



# BREVE HISTÓRIA DO DIREITO PENAL E DA EVOLUÇÃO DA PENA

## BRIEF HISTORY OF CRIMINAL LAW AND EVOLUTION OF PUNISHMENT

FRANCISCO UBIRAJARA CAMARGO FADEL<sup>1</sup>

franciscofadel@ig.com.br

**RESUMO:** O presente artigo traz sucintas referências à evolução do Direito Penal e da pena, buscando demonstrar o lento, porém gradual progresso dos sistemas jurídicos, principalmente no que se refere à sanção penal, tendo em vista as atrocidades sancionatórias que inicialmente eram chanceladas pelo ordenamento, chegando até nossos dias. Faz-se breve paralelo à história do Direito Penal brasileiro.

**Palavras-Chave:** Direito Penal. Estado. Pena. Evolução histórica.

**ABSTRACT:** The present article brings succinct references to the evolution of The Penal Law and the punishment, trying to demonstrate the slowly but gradual progress of the Juridical systems, principally when it refers to the penal sanction, having the sanctions atrocities which initially were confirmed by the Law until these days. It does briefly parallel to The Brazilian Penal Law.

**Key-words:** Criminal Law. State. Punishment. Historic evolution.

### 1 Introdução

Estudar o Direito é estudar o homem e o corpo social a que ele pertence num determinado momento.

Ubi homo, ibi jus<sup>2</sup>.

Sabe-se que o ser humano somente se realiza plenamente quando convive com seus semelhantes, porém, nem sempre esta convivência se mostra harmônica, pois “O homem não é absolutamente livre para fazer o que bem quiser” (TELES. 2006, p. 1) e, dessa maneira, situações de conflito surgem frequentemente.

Inúmeras ocorrências não chegam a ser reguladas, vale dizer, resolvidas pelas normas do ordenamento jurídico, pois muitas vezes o controle social é eficazmente realizado mediante a atuação de outros órgãos e instituições, tais como a família, a escola, a Igreja etc. Mas, quando o comportamento desviante ofende bens

fundamentais ao ser humano e à sociedade, se faz necessária a interferência do Direito com o fito de restabelecer, da melhor e mais eficaz maneira possível, a paz social.

Desse modo, percebe-se que o ordenamento jurídico, complexo de normas que têm por função regular a vida em sociedade, dispõe de variada gama de sanções a serem aplicadas àqueles que, com seu comportamento, acabam por ofender interesses e direitos de outrem, públicos ou privados.

Quando os bens mais relevantes ao ser humano e à sociedade são efetivamente atingidos ou mesmo ameaçados de ofensa, tais como a vida, a integridade física, a liberdade, o Estado oferece resposta cuja intensidade é diretamente proporcional à relevância dos valores maculados e, para tanto, utiliza-se de normas de natureza penal.

Assim, observa-se que a réplica mais rigorosa que o ordenamento jurídico apresenta pertine à



transgressão de uma norma de natureza penal, cominando sanção que pode implicar em privação da liberdade do agente.

Sendo o homem violento por natureza, diz-se que o primeiro ramo do Direito concretamente concebido, antes mesmo de existir qualquer resquício de organização estatal, foi o Direito Penal, mais especificamente aquele alusivo à hoje denominada parte especial dos atuais códigos penais, pois, de plano, buscou-se estabelecer quais seriam as condutas consideradas proibidas, bem como suas respectivas sanções.

A história do Direito Penal está visceralmente ligada à história da pena. Como será visto a seguir, o mesmo Estado que buscou monopolizar a distribuição da Justiça, editando regras e normas comportamentais a serem regamente obedecidas por seus destinatários, foi tirânico e desumano no que tange à intensidade da resposta oficial àqueles que se afastaram de seus comandos. Neste sentido, René Ariel Dotti transcreve texto do juriconsulto português Silva Ferrão, cuja obra foi editada em 1856, onde foi realizado um breve apanhado do Direito Penal alusivo aos últimos quatorze séculos das nações modernas.

A historia do Direito penal é uma historia de crimes moraes, de tyrannias, de horrores, de tormentos, e de sangue, que fazem estremecer a humanidade, que hoje contempla os factos, e que não póde, na presença delles, deixar de recuar tremendo. Parece impossível, que hovessem legisladores, juizes, executores da alta justiça, a representar activamente nas repetidas scenas de supplicios os mais variados, todos corporaes, todos afflictivos, a respeito dos quaes a imaginação do homem procurasse com esmero a preferênciã e a invenção de martyrios os mais dolorosos contra seres da mesma espécie, contra irmãos, contra filhos. Os homens, peóres que as feras, a pretexto de punir os malefícios, commeteram crimes mais reprehensíveis, que os que pretenderam reprimir. Deram o exemplo de crueldade, da violação dos direitos individuaes, e dos da propriedade (Theoria do Direito Penal, vol. 1, p. XXX/XXXI). (grafia original) (DOTTI. 2004, p. 124).

É fato incontroverso que o desenvolvimento do Direito Penal variou de povo para povo, região a região, tendo em vista o nível de desenvolvimento de cada uma das culturas onde aflorou e se estabeleceu.

Do mesmo modo, não há dúvida de que os contornos, postulados e princípios hoje prevalentes no Direito Penal de grande número de países foram cunhados lentamente, pois, nada obstante estejamos muito longe do aceitável relativamente ao tratamento concreto que se deve dispensar aos institutos penais, dentre eles, a pena, fato é que se almeja, ao menos

no âmbito doutrinário e algumas vezes judicial, atingir o máximo, a utopia, a efetiva concretização da legalidade e dos postulados da melhor doutrina garantista-penal.

O Direito Penal pode ser analisado em períodos históricos, os quais não guardam absoluta independência entre si, ou seja, as fases a seguir descritas não formam compartimentos estanques, findando uma e imediatamente tendo início a próxima. Antes, ao contrário. Permeiam-se, misturam-se, porém cada uma possui traços e características próprias, o que as faz possuírem certa identidade.

Referidas fases são comumente denominadas de vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período científico, este último, também denominado período criminológico.

Passemos, de forma abreviada, a verificar as características de cada uma delas em âmbito mundial e, paralelamente, sua manifestação em terras brasileiras. Verifiquemos, ainda, os traços mais característicos do Direito Penal romano, grego e canônico, em face de sua grande importância e influência.

## 2 Vingança Privada

Nos primórdios da civilização não havia qualquer espécie de administração pertinente à Justiça. Caso alguém ofendesse um seu semelhante, nem sempre o revide guardava razão de intensidade à agressão sofrida. Em muitas ocasiões sequer era dirigido ao agressor, mas sim a membros de sua família ou tribo, gerando, não raro, resposta mais hostil.

Quando a infração era praticada por um membro do próprio grupo “a punição, em regra, era o banimento, conhecido como perda da paz, fazendo com que o infrator ficasse desprotegido, à mercê de tribos rivais.” (CAPEZ e BONFIM. 2004, p. 43).

Não havia senso de justiça.

A reação era puramente instintiva e, como mencionado, normalmente desmedida, não havendo proporcionalidade e nem pessoalidade quanto ao revide, “reinava a responsabilidade objetiva, e desconheciam-se princípios como o da proporcionalidade, humanidade e personalidade da pena” (CAPEZ e BONFIM. 2004, p. 43).

O contra-ataque por vezes acabava por alcançar pessoas relacionadas ao ofensor, enfraquecendo famílias e grupos, dizimando tribos inteiras.

Com a evolução do homem, surge uma medida que objetivava limitar o direito de desforra: o Talião<sup>3</sup>.



A pena de Talião implicava na idéia de compatibilidade: “olho por olho, dente por dente”.

Surgiu no Código de Hamurabi<sup>4</sup>, Rei da Babilônia, em XXIII a. C., posteriormente espraiando-se para outras legislações (NORONHA. 2000, p. 21). Se por um lado não afastou a violência da repulsa, por outro teve o mérito, já mencionado, de conferir-lhe a noção de dimensão, evitando o aumento incontido do conflito inicial.

Relativamente ao Brasil, há que se considerar que não havia, evidentemente, logo após sua descoberta pelos portugueses, qualquer organização legal. Seus habitantes, os índios, contavam com diferentes graus de evolução cultural, que variavam conforme a localização das aldeias e os regramentos prevalentes eram calcados em costumes, crenças religiosas e tradições que mudavam de tribo a tribo, possuindo características próximas às constantes deste período.

As normas de conduta indígenas nenhuma influência exerceram sobre a legislação portuguesa. Porém, necessário destacar, conforme relatam os historiadores, que nada obstante nossos índios vivessem no estágio da pedra lascada, já aplicavam o Talião.

Ainda durante este período, considerando o fato de que a pena de Talião muitas vezes chegou a enfraquecer a tribo, pois, quando aplicada dentro do próprio grupo acabava por diminuir a força física de seus guerreiros em decorrência das mutilações provocadas, deixando a coletividade à mercê de bandos dominadores, outro instituto relevante foi criado entre os povos germânicos: a composição (compositio).

Consistia na possibilidade concedida ao ofensor de “comprar” o direito de revide do ofendido ou de sua família, mediante o pagamento em moeda, metais preciosos, armas, gado, utensílios, roupas etc. Em síntese: a punição, que até então era estritamente corporal, passou a admitir a possibilidade de sua substituição por valores ou bens. Tem-se na composição, segundo a doutrina<sup>5</sup>, a origem remota da indenização, prevista no Direito Civil, bem como, da pena de multa do Direito Penal.

### 3 Vingança Divina

Neste período, acreditava-se que os Deuses eram guardiões da paz e eventual crime cometido era considerado uma afronta às divindades. Para que a tranqüilidade fosse restaurada, sacrifícios humanos deveriam ser realizados. Deste modo, mediante a prática de um único ato, três medidas eram adotadas:

satisfazia-se o Deus maculado, punia-se o ofensor e intimidava-se a população para que não mais praticasse atos considerados criminosos.

O período caracterizou-se, também, pela crueldade das penas: quanto maior a importância da divindade agravada, mais atroz seria a punição.

Os sacerdotes eram os responsáveis pela administração da justiça, bem como pela aplicação das sanções. Tendo em vista essas características, o Direito Penal vigente foi denominado Direito Penal Teocrático.

A legislação egípcia, hebraica, chinesa e indiana, entre outras, foram exemplos desta fase.

### 4 Vingança Pública

Com o desenvolvimento e organização da sociedade, a tutela penal deixa de ter conteúdo eminentemente teocrático, desconsiderando situações particulares, passando a ser centralizada nas mãos dos soberanos.

Neste contexto, a reprimenda imposta ao transgressor da lei passa a ser a resposta oficial, apresentada pelo Estado, tendo como objetivo proteger a coletividade.

Porém, na verdade, o que se viu foram situações despóticas, pois o senhor reinante, que então concentrava poderes quase absolutos, podia considerar criminosas, caso fosse conveniente, as condutas que bem entendesse, deixando a população “aterrorizada, pois que não tinha segurança jurídica.” (JORGE. 2005, p. 66).

A par desta abusiva utilização do poder, tem-se que a justiça tratava desigualmente os cidadãos. Os mais abastados eram normalmente poupados da severidade e crueldade das penas então vigentes<sup>6</sup>, ao passo que a população menos privilegiada sofria em demasia.

A igreja, notadamente a Católica, continuava exercendo grande influência na distribuição do Direito. Segundo a doutrina

Da justiça criminal, na maior parte do 2º milênio (mais precisamente até o Iluminismo, que eclodiu na segunda metade do século XVIII), encarregou-se a Igreja, os Senhores Feudais (prepotentes e arbitrários) e os Governos Absolutos ou Monárquicos (autoritários). Foi um Direito penal exageradamente cruel, desumano e não garantista, apesar da Great Charter de João Sem-Terra, de 15 de junho de 1215 (que somente valeu – quando valeu –, para os



nobres; dela pouco, ou muito pouco usufruíram os plebeus). (GOMES. 2007, p.85).

As penas eram extremamente cruéis, esclarecendo Basileu Garcia que

Para se ter idéia do que representou no passado o sistema de atrocidades judiciárias, não será necessário remontar a mais longe que há três séculos. Na França, por exemplo, ainda depois do ano de 1700, a pena capital era imposta de cinco maneiras: esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação. O esquartejamento, infligido notadamente no crime de lesa-majestade, consistia em prender-se o condenado a quatro cavalos, ou quatro galeras, que se lançavam em momento em diferentes direções. A morte pelo fogo verificava-se após ser amarrado o condenado a um poste, em praça pública, onde era o corpo consumido pelas chamas. E costume houve, também, de imergir o sentenciado em chumbo fundido, azeite ou resina ferventes. O suplício da roda era dos mais cruéis: de início, o paciente, que jazia amarrado, era esbordado pelo verdugo, até se lhe partirem os membros. Em seguida era colocado sobre uma roda, com a face voltada para o céu, até expirar. (GARCIA. 1956, p. 15 e 16).

Não fosse todo este grande número de atrocidades cometidas em nome da justiça estatal, tem-se que a pena de morte era utilizada de maneira desmesurada.

No Brasil não foi diferente.

Durante a fase imperial, o Direito Penal foi largamente utilizado pelo Soberano como instrumento de coerção e dominação para, a um só tempo, privilegiar fidalgos, desembargadores, os amigos de El Rei e, ainda, reprimir os menos favorecidos, bem como aqueles que ousassem se rebelar contra a Coroa.

Controlava-se a população pelo poder do perdão. O Rei contava com um ilimitado *ius puniendi* (assim como com o direito de perdoar). Enorme também (nessa época) foi a influência da Igreja: confundia-se o pecado com o delito (valeu-se também a Igreja do Direito penal para preservar o seu poder). Os crimes mais hediondos naquela época eram: lesa majestade humana (crime contra o rei) e lesa majestade divina (heresia, apostasia, blasfêmia, feitiçaria etc.). (GOMES. 2007, p. 85).

Ainda versando sobre o Direito Penal em terras brasileiras, exemplo histórico foi a condenação e execução do Alferes Joaquim José da Silva Xavier, alcunhado por Tiradentes. Sua pena, além de cruel e desumana, chegou a atingir seus sucessores<sup>7</sup>.

Por outro lado, o processo penal europeu então vigente, secreto, adotava a tortura como meio legal de

obtenção de prova, não possibilitando ao acusado exercer de maneira concreta seu direito de defesa, sendo certo que na grande maioria das vezes este sequer tinha noção dos dispositivos legais.

Quanto à influência da Igreja na justiça criminal, bem como à adoção da tortura como meio “legal” de obtenção de prova, João Bernardino Gonzaga nos informa

Na Alemanha, na Itália, na Espanha, em Portugal, por toda parte torturavam-se normalmente os acusados e, às vezes, também as testemunhas não merecedoras de fé. Em França, as Ordenações de 1254 e todas as subseqüentes adotaram oficialmente a questão, ou interrogatório com tormentos.

Os escopos visados eram obter a confissão do suposto delinqüente, a descoberta de cúmplices e a verificação da eventual existência de outros crimes que o réu pudesse ter acaso praticado. Assim, mesmo quando este confessava os fatos do processo, o juiz ainda o podia continuar supliciando, para verificar se mais malfetorias existiam. No Direito germânico, ao tempo da célebre *Constitutio Criminalis Carolina*, promulgada em 1532 por Carlos V, expressamente se advertia que deviam ser empregados tormentos no processo, mesmo que se tratasse de fato manifesto, como na hipótese de um ladrão preso em flagrante delito e com o objeto furtado ainda em seu poder.

As leis se limitavam a ordenar ou permitir a tortura, fixando algumas regras gerais para o seu uso, mas não especificavam no que ela poderia consistir. A forma e os meios a serem empregados para produzir a dor seriam aqueles que os costumes indicassem, ou que fossem inventados por executores imaginosos. Facilmente, pois, ocorriam excessos. Tomás y Valiente, em sua obra sobre o Direito Penal espanhol da monarquia absoluta, transcreve, à pág. 153, longo relatório datado de 1598, em que os Procuradores das Cortes castelhanas se queixaram ao rei contra a crueldade dos juizes, acusando-os de criarem “novos gêneros de tormentos refinados, que, por serem tão cruéis e extraordinários, nunca jamais os imaginou a lei”.

Uma típica sessão de interrogatório transcorria, em linhas gerais, deste modo. Algumas leis dispunham que o réu somente deveria ser supliciado várias horas após haver ingerido alimentos, quando já se achasse enfraquecido. Exigiam-lhe então, primeiro, o juramento de que diria a verdade. Em seguida, lhe apresentavam os instrumentos que seriam utilizados, com explicações sobre o seu funcionamento. Se, para evitar o tormento, ou no seu desenrolar, o paciente confessasse o que lhe era exigido, levavam-no para outro lugar, seguro e confortável, onde ele deveria ratificar a confissão. Se esta não fosse ratificada, voltava-se à tortura, em dias subseqüentes. (GONZAGA. 1994, págs. 32-33).

Este sistema, injusto e aberrante, acabou por gerar descontentamento, levando inúmeros





pensadores e filósofos a se manifestar contrariamente a sua manutenção.

Com o iluminismo, tem início, pois, o período humanitário.

## 5 Período Humanitário

O século XVIII, denominado “séculos das luzes”, trouxe profundas modificações para inúmeras áreas do saber: as ciências, as artes, a filosofia, não tendo o Direito permanecido indiferente nesta verdadeira revolução mundial do bem.

Os maiores expoentes da seara penal foram Cesare Bonessana, também conhecido como Marquês de Beccaria e John Howard.

Cesare Bonessana (1738–1794), filósofo, criado em família abastada, aos 27 anos publicou em Milão, em 1764, um opúsculo que mudaria os rumos do Direito Penal mundial intitulado *Dei delitti e de le pene*<sup>8</sup>.

Basicamente combatia o sistema penal então vigente, criticando, dentre outros, os seguintes itens:

- a) a forma de aplicação e a linguagem utilizada pela lei, pois grande parte dos acusados, além de analfabetos, não tinha sequer noção dos dispositivos legais;
- b) a desproporção entre os delitos cometidos e as sanções aplicadas;
- c) a utilização indiscriminada da pena de morte;
- d) a utilização da tortura como meio legal de obtenção de prova;
- e) criticou as condições das prisões.

Trouxe idéias a fim de combater o crime.

Indiscutivelmente os postulados de Beccaria foram influenciados por Montesquieu (1689–1755) e Rousseau (1712–1778), tendo buscado muitos de seus fundamentos na obra “O Contrato Social”, publicada em 1762<sup>9</sup>.

Importante destacar que Marquês de Beccaria não foi o primeiro a abordar o tema àquela época, porém, teve o mérito de, em decorrência da forma como se expressou, despertar a atenção de grande parte da população.

Conforme explana Ney Moura Teles, logo após a publicação da obra de Beccaria “... surgem leis aderindo aos preceitos por ele defendidos. Em 1767, na Rússia, Catarina II promove profunda reforma legislativa. Na Toscana, em 1786, são abolidas a tortura e a pena de morte. Na mesma linha, na Áustria

e na Prússia as idéias iluministas se concretizam em leis humanitárias.” (TELES. 2006, p. 24). É o que se convencionou denominar “despotismo ilustrado”.

Cerca de um século após, em 1777, na Inglaterra, John Howard publica a obra “The state of prisons in England and Wales<sup>10</sup>”. Após ser designado sheriff de Bedford, John Howard teria se apaixonado pelo tema das prisões (BITENCOURT. 1993, p. 44). Nomeado alcaide daquele condado em 1773, teve contato direto com a lastimável situação das prisões.

Viajando por inúmeros países da Europa, verificou que as condições encontradas no condado se repetiam em outras nações: locais úmidos, sem ventilação, sem luz, infectados por vírus, piolhos, carrapatos, gerando toda sorte de doenças.

Em sua obra pugnou por um tratamento mais digno ao preso, bem como preconizou a construção de estabelecimentos penais mais adequados às funções carcerárias. Acabou morrendo em decorrência de “febres carcerárias” (BITENCOURT. 1993, p. 45). É considerado o pai da ciência penitenciária<sup>11</sup>.

No Império do Brasil, após a outorga da Constituição de 1824, começaram os trabalhos legislativos, a fim de suprimir, o mais rapidamente possível, a legislação portuguesa ainda vigente.

Gestado desde 1823, o Código Criminal do Império do Brasil, acabou sendo convertido em lei somente em 16 de dezembro de 1830, não se afastando das premissas liberais inseridas na Constituição então vigente.

Considerado avançado, o Código Criminal do Império do Brasil influenciou outros textos legislativos. Diz Basileu Garcia:

Um dos que maior influência receberam do nosso é o Código espanhol, que lhe sucedeu após poucos anos e mais tarde foi substituído por um segundo e um terceiro – este de 1870, - ambos calcados no primitivo modelo. JIMÉNES DE ASÚA consigna essa influência. Considerando-se que o Código espanhol de 1870 foi o grande inspirador da legislação penal das repúblicas latino-americanas de idioma castelhano, facilmente se alcançará a notável projeção que, em nosso continente, veio a ter o Código do Império do Brasil. (grafia original). (GARCIA. 1956, p. 122).

Apesar de bastante avançado, possuía algumas imperfeições:

- a) impunha tratamento diferenciado aos escravos;
- b) relacionava inúmeros ilícitos à religião;



c) manteve a cominação de pena de morte para alguns delitos, cuja execução era realizada mediante força. Posteriormente, a execução da pena capital foi banida do Brasil por determinação do Imperador D. Pedro II, tendo em vista a confirmação de ocorrência de grave erro judiciário que vitimou, em 1855, o fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro<sup>12</sup>.

## 6 Período Criminológico ou Científico

Após o levante provocado pelos pensadores iluministas o Direito Penal passou a ser estudado de forma mais científica e metodológica.

A partir de então, os estudiosos não mais se limitaram ao exame da legislação, passando a desenvolver conceitos e teorias jurídicas, sociais e antropológicas, divisando de forma abrangente o fenômeno criminal, bem como a verdadeira função de alguns institutos penais.

O criminoso, bem como as causas que o levaram a cometer o delito, passaram a ser objeto de investigação.

Um dos maiores expoentes desta etapa da evolução do Direito Penal foi César Lombroso, médico italiano que escreveu, em 1876, a obra *L'uomo delinquente*, na qual, após exaustivos estudos, concebeu o crime como sendo uma manifestação de fatores biológicos inerentes ao agente, ou seja, para Lombroso os indivíduos que nascessem com determinadas características morfológicas e de personalidade deveriam ser considerados criminosos natos, tais como: zigomas salientes, possuir habilidade em ambas as mãos (ambidestro), possuir cabelos abundantes, ser vaidoso, preguiçoso etc. Foi o que se denominou atavismo. Chegou a criar uma classificação de criminosos<sup>13</sup>.

Inicialmente muito festejada, paulatinamente sua teoria acabou caindo em descrédito, pois divorciada da realidade, haja vista ter-se verificado que inúmeros criminosos violentos não possuíam um só dos característicos por ele considerados indicativos de absoluta propensão à prática de delitos. Por outro lado, constatou-se que várias pessoas que ostentavam os sinais considerados atávicos, jamais, ao longo de suas vidas, tiveram qualquer envolvimento com a justiça criminal.

Nada obstante ter perdido parte de seu prestígio, é irrefutável o fato de ter atraído a atenção dos estudiosos para o agente criminoso, pois àquela época o Direito Penal “caminhava para um dogmatismo exacerbado.” (MIRABETE e FABBRINI,

2007, p. 22). César Lombroso é considerado o criador da Antropologia Criminal.

Em nosso país, fez-se valer a dito popular “Rei morto, rei posto”. Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, instalada nova ordem política, quis o governo provisório imediatamente substituir a legislação penal até então vigente, editada durante o Império.

O jurista João Batista Pereira, que pouco antes do final do regime imperial havia sido encarregado de reformar a legislação penal, tendo em vista as inúmeras mudanças pelas quais havia passado a sociedade, dentre elas a abolição definitiva da escravidão, foi uma vez mais, agora pelo novo governo, incumbido de redigir, o mais breve possível, o novo diploma.

Após três meses de trabalho, João Batista Pereira apresentou seu projeto à uma comissão de juristas que quase não o alterou. Em 11 de outubro de 1890, pelo Decreto 847, foi publicado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil.

Concebido de forma apressada, o novo diploma legal não repetiu as características positivas de seu antecessor, antes ao contrário. Tecnicamente confuso, seus defeitos foram destacados imediatamente pelos doutrinadores, chegando a ser cunhado pelo jurista João Monteiro, como sendo o pior de todos os códigos conhecidos.

O diploma teve acentuada influência da chamada Escola Clássica do Direito Penal, quando, à época em que foi publicado, as ideias mais avançadas correspondiam àquelas defendidas pela Escola Positiva, sucessora e opositora da Escola Clássica.

Assim, resta claro que o Direito Penal positivo regrediu, pois o código foi concebido tendo como pano de fundo ideias que vinham sendo condenadas e combatidas há tempos pela doutrina, adotando conceitos e fundamentos considerados ultrapassados.

Como bem explana José Henrique Pierangeli (PIERANGELI, 2001, p. 75), apesar de possuir defeitos técnicos, conceitos imprecisos e pouca sistematização, principalmente no que se refere à parte especial, o fato é que o diploma legal, bem como seu autor, não mereciam críticas negativas tão intensas.

A partir de 10 de novembro de 1937, com a outorga da 4ª Constituição brasileira, o país ingressa em novo e sombrio regime político, tendo em vista a suspensão das garantias individuais declarada no próprio texto constitucional. Neste contexto, o ministro da Justiça Francisco Campos, incumbiu ao jurista



Alcântara Machado a elaboração de novo projeto de Código Penal.

Em maio de 1938 publicou-se o projeto que, após passar pelo crivo de comissão revisora integrada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, transformou-se no Código Penal de 1940<sup>14</sup>, que somente entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, tendo em vista duas razões principais:

- a) conferir tempo razoável para possibilitar melhor conhecimento de seu texto;
- b) necessidade de, àquela época, desenvolver outros diplomas legais atinentes à Justiça Criminal, dentre eles, o Código de Processo Penal<sup>15</sup>, bem como a Lei de Contravenções Penais<sup>16</sup>, com o fito de modernizar e harmonizar as instituições.

Mesmo sendo considerado diploma de grande qualidade técnica e sistêmica, em decorrência do dinamismo social, uma vez mais se mostrou necessária a reformulação do estatuto penal de 1940.

Durante o governo do Presidente Jânio Quadros o magistrado Nelson Hungria foi encarregado da elaboração de novo projeto de Código Penal, tendo-o apresentado ao governo em 8 de dezembro de 1962. Seus dispositivos foram amplamente discutidos nos meios jurídicos nacionais (faculdades de direito, Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros), culminando, por fim, na publicação do Código Penal de 1969, mediante Decreto-lei nº. 1.004, de 21 de outubro de 1969.

Após inúmeros adiamentos para sua entrada em vigor, acabou sendo revogado pela lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978.

Objetivando implementar conclusivamente a atualização dos diplomas penais então vigentes, o ministro da Justiça do governo João Batista Figueiredo, Ibrain Abi-Ackel, instituiu comissão de juristas para elaboração de novo projeto de Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal. Porém, somente a parte geral do Código Penal foi reformada, o que se ocorreu mediante a publicação da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que entrou em vigor em 13 de janeiro de 1985.

A nova parte geral trouxe inúmeras novidades e, conforme Magalhães Noronha

As maiores e mais sensíveis modificações e inovações introduzidas dizem respeito à disciplina normativa da omissão, ao surgimento do arrependimento posterior, à nova estrutura sobre o erro, ao excesso punível alargado para todos os casos de exclusão de antijuridicidade, ao concurso de pessoas, às novas formas de penas e à extinção

das penas acessórias, à abolição de grande parte das medidas de segurança com o fim da periculosidade presumida. (NORONHA. 2000, p. 64).

Com o intuito de aperfeiçoar os dispositivos legais reguladores da justiça criminal, foi publicada em 11 de julho de 1984, a Lei nº 7.210, a denominada Lei de Execução Penal.

As Leis n. 7.209 e 7.210 entraram em vigor em 13 de janeiro de 1985 e trouxeram melhor sistematização e harmonia, principalmente em relação às sanções e sua execução.

## 7 Direito Penal Romano, Canônico e Germânico

### 7.1 Direito Penal Romano

Em seus primórdios, o Direito Penal Romano encontrava-se vinculado à religião, dela se separando durante a fase da Realeza. Nesta, os crimes foram divididos em crimina publica, assim considerados os mais ofensivos e delicta privada, havidas como infrações menos gravosas, sendo debeladas pelos próprios particulares. Nada obstante tenha prevalecido a pena pública, período houve em que o pater familias tinha poderes praticamente absolutos sobre o destino de seus familiares, podendo deliberar sobre vida ou morte (NUCCI. 2007, p. 58).

Ao longo da República, paulatinamente vão desaparecendo os delicta privada e predominando a regulação do Estado na seara Penal. Uma vez tornada pública a função de aplicar a sanção penal, praticamente desaparece a pena de morte, nada obstante fossem aplicadas penas infamantes, de desterro, corporais, de trabalhos forçados, entre outras.

Durante o Império, época em que o poder do soberano foi exercido de forma absoluta, surgem os crimina extraordinaria, cabendo exclusivamente ao magistrado a tarefa de acusar.

Possuíam noções a respeito dos elementos subjetivos do delito (dolo e culpa), bem como de causas de exclusão de ilicitude (legítima defesa e estado de necessidade), tendo desenvolvido teorias a respeito da culpabilidade e levado a efeito distinção entre imputável e inimputável.

### 7.2 Direito Penal Canônico

O Direito Penal Canônico, inicialmente voltado à regulação das infrações cometidas pelos



eclesiásticos, passou, em decorrência da associação entre o poder papal e o poder estatal, por abarcar a população em geral. Nada obstante suas regras fossem abrangentes, a execução de suas decisões ficava ao encargo do Estado.

Influenciado pelo Direito Romano, ao mesclar seus institutos à doutrina cristã, acabou o Direito Canônico por adquirir feição própria.

Privilegiando a responsabilização subjetiva através da aplicação de sanções, buscou corrigir o delinqüente, consagrando o princípio da igualdade entre os homens perante Deus. Introduziu a aplicação da pena privativa de liberdade (MACHADO. 1987, p. 23), pois até então, a manutenção do agente no cárcere era empregada como mera garantia para a execução das cruéis penas corporais então existentes (estas sim, as verdadeiras sanções). Em decorrência da adoção de postulados cristãos, conferiu feição mais humanista ao Direito Penal<sup>17</sup>.

Como estabelecia penitências para aqueles que cometessem infrações, acabou por dar origem às modernas penitenciárias. Por outro lado, os clérigos deviam cumprir referidas sanções em suas células, originando a denominação das atuais celas.

### 7.3 Direito Penal Germânico

Inicialmente consuetudinário, o Direito Penal Germânico listava delitos públicos, praticados contra o interesse comum e delitos privados os quais, uma vez praticados, implicavam na perda da paz. Deste modo, cometido um delito público qualquer um estava autorizado a eliminar o criminoso e, caso se tratasse de crime privado, competia ao ofendido ou seus familiares exercer o direito de vingança.

De caráter rudimentar, prevaleciam a vingança privada e a composição, mais tarde passando a vigorar o talião.

A prova no Processo Penal era regida pelas ordálias ou juízos de Deus, método cruel, que tinha por fundamento a crença que determinada divindade interviria no julgamento, demonstrando a verdade, e assim, a inocência do acusado. Referidas espécies de prova, em voga durante a Idade Média e originadas dos povos europeus, durante o domínio Germânico-Barbárico, consistiam em impingir ao acusado sofrimentos físicos de toda sorte, tendo-se-o por inocente se não sucumbisse. Assim era a “prova pelo fogo”, pela qual se entendia que, não houvesse culpa, nada sofreria o acusado caso descalço caminhasse sobre uma chapa de ferro incandescente. Do mesmo modo, a “prova das bebidas amargas”, que era utilizada para a “comprovação” de adultério feminino,

pela qual se entendia que, uma vez ingerido o líquido de sabor horrível, permanecessem naturais as feições da suposta adúltera, seria inocente, mas, caso contraísse o rosto e seus olhos ficassem injetados, sua culpa era inquestionável. Ficaram famosas ainda, a “prova das serpentes” e a “prova da água fria”: nesta, se o pretense culpado submergisse seria considerado inocente, caso viesse à tona, culpado; naquela, jogado o acusado sobre os répteis, se não fosse mordido provada estaria sua inocência, caso contrário...

## 8 Conclusão

Pode-se concluir após a breve exposição realizada, que efetivamente o Direito Penal foi (e ainda é) um instrumento utilizado para controlar as massas, nada obstante a retórica pareça cansada e batida. E, sem dúvida, é. Porém, não há como se dizer algo diferente.

Durante longos séculos a tortura e a crueldade foram oficializadas pelo Estado, porém, mais com o intuito de intimidar a população e, simultaneamente, blindar o Estado, a Igreja Católica e os senhores feudais (aristocratas, burgueses, elite ou denominação que se queira atribuir), ou seja, os “dirigentes”, do que efetivamente manter a Paz social.

O Prof. Juarez Cirino dos Santos deixa claro que

Os objetivos declarados do Direito Penal produzem uma aparência de neutralidade do sistema da justiça criminal, promovida pela limitação da pesquisa jurídica ao nível da lei penal, única fonte formal do Direito Penal. Essa aparência de neutralidade do Direito Penal é dissolvida pelo estudo das fontes materiais do ordenamento jurídico, enraizadas no modo de produção da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das classes sociais dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da Sociologia do Direito. (SANTOS. 2006, p. 7).

Paulatinamente, mediante o enfrentamento operado pelos filósofos, pensadores e doutrinadores, o Direito tenta deixar de ser o aparelho já citado, para dar vazão à concretização do senso de Justiça.

A legislação penal continua sendo multiplicada incessantemente, procurando regular condutas que atingem bens específicos, bastando verificar, a título de exemplo, a edição das seguintes leis repressoras: Discriminação Racial, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei do Crime Organizado, Estatuto do Idoso, Lei de





Drogas, Lei da Violência Doméstica (Lei Maria da Penha), dentre inúmeras outras.

Muito se fez e, infelizmente, muito ainda deverá ser realizado, pois pequena foi a evolução da humanidade quanto à compreensão do fenômeno jurídico e, principalmente, do Direito Penal, ramo do ordenamento que apresenta a resposta mais severa ao infrator da norma.

## Referências

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3ª ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão – Causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAPEZ, Fernando e BONFIM, Edilson Mougenot. Direito Penal, Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal, Parte geral. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. História do Direito Penal, Crime natural e crime de plástico. São Paulo: Malheiros, 2005.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, v. 1., t. 1.

GOMES, Luiz Flavio; PABLO DE MOLINA, Antonio García; BIANCHINI, Alice. Direito Penal. Coord. Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

GONZAGA, João Bernardino. A inquisição em seu tempo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

JORGE, Wiliam Wanderley. Curso de Direito Penal, Parte geral. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal, Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nalini. Manual de Direito Penal, Parte geral. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. 35ª ed. Atualizada por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal, Parte geral e parte especial. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil, Evolução histórica. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal, Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TELES, Ney Moura. Direito Penal, Parte geral. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

## Notas

1. O autor é graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, com ênfase em Ciências Penais, lecionou, de Fevereiro/2003 a Julho/2009, Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia no Centro Universitário Campos de Andrade, onde foi Coordenador Adjunto do Curso de Direito de Março/2004 a Outubro/2006 e Coordenador Geral do referido Curso de Novembro/2006 a Julho/2007. Leciona Direito Penal e Criminologia na Faculdade de Direito Cenecista de Campo Largo - FACECLA, desde Julho/2007, bem como Direito Penal e Prática Processual Penal na Faculdade Educacional Araucária - FACEAR, desde Julho/2009. Lecionou Direito Processual Penal na Faculdade de Direito Santa Cruz - INOVE, em Curitiba.
2. Onde existe o Homem, ali também existirá o Direito.
3. Nada obstante seja comumente conhecido e associado à idéia de “lei”, o Talião era, na verdade, uma espécie de pena que se caracterizava por estabelecer certa proporcionalidade entre agressão e reação.
4. Informa Maximiliano Roberto Ernesto Führer que “O Código de Hamurabi está gravado em uma coluna de diorito negro, em caracteres cuneiformes, que ficava no pátio dos templos, para que todos pudessem consultar o texto, quando desejassem. Atualmente esta preciosa peça é exibida no Museu do Louvre. Compõe-se de 282 artigos, mas 33 deles estão ilegíveis. Trata preponderantemente de Direito Criminal, embora regule muitas questões civis, como o dote, a propriedade, a prestação de serviços e a locação de coisas, animais e escravos.” História do Direito Penal (crime natural e crime de plástico), Malheiros: São Paulo, 2005, p. 29.
5. Julio Fabbrini Mirabete e Renato Nalini Fabbrini, Direito Penal, v. 1, p.17; E. Magalhães Noronha, Direito Penal, v. 1, p. 21, entre outros.
6. Tais como o empalamento, o esquartejamento, a forca, a tortura, o enterramento vivo.



7. Com o intuito de ilustrar a crueldade das penas previstas na legislação da época, traz-se a parte do Acórdão em Relação extraordinária do Rio de Janeiro, de 18.04.1792, que condenou Tiradentes à morte:
- “Portanto condemnam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu teve suas infames praticas, e o mais nos sítios de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Câmara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve na memoria a infamia deste abominavel Réu”.
8. Dos delitos e das penas.
9. A guisa de exemplo, basta atentar para o parágrafo seguinte, constante do capítulo III da obra de Beccaria: “A primeira consequência destes princípios é que só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.” Dos delitos e das penas, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 24.
10. O Estado das Prisões na Inglaterra e no País de Gales.
11. Cuello Calon, citado por Cezar Roberto Bitencourt, afirma que: “Beccaria realizou sua obra com pluma e papel, na paz de seu gabinete de trabalho, enquanto Howard visitou grande número de prisões européias, vendo de perto sua vida horrível, empreendendo longas e perigosas viagens a países distantes, teve estreitos contatos com os encarcerados e arriscou sua saúde e a sua vida expondo-se ao contágio das enfermidades carcerárias que, finalmente, causaram a sua morte. Beccaria foi um pensador, Howard, um homem de ação. No entanto, a obra de ambos teve um fundo comum: a luta contra a iniquidade e a barbárie, visando a implantação de um regime penal mais humano e que respeitasse a dignidade humana.” Falência da pena de prisão – Causas e alternativas, nota 144, págs. 44 e 45.
12. Interessante obra de Carlos Marchi, intitulada Fera de Macabu – A história e o romance de um condenado à morte, publicada pela Editora Record, traz, em nuance de romance histórico, os fatos relacionados à injusta execução do fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro.
13. Para Lombroso os criminosos se classificavam em: a) delinqüente nato e louco moral; b) delinqüente epilético; c) delinqüente passional; d) delinqüente insano; e) delinqüente ocasional; f) elinqüente matóide; g) alcoólatra; h) histórico.
14. Decreto-lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.
15. Decreto-lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941.
16. Decreto-lei nº. 3.688, de 3 de outubro de 1941.
17. Conforme magistério de Luiz Régis Prado “As penas, respeitadas as variações de ordem histórica, foram, basicamente, espirituales, que atingiam bens espirituais e direitos eclesiásticos (v.g. excomunhão, penitência); e temporales, que alcançavam bens jurídicos de ordem leiga (v.g. integridade física, liberdade, patrimônio). Em geral, as penas canônicas têm por escopo o arrependimento e a correção do delinqüente (poena medicinales), bem como o restabelecimento da ordem social e a exemplaridade da punição – poena expiatoriae.” Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte geral, p. 74.
18. Artigo enviado em 02 de agosto de 2009 e aceito para publicação em 27 de outubro de 2009.