem que houvesse qualquer relação com a pessoa do criminoso ou com o crime cometido. Neste período, a Lei de Talião ganhou destaque. Revela-se aqui o primeiro traço do princípio da proporcionalidade¹² - ainda que em seu aspecto meramente formal - entre a pena e o crime, ao prescrever a máxima “olho por olho, dente por dente”¹³.

Havia vingança privada na origem das sociedades, que os particulares realizavam por um ato de guerra. O que foi ofendido pega em armas e declara guerra ao seu agressor. O duelo é a forma primitiva do Direito Penal; a idéia de sanção e de reprovação era completamente estranha.

Com a o desenvolvimento dos grupos sociais e seu apego à religião, vem o período da vingança divina, quando as normas possuíam natureza religiosa e, portanto, o agressor deve ser castigado para aplacar a ira dos deuses e reconquistar a sua benevolência. A

¹¹ CORRÊA Júnior, Alceu; SHECARIA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 26.

¹² Segundo observa Guilherme de Souza Nucci, o princípio da proporcionalidade na aplicação das penas surgiu, primeiramente, no Código da Dinastia Chon (1122 aC), embora definitivamente consagrado, nos meios jurídicos, a partir da obra “Dos delitos e das penas”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 59.

¹³ Na China, as penas variavam da pena de morte para o homicídio e da castração para o estupro até uma marca na testa para os delitos menores. Penas como o espancamento não eram estranhas. Na Índia, as penas de multa eram destinadas às pessoas hierarquicamente superiores, que ficaram eximidas das penas corporais. No Egito, a revelação de segredos era punida com a amputação da língua.

prova dos fatos era feita através das ordálias ou “prova de Deus”: se a pessoa andasse sobre o fogo e não tivesse queimaduras, seria inocente; do contrário, seria culpada.

Por fim, se segue o período da vingança pública. A idéia de paz social começou, pouco a pouco, a progredir, e se consideraram as guerras privadas como obstáculos à paz pública. Então a coletividade se interpôs para fazê-las cessar. Ademais, com a evolução das organizações sociais e o avanço e reforço da vida política, surgiram comunidades maiores e com tendência de centralizar o poder, passando a pena a representar uma reação desta coletividade, com o objetivo de autopreservação. Dessa concepção já se pode extrair a idéia de prevenção da pena, uma vez que a preservação antecede qualquer forma de agressão ao bem jurídico tutelado pena norma.

Portanto, desde o início a pena surge em sua função muito mais do que individual. É uma reação social contra os elementos refratários às condições de vida coletiva; é a pena no interior do grupo, a pena interna, mas é uma defesa contra os inimigos do exterior a pena externa. Onde quer que exista um grupo organizado (família, clã ou tribo), encontramos estas duas formas de pena: a pena proteção, sob o aspecto exterior, e a pena expiação, sob o aspecto interior.

Com efeito, talvez a característica mais marcante da Idade Antiga não seja o estudo dos períodos de fundamentação da pena, mas a sua forma de execução. A idéia de privação da liberdade como forma de punição era completamente estranha; a pena possuía uma função meramente acautelatória do corpo do sentenciado para posterior aplicação da pena de morte.

1.2. Idade Média

1.2.1. Compreensão histórica do período

A transição da Idade Antiga para a Idade Média é marcada por inúmeros acontecimentos históricos, especialmente no âmbito político: (193 d.C.) tem início a crise do terceiro século no Império Romano; (285 d.C.) Diocleciano salva o Império Romano do colapso, dando a ele seu último fôlego; (313 d.C.) com o Édito de Milão,

o cristianismo deixa de ser perseguido; (391 d.C.) com o Édito de Tessalónica, Teodósio I torna o cristianismo a religião oficial do Império Romano; (451 d.C.) a Batalha dos Campos Cataláunicos na qual o exército romano sai vencedor, porém com enormes perdas; (476 d.C.) queda definitiva do Império Romano do Ocidente.

Este período foi tradicionalmente delimitado com marcos em eventos políticos. Nestes termos, o seu início tem como marco a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476 d.C.), e término com o fim do Império Romano do Oriente, com a Queda de Constantinopla, no século XV (1453 d.C.). Pode-se falar, ainda, numa subdivisão em períodos menores, em três fases: Idade Média Antiga (ou Alta Idade Média ou Antigüidade Tardia) que decorre do século V ao X; Idade Média Plena (ou Idade Média Clássica), que se estende do século XI ao XIII; e Idade Média Tardia (ou Baixa Idade Média), correspondente aos séculos XIV e XV.

No final do século XIV e início do século XV, com o fim do Império Romano¹⁴ e o surgimento da peste negra¹⁵, passa-se à Idade Moderna (ou Modernidade).

¹⁴ Por volta do século III, o Império Romano passava por uma enorme crise econômica e política. A corrupção dentro do governo e os gastos com luxo retiraram recursos para o investimento no exército romano. Com o fim das conquistas territoriais, diminuiu o número de escravos, provocando uma queda na produção agrícola. Na mesma proporção, caía o pagamento de tributos originados das províncias. Em crise e com o exército enfraquecido, as fronteiras ficavam a cada dia mais desprotegidas. Muitos soldados, sem receber soldo, deixavam as obrigações militares. Os povos germânicos, tratados como bárbaros pelos romanos, estavam forçando a penetração pelas fronteiras do norte do império. No ano de 395, o imperador Teodósio resolve dividir o império em: Império Romano do Ocidente, com capital em Roma e Império Romano do Oriente (Império Bizantino), com capital em Constantinopla. Em 476, chega ao fim o Império Romano do Ocidente, após a invasão de diversos povos bárbaros, entre eles, visigodos, vândalos, burgúndios, suevos, saxões, ostrogodos, hunos, etc. Era o fim da Antiguidade e início de uma nova época chamada de Idade Média, uma etapa necessária na História e que abriu caminho para o Renascimento.

¹⁵ Em meados do século XIV, uma doença devastou a população européia. Historiadores calculam que aproximadamente um terço dos habitantes morreram em decorrência desta doença, de guerras e da fome. A peste negra era transmitida através da picada de pulgas de ratos doentes. Estes ratos chegavam à Europa nos porões dos navios vindos do Oriente. Como as cidades medievais não tinham condições higiênicas adequadas, os ratos se espalharam facilmente. Após o contato com a doença, a pessoa tinha poucos dias de vida. Febre, mal-estar e bulbos (bolhas) de sangue e pus espalhavam-se pelo corpo do doente, principalmente nas axilas e virilhas. Como os conhecimentos médicos eram pouco desenvolvidos, a

1.2.2. Compreensão histórica, filosófica e teórica da pena neste período

Neste período da história, o Direito Canônico exerceu grande influência, pois a Igreja adquiria cada vez mais poder e suas decisões eclesiais eram executadas por tribunais civis. A pena possuía um caráter precipuamente sacral, de base retribucionista, porém - e aqui o seu mérito¹⁶ -, já com preocupações de correção do infrator, além de consolidar a punição pública como a única justa e correta. Vale destacar, ainda, que foi neste período, mais precisamente no século V, que produz-se o primeiro antecedente substituto da pena de morte: a Igreja, para punir clérigos faltosos, usava aplicar como penalidade a reclusão em celas ou a internação em mosteiros.

Surge, então, a privação da liberdade como pena: a prisão eclesial, que tinha por finalidade fazer com que o recluso meditasse, refletisse e arrependesse da infração cometida. Cárcere como penitência e meditação, originando a palavra “penitenciária”. Esta foi a grande contribuição deste período da história para a teoria da pena.

1.3. Idade Moderna ou Modernidade

1.3.1. Compreensão histórica do período

O fim da Idade Média está relacionado a grandes transformações, como a ascensão das monarquias nacionais européias; o início da recuperação demográfica e econômica após a peste negra; os descobrimentos marítimos; o movimento de redescoberta da cultura clássica, por volta do século XV; e a reforma protestante, a partir de 1517.

Tradicionalmente aceita-se o início estabelecido pelos historiadores franceses, em 1453, quando ocorreu a tomada de Constantinopla pelos Turcos otomanos, e o término com a Revolução Francesa, em 1789. Entretanto, apesar de a queda de Constantinopla ser o evento mais aceito, não é o único. Têm sido propostas

morte era certa. Para complicar ainda mais a situação, muitos atribuíam a doença a fatores comportamentais, ambientais ou religiosos. Muitos fugiam para o campo com medo de serem infectados.

¹⁶ CORRÊA Júnior, Alceu; SHECARIA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 31.

outras datas para o início deste período, como a conquista de Ceuta pelos portugueses em 1415, a viagem de Cristóvão Colombo ao continente americano em 1492, ou a viagem à Índia de Vasco da Gama em 1497. A noção de “Idade Moderna” tende a ser desvalorizada pela historiografia marxista, que prolonga a Idade Média até o advento das Revoluções Liberais e o fim do regime senhorial na Europa, devido à ampla ação das Cruzadas, que expandiram o comércio na Europa. Algumas correntes historiográficas anglo-saxônicas preferem trabalhar com o conceito de “Tempos Modernos”, entendido como um período não acabado, introduzindo nele subdivisões entre *Early Modern Times* (mais antiga) e *Later Modern Times* (mais recente), ou então procedem a uma divisão entre sociedades pré-industriais e sociedades industriais. A dificuldade da delimitação cronológica do período se deve, principalmente, às divergências de interpretação quanto à origem e evolução do sistema capitalista.

Contudo, o período histórico, que vai do século XV ao XVIII, é genericamente percebido com um “período de transição”, sendo este que interessa à teoria da pena. Como resultado de inúmeras guerras religiosas, a pobreza se generaliza pela Europa, crescendo o número de desafortunados e, conseqüentemente, o número de delinqüentes. Este quadro social faz com que o Direito Penal passe a ser utilizado como instrumento de segregação social, com a utilização do trabalho forçado do condenado.

A época moderna pode ser considerada exatamente como uma época de “revolução social”, cuja base consiste na substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista. A partir do século XV o comércio cresceu extraordinariamente, fruto, naturalmente, de modificações ocorridas no interior das sociedades feudais européias (aumento da população, crescimento das cidades, desenvolvimento das manufaturas etc.).

1.3.2. Compreensão histórica, filosófica e teórica da pena neste período

Durante a Idade Moderna, novamente o Direito Canônico exerceu grande influência. A pena desenvolve seus traços de resso-

cialização, na constante busca da melhora e bem estar do criminoso. Supera-se a idéia de que, para a justiça criminal, o delinqüente não era mais do que a individualidade abstrata e anônima; não se levava em consideração que por debaixo das equações e fórmulas, se julgavam realidades vivas, seres humanos, cujo futuro moral e social era o resultado de um problema por resolver.¹⁷; ele ganha individualidade, porém esta doutrina se desenvolve de forma tímida até o início da Idade Contemporânea quando, a partir do Iluminismo, a proteção do homem ganha impulso.

1.4. Idade Contemporânea ou Pós-Modernidade

1.4.1. Compreensão histórica do período

A Idade Contemporânea é o período específico atual da história do mundo ocidental, iniciado a partir da Revolução Francesa (1789 d.C.). O seu início foi bastante marcado pela corrente filosófica iluminista, que elevava a importância da razão. Havia um sentimento de que as ciências iriam sempre descobrindo novas soluções para os problemas humanos, e que a civilização humana progredia a cada ano com os novos conhecimentos adquiridos.

Com a ocorrência das duas grandes guerras mundiais, o ceticismo imperou no mundo, com a percepção de que nações consideradas avançadas e instruídas eram capazes de cometer atrocidades dignas de bárbaros. Decorre daí o conceito de que a classificação de nações em mais desenvolvidas e menos desenvolvidas têm limitações de aplicação.

1.4.2. Compreensão histórica, filosófica e teórica da pena neste período

A modernização do Direito Penal é marcada pelo Iluminismo e a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Fenenbach (Alemanha), Beccaria,

¹⁷ Conforme observa Raymond Salleiles, “esta concepção é uma construção abstrata do Direito Penal, que só leva em consideração o crime e ignora os criminosos” SALEILLES, Raymond. *Op. cit.*, p. 28.

Filangieri e Pagano (Itália), grandes pensadores iluministas e elaboradores de princípios iluminados no projeto de uma sociedade baseada na razão, nascem as grandes idéias sobre a soberania da lei, sobre a defesa dos direitos subjetivos e sobre as garantias necessárias no processo penal e sobre a oportunidade de racionalizar as penas numa relação o mais objetivo possível com a gravidade do delito e o dano infligido à sociedade.

Inicia-se o período humanitário da pena e surge a Escola Clássica do Direito Penal que, com base na idéia de livre-arbítrio do ser humano, abandona o caráter cruel e irracional das penas para se aproximar da idéia racional e humanitária da pena, com base na proporcionalidade entre o crime e a respectiva sanção, uma vez que, conforme observa Antonio Moniz Sodré de Aragão, “o criminoso é penalmente responsável, porque tem a responsabilidade moral e é moralmente responsável porque possui livre-arbítrio. Este livre-arbítrio é que serve, portanto, de justificação da pena que se impõe aos delinqüentes como um castigo merecido, pela ação criminosa e livremente voluntária”¹⁸

Decorrência do caráter humanitário da pena foi a sua contraposição ao arbítrio e à prepotência dos juízes, com a idéia de que somente as leis poderiam fixar penas, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las. Houve preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário; a sociedade voltava-se contra o terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social.

Até então, a pena não possuía um caráter utilitário, e não se concebia a punição de um crime pela privação da liberdade; a custódia possuía a mera função de guardar o corpo do condenado para, posteriormente, sofrer a pena que, na maioria das vezes, era a de morte ou de mutilações. A pobreza se generalizou, aumentando o número de desafortunados e delinqüentes. Sob a ótica da política criminal, a morte passava a não ser a solução mais

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 66.

adequada, uma vez que não poderia ser aplicada a tanta gente¹⁹. Por outro lado, já que se passava pelo período do desenvolvimento do sistema econômico do capitalismo, esses desafortunados e delinqüentes passaram a ser aproveitados como mão-de-obra gratuita, o que permitia, ainda, a manutenção do controle sobre ela. A idéia de prisão como forma de privação da liberdade surge, na verdade, mais como uma ideologia do modo de produção capitalista do que com o propósito humanitário e idealista de reabilitação do condenado; havia uma necessidade urgente e emergente de mão-de-obra e, também, de controlar essa massa delinqüente que acabara de surgir. Desta forma, a prisão surge em razão da necessidade do regime econômico capitalista em crescente desenvolvimento, e também como forma de controle social da classe que dominava tal regime, possuindo, na verdade, finalidade de controle social (da classe dominante, burguesa, sobre a dominada, proletariado). Havia o aumento da pobreza e da mendicância causadas pelas mudanças socioeconômicas e pela ineficácia da pena de morte e, do outro lado, as razões econômicas da classe burguesa em ascensão, que precisava ensinar o modo de produção capitalista e, ao mesmo tempo, controlar os trabalhadores, além de garantir mão-de-obra barata em épocas de pleno emprego e altos salários. Houve, ainda, uma crescente valorização da liberdade e destaque para o racionalismo, bem da vida mais importante e forma mais humana de pena. Ademais, havia a necessidade de ocultação do castigo para evitar a disseminação do mal causado pelo delito. Todos estes fatores colaboraram para a consolidação da prisão como pena.

Todavia, como o crime passou a ser tratado como um ente jurídico e não como um simples fato do homem, a Escola Clássica, que definia a pena não somente como castigo, mas precipuamente como retribuição - o criminoso era ignorado, voltando-se a atenção para o crime, sendo a pena proporcional a este, e não àquele -, perde espaço para a Escola Positiva, que colocou o homem como

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão, causas e alternativas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

centro do Direito Penal, dando à pena o escopo da ressocialização do criminoso; a pena não é considerada apenas como um castigo, mas como um instrumento da sociedade e de reintegração do criminoso a ela²⁰.

A Escola Positiva ou Antropológica surge com a obra “**O homem delinqüente**” (1876), de Cesare Lombroso, e teve como defensores Ferri (Alemanha) e Garofalo (Itália). O pilar desta Escola está na idéia de que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquicas. Dessa forma, o homem nasceria delinqüente, ou seja, portador de caracteres impeditivos de sua adaptação social, trazendo como conseqüência o crime, algo naturalmente esperado. Não haveria, portanto, o livre-arbítrio.

O ser humano seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade, uma vez que o fundamento da punição era a defesa social e não o castigo²¹; todos os homens são socialmente responsáveis por viverem em sociedade, razão pela qual a pena se justifica como um direito inalienável e natural da sociedade de se defender²², inclusive na hipótese na qual o ser humano tenha uma anomalia congênita, hipótese em que o motivo para a defesa social seria ainda maior, pois por ser ele escravo das suas paixões, deve ser preso.²³ “É precisamente porque não sois livre, mas escravo, que vos tratamos como escravo e vos prendemos.”²⁴ Por conseguinte, a pena não tem o fim de punir o mal pelo mal, mas de defender a sociedade, com “a eliminação dos indivíduos inassimiláveis”.²⁵ Se a sanção social não tem relação com a responsabilidade moral, então não se podem aplicar penas iguais a indivíduos diferentes (é a adaptabilidade das penas ao delinqüente).

²⁰ CORRÊA Júnior, Alceu; SHECARIA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 33.

²¹ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 267.

²² *Ibid.*, p. 268.

²³ *Ibid.*, p. 273.

²⁴ *Ibid.*, p. 273.

²⁵ *Ibid.*, p. 278.

Conforme observa Antonio Moniz Sodré de Aragão, “a escola Antropológica baseia-se no método positivo. A observação rigorosa e exata dos fatos é a fonte única e o fundamento racional de suas conclusões indutivas. O assunto primordial dos seus estudos é a pessoa real e viva do delinqüente, e não a figura abstrata e jurídica do crime”.²⁶

A Escola Positivista exerceu forte influência sobre o campo da individualização da pena - supera a idéia de proporcionalidade da Escola Clássica levando em consideração, por exemplo, a personalidade e a conduta social do criminoso para o estabelecimento da justa sanção.

Enquanto os clássicos olvidavam a necessidade de reeducação do condenado, os positivistas fechavam os olhos para a responsabilidade resultante do fato, ao fundar a punição no indeterminado conceito de periculosidade, e conferir poder ilimitado ao Estado, ao mesmo tempo em que não resolve o problema do delinqüente ocasional, portanto, não perigoso, pois “o assunto primordial dos seus estudos é a pessoa real e viva do delinqüente, e não a figura abstrata e jurídica do crime.”²⁷

Por fim, surgem as Escolas Críticas ou Ecléticas que também se desenvolvem sobre a idéia de que a pena funcionaria como uma forma de defesa social, mas diferenciam-se da Escola Positiva ou Antropológica, pois admitiam que os loucos sejam suscetíveis a mudanças bruscas nas atitudes, tendo em vista castigos ou recompensas.²⁸ Se, por um lado, a sociedade odeia os delinqüentes e vibra quando um é punido, por outro lado, os loucos deixaram de ser odiados como eram um século antes.²⁹ Agora, eles passam a ser considerados irresponsáveis, ao contrário do que pregavam os clássicos, que diziam serem todos responsáveis, por causa do livre-arbítrio. A loucura passa a ser concebida como uma moléstia como outra qualquer.³⁰ Portanto, o Direito Penal deve estudar o

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 67.

²⁷ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré. *Op. cit.* p. 43.

²⁸ *Ibid.*, p. 296.

²⁹ *Ibid.*, p. 297.

³⁰ *Ibid.*, p. 299.

criminoso como espírito e matéria, como pessoa humana, em face dos princípios éticos a que está sujeito e das regras jurídicas que imperam na vida social, e também ante as leis do mundo natural que lhe afetam a parte contingente e material.


Durante o século XIX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, surgiram novos movimentos dogmáticos denominados Nova Defesa Social, que se afastam do positivismo e voltam a afirmar o livre-arbítrio como fundamento da impunidade, demonstrando que o crime é expressão de uma personalidade única, impossível de haver padronização. Têm por mérito reconhecer que a prisão é um mal necessário - uma vez que ainda não se formulou um substituto a ela - embora possua inúmeras conseqüências negativas, devendo-se, todavia, abolir a pena de morte e descriminalizar certas condutas, como aquelas consideradas crimes de bagatela, evitando-se o encarceramento indiscriminado. O ineditismo da Nova Defesa Social, ao formular a teoria da prevenção geral positiva, que é a sua única finalidade, concentra-se apenas em negar os outros de seus aspectos, como a retribuição e a prevenção especial.

CONCLUSÕES

1. Traçadas as linhas gerais do estudo histórico, filosófico e teórico da pena proposta pela doutrina, observa-se a sua insuficiência para a compreensão pela sociedade contemporânea. Insuficiente, pois além da grande limitação que promove no estudo da teoria da pena, ensejando o seu engessamento, mostra-se contraditória: enquanto se admite, na formulação histórica e filosófica, que a sociedade contemporânea experimenta o pós-positivismo, ainda que implicitamente, por dedução dos argumentos expostos, no plano teórico não há a preocupação de promover a sua adequação e compatibilização entre os planos filosófico e teórico; limita-se, por conseqüência, a uma análise extremamente positivista com o escopo, equivocadamente, de preservar a segurança jurídica.

2. Embora não se neguem os méritos de cada construção, é necessário um aprofundamento teórico-filosófico para o fim de sua exata compreensão e inteligência e superação da crise e insufici-

ência da teoria da pena noticiada por Cezar Roberto Bitencourt em razão de inúmeros fatores, tais como: (a) o ambiente carcerário é autêntica antítese da comunidade livre, não permitindo qualquer trabalho útil de ressocialização, até porque a pena estigmatiza; e (b) na maior parte das prisões do mundo, as condições materiais e humanas não permitem a concretização da meta de reabilitação do sentenciado; pelo contrário, o fator prisionalização faz com que o recluso aprofunde sua identificação com os valores criminais, embora nunca se tenha estabelecido, com precisão, o real alcance que a prisão exerce sobre cada detento, até porque cada um reage de forma diversa ao cumprimento da pena.³¹

3. Esta reformulação da teoria da pena deve, necessariamente, passar pelos planos da constitucionalização do Direito e da internacionalização dos Direitos Humanos, de forma a conformá-la à evolução teórico-filosófica da Idade Contemporânea. 

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 70/71.