

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

ROBERTO JOSÉ DAHER

Delegado de Polícia, Bacharel em Direito pela PUC de Campinas, Mestre em Direito Constitucional pela UNIP de Campinas, Professor das disciplinas Direito Penal, Direito Internacional e Direito Administrativo e Coordenador Adjunto do Curso de Direito da Faculdade de Paulínia.

RESUMO

O Direito, em especial o Direito Penal, nasce da necessidade de se promover uma vida social mais pacífica, e o fato dos conceitos, os valores sociais e as necessidades humanas serem variáveis através dos tempos, obriga que ele esteja também sempre em mutação e evolução.

PALAVRAS CHAVES

Direito Penal. História do Direito. Criminologia.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL: 1.1 *Tempos Primitivos*; 1.2 *Períodos da Vingança*: 1.2.1 *Vingança Privada*; 1.2.2 *Código de Hamurabi*; 1.2.3 *Vingança Divina*; 1.2.4 *Código de Manu*; 1.2.5 *Ordálias*; 1.2.6 *Vingança Pública*; 1.2.7 *Inscrição de Gortina*; 1.2.8 *Direito Romano*; 1.3 *Direito Medieval*; 1.4 *Período Humanitário*: 1.4.1 *O Iluminismo*; 1.4.2 *Direito Natural*; 1.4.3 *O Marquês de Beccaria*; 1.4.4 *Escola Clássica*; 1.4.5 *Escola Positiva e a Criminologia*; 1.5 *Escolas Mistas*; 2. DIREITO PENAL NO BRASIL: 2.1 *Brasil Colonial*; 2.2 *Brasil Imperial*; 2.3 *Brasil República*: 2.3.1 *A Consolidação de Piragibe*; 2.3.2 *O Código de 1940*; 2.3.3 *O Código Revogado*; 2.3.4 *A Lei 7209, de 1984*; 3. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A importância de se estudar a história do Direito, em especial o do Direito Penal, reside basicamente na necessidade de se ter o conhecimento de como se deu a

evolução das normas e respectivas sanções através do tempo, até que chegássemos àquelas com as quais hoje nos deparamos.

Desde os primórdios da humanidade, o homem tem progredido em todos os sentidos.

Através do desenvolvimento da razão, dom não atribuído a nenhum outro animal exceto à espécie humana, o homem tem sempre estado organizado em grupos ou sociedades. No entanto, a interação social nem sempre é harmônica, pois nela o homem revela o seu lado instintivo: a agressividade. Daí podermos afirmar que através dos tempos o homem tem aprendido a viver numa verdadeira "*societas criminis*". Por conta disso surge o Direito Penal, com o intuito de defender a coletividade e promover uma sociedade mais pacífica.

Se houvesse a certeza de que se respeitaria a vida, a honra, a integridade física e os demais bens jurídicos do cidadão, não seria necessária a existência de um acervo normativo punitivo, garantindo por um aparelho coercitivo capaz de pô-lo em prática. Não haveria, assim, o "*jus puniendi*", cujo titular exclusivo é o Estado. Por esta razão é que o Direito Penal tem evoluído junto com a humanidade, saindo dos primórdios até penetrar na sociedade atual, a ponto de Magalhães Noronha ensinar que "ele surge como homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou"²⁴.

Nasce daí a certeza de que, considerando-se que os conceitos, os valores sociais e as necessidades humanas, que são na verdade os fatores que fazem "movimentar" o Direito, são variáveis através dos tempos, fazem com que tal ciência, na ânsia de alcançá-las e satisfazê-las, esteja também sempre em mutação e evolução. Daí a necessidade de se analisar, ainda que sem a desejável profundidade que o assunto merece, como o Direito Penal foi compreendido, e como suas sanções viram-se aplicadas, em cada uma das fases do desenvolvimento da histórica humana.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

1.1 Tempos Primitivos

²⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva. v.1., pág 51

Como acima visto, a história do Direito Penal é a história da humanidade. Tanto é assim que o primeiro direito que surgiu foi exatamente o Direito Penal. Ele acompanha o homem através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou.

No início da civilização, a pena nada mais foi do que uma vingança, pois de uma forma natural, aqueles indivíduos revidavam a agressão sofrida. Eles viviam conforme seus instintos, não se preocupavam se era justo ou não o que se estava fazendo, nem de havia algum tipo de relação ou não com o ato praticado. E é sobre isso que se passará a discorrer.

1.2 Períodos da vingança

Nos tempos primitivos não há como se admitir a existência de um sistema orgânico de princípios gerais, já que os grupos sociais da época eram envolvidos em ambiente mágico e religioso.

Daí concluir-se que a pena, naqueles tempos, a pena tinha como natureza única e exclusivamente a vingança. Reconhece-se, pelo menos, três fases de evolução da vingança penal, quais sejam, a fase da vingança privada, a fase da vingança divina e a fase da vingança pública, sobre as quais passa-se a comentar.

1.2.1 Vingança Privada

A vingança privada era a reação pessoal normalmente através da agressão, que agiam sem conformidade à ofensa. Esta poderia ser de indivíduo contra indivíduo, e também contra todo o grupo do ofensor, sem intervenção ou auxílio dos estranhos.

Se o transgressor fosse membro da tribo, poderia ser expulso e ficava a mercê dos outros grupos, o que acabaria resultando em morte. Já, se o delito fosse

cometido por alguém de uma outra tribo, a vingança era de sangue, sendo obrigação sagrada e religiosa.

Como era característico, o revide não era proporcional à ofensa, ocorrendo assim, lutas violentas entre grupos e família. Para se evitar a exterminação das tribos, surge como uma primeira conquista nesta área, o *Talião*. Este delimitava o castigo, onde a vingança não seria mais arbitrária nem desproporcional com o delito cometido. Serviria como instrumento moderador da pena. Consistia aplicar ao ofensor a mesma proporção do mal que ele causou ao ofendido (*sangue por sangue, olho por olho, dente por dente*).

A Lei de Talião também foi adotada na “Lei das XII Tábuas”, adotada na Roma antiga (Tábuas VII - 11 “*Se alguém fere outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo*”). O Talião revelou-se um grande avanço na história do Direito Penal, por limitar a abrangência da ação punitiva.

Uma outra importante conquista foi a “composição” (*compositio*), que nada mais era do que o preço em moeda, gado, vestes, armas, dentre outras, através da qual o ofensor comprava do ofendido ou de sua família o direito de represália, assegurando-lhe impunidade.

1.2.2 Código de Hamurabi

No código de Hamurabi (rei da Babilônia, século XXIII a.C.) foi adotada também a Lei de Talião:

Artigo 209 - “Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez ciclos pelo feto”.

Artigo 210 – “Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele”.

Não contém o código de Hamurabi, a parte processual que o diferencia dos outros, que são essencialmente processuais. Dizia Hamurabi que o rei não foi chamado pelos deuses para sancionar privilégios, mas para “glorificar o Direito,

para impedir que o poderoso oprima o fraco”. A Lei de Talião não era regalia de particulares mas do rei, que devia julgar e aplicar a pena.

Por exemplo: no caso de adultério, se ambos fossem adúlteros, proibia que os familiares os perseguissem para vingar a ofensa, mas os expulsava de seu reino, proibindo que fossem ajudados ou amparados; o que era o mesmo que condená-los à morte, porque seu reino era tão vasto que acabavam na peregrinação morrendo de fome.

Também a *compositio* foi adotada pelo código de Hamurabi, assim como também pelo Pentateuco e pelo código de Manu (Índia), e em outros, e pode-se afirmar que ela pertence até hoje entre os diversos povos, mas sob a forma de indenização, multa, dote, dentre outros.

1.2.3 Vingança Divina

A vida dos povos antigos foi decisivamente influenciada pela religião. A vingança divina era um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo com certa crueldade, visando especialmente a intimidação. Ele era interpretado e aplicado pelos sacerdotes, para garantir que os deuses ficariam satisfeitos com tal castigo.

Várias leis tinham o caráter religioso, tais como o já citado de Hamurabi, a dos povos do oriente antigo, Babilônia, Índia, Israel, Egito, Pérsia, a China, etc.

Um dos principais códigos é o da Índia, que leva até o presente o nome de *Leis de Manu* que no direito indiano é dito *Mânava-Dharma-Sâstra* que literalmente significa o *Livro da Lei de Manu*.

1.2.4 Código de Manu

O *Livro da Lei do Código de Manu* não é, portanto, um código no sentido habitual desta palavra, o qual se aplica na maioria das vezes a uma coletânea contendo unicamente regras para determinar as relações dos homens entre si e as penas

que se aplicam aos diversos crimes. Os povos antigos entendiam que o *Livro da Lei* continha tudo o que se refere à conduta civil e religiosa do homem.

Encontrava-se reunido na *Lei de Manu*, preceitos que determinavam a conduta do homem nos diversos períodos de sua existência; numerosas regras relativas aos deveres religiosos, às cerimônias do culto, regras de purificação e de abstinência; máximas de moral; noções de política; de arte e de comércio; uma exposição das penas e das recompensas depois da morte, bem como das diversas transmigrações da alma e dos meios para chegar a beatitude.

As regras são expostas em versos, sendo que cada regra consta duas séries cujo metro, segundo os indianos teria sido inventado pelo santo eremita Valmiki, cerca de 1.500 anos antes da nossa era.

Não há como fazer uma comparação entre a aplicação do direito de *Manu* e o nosso, pois obedeciam aos critérios próprios adotados daquela mentalidade em cuja base há as leis morais e a religião.

Exemplo de artigos extraídos do livro oitavo:

Art. 34 - “Um bem perdido por alguém e encontrado por homem a serviço do rei, deve ser confiado a guarda de pessoas especialmente escolhidas; aquele que o rei surpreender furtando este bem, que ele o faça esmagar pelos pés do elefante”.

Art. 35 - “Quando um homem diz a verdade: “ Esse tesouro me pertence”, e quando ele prova o que declara, o tesouro, tendo sido achado quer por este mesmo homem, quer por outro, o rei deve tomar a sexta parte ou a décima segunda parte conforme a qualidade deste homem”.

Art. 36 - “Mas aquele que o declarou falsamente deverá ser submetido à multa da oitava parte daquilo que ele possui, ou pelo menos condenado a pagar uma quantia igual a uma fraca porção deste tesouro depois de o ter contado”.

A forma do texto é poética e imaginosa, como aquela de todos os povos que ainda não teriam alcançado um grau de civilização muito elevado.

1.2.5 Ordálias

Nas *Ordálias* consta com mais clareza, as características do sistema punitivo nos povos antigos. Especialmente na Idade Média, a *Ordália* é geralmente e quase exclusivamente interpretada como uma forma de juízo divino, no qual a divindade invocada diretamente pelo imputado ou sacerdote, emite sua sentença através de uma prova que, se é favorável ao acusado, manifesta a sua inocência, se ao invés lhe é desfavorável, afirma sem direito a apelação a sua culpa.

A *Ordália* foi a mãe do juramento na evolução das normas jurídicas. Ela é sempre precedida, com efeito, da invocação da sanção material contra o imputado perjuro; onde era tão temida que ninguém se atrevia desafiá-la, se realmente fosse culpado.

Assim, o juramento acabou por se tornar sozinho, uma prova da veracidade de quem o pronunciava, e substituiu a *Ordália* como prova judiciária. Apresentava-se, a *Ordália*, sob grande variedade de formas nas sociedades primitivas, das quais as mais comuns são aquela da água, fogo, e do veneno.

A prova da água desenvolvia-se sob duas maneiras: o acusado era imerso em água parada, lago ou corrente, observando-se se afundava ou flutuava; ou tinha a obrigação de atravessar a nado um rio ou trecho de mar perigoso por causa dos monstros ali encontrados (Índia, Oceania, Negros Africanos, dentre outros). A *Ordália da água* consagrada encontra afinidade na prova da água amarga em uso junto aos hebreus e ao amplo uso de água santa que na execução do juízo de Deus, era feita nos primeiros ritos eclesiásticos.

A prova do fogo, o acusado é constrangido a passar de pé descalço sobre lenha acesa, ou a pegar nas mãos um pedaço de carvão ardente, ou a tocar algumas chamas. Deriva desta, a prova do ferro, que se passa ardente sobre as mãos, ou perna, ou sobre os lábios ou língua do homem suspeito ou culpado.

Já a prova do veneno era freqüentemente usada entre os povos selvagens, como no Congo, onde o veneno é extraído de uma planta; o mesmo ocorre em Tangânica, e pelos caraíbas, e encontram-se também no Japão.

1.2.6 Vingança Pública

No período dessa vingança, tinha como objetivo garantir a segurança do soberano ou príncipe, onde este exercia sua autoridade em nome de Deus, no qual aplicava pena severa e cruel. Tinha como finalidade intimidar todos aqueles que tivessem intenção de cometer o mesmo delito já praticado por outro.

A pena de morte era uma sanção largamente divulgada e aplicada por motivos que hoje são considerados insignificantes.

Usava-se confiscar os bens e extrapolar a pena até os familiares do infrator, muitas vezes mutilavam o condenado.

Apesar do ser humano viver aterrorizado nessa época, devido à falta de segurança jurídica, verifica-se o avanço no fato da pena não ser mais aplicada por terceiros, e sim pelo Estado.

1.2.7 Inscrição de Gortina

Não constitui um corpo de lei, mas uma série de várias ordens e modificações de leis precedentes. No direito de Gortina, quanto mais antiga a substância, mais ele está próximo de suas origens e do direito grego em geral. Quanto ao problema das analogias entre o direito de Gortina e o Direito grego em geral, são tão evidentes que a epígrafe cretense é considerada documento precioso para a reconstrução do direito grego em geral.

Enquanto num Estado-cidadão rigidamente conservador como Esparta, o direito ficou sempre baseado no costume, geralmente as cidades gregas, e segundo a

tradição, por obras dos legisladores inspirados, chegaram à formulação escrita de sua constituição e do seu direito: o objetivo destas legislações era fixar ou modificar o costume existente, a fim de defender as classes inferiores dos abusos da nobreza, formaram-se assim os vários direitos-cidadãos.

O direito grego apoiava-se nas leis atenienses de Sólon, leis que não constituíam um código, mas cerca de 5000 versos que formavam a sua legislação, onde representa uma tentativa para garantir ao Estado a ordem e a paz sem abalar as bases tradicionais. Faltava ainda ao Estado, desde a época da monarquia, um verdadeiro poder central que reunisse seu feixe de energias, pois Sólon punha o poder efetivo nas mãos dos ricos e médios proprietários e não levava em consideração a classe que então vinha se formando, e que sua própria legislação favoreceu.

1.2.8 Direito Romano

A pena utilizada em Roma (753 a.C.) era de caráter sagrado, onde a figura do soberano e do sacerdote se confundia. A pena era aplicada para acalmar a ira dos deuses, pois tudo o que acontecia naquela época, sendo bom ou ruim, era da vontade dos deuses.

Roma também adotou a vingança, através do *Talião* e da *Composição* que foram reconhecidas e colocadas nas *XII Tábuas*, tendo no início um certo caráter religioso, que não tardou em separar o direito da religião, surgindo os delitos *crimina pública* - crime contra a segurança da cidade (*perduellio*), e morte dos civis (*parricidium*), que ficava a cargo do Estado, representado pelo magistrato, e os *delicta privata* (infrações consideradas menos graves, onde a repressão era confiada ao particular), havendo interferência estatal apenas para regular seu exercício.

Os crimes públicos eram a traição ou conspiração política contra o Estado, enquanto os demais eram crimes privados (*delicta*), por ofenderem ao indivíduo, como furto, injúria, danos, dentre outros. A pena torna-se em regra pública. As

sanções são suavizadas, e a pena de morte é praticamente abolida, substituída pela deportação e exílio.

O Direito Romano contribuiu para a evolução do Direito Penal, e também no nosso ordenamento e muitos outros, como o ensinamento dos princípios penais sobre o erro, culpa (*leve e lata*), dolo (*bonus e malus*), imputabilidade, coação irresistível, agravantes, atenuantes, legítima defesa, etc., fazem presentes no nosso ordenamento jurídico.

1.3 Direito Medieval

Nesse período, vigorou o Direito Penal comum, constituído pelo Direito Romano, Direito Canônico e Direito Germânico, não esquecendo da grande influência da religião sobre as questões temporais, principalmente sobre a justiça criminal; do Cristianismo na legislação penal, onde foi extensa e importante. A igreja teve uma crescente influência sobre o governo civil. O Direito Canônico foi aos poucos se estendendo a pessoa não sujeita à disciplina religiosa, desde que os fatos fossem de natureza espiritual.

Para obter o predomínio sobre o poder temporal, o Papado lutou pretendendo impor leis ao Estado, como representado de Deus. No controle desse poder, garantiu ao Papado a criação dos severos Tribunais Eclesiásticos (instrumento principal da inquisição), no contexto da Contra-Reforma.

A pena de morte era aplicada com muita freqüência. Executada com requintes de crueldade e tortura, tinha por objetivo não aterrorizar o condenado, mas sim, dar uma lição de exemplaridade. Garantiu uma página negra do Direito Penal.

O Direito Penal no final desse período passa a ser a expressão do Estado absolutista, autoritário, cruel, desumano a implacável com infratores pertencentes as classes populares (plebe em geral, pequenos agricultores, artesões, servos), mas sempre privilegiando os interesses e protegendo o clero e os nobres e fidalgos. O Direito Canônico, também teve seus méritos no Direito

Penal, proclamando a igualdade entre todos os homens; procurou introduzir as penas privativas da liberdade, substituindo as penas patrimoniais, para possibilitar a emenda e o arrependimento do réu. O caráter público do Direito Penal é exclusivo, exercido em defesa da religião e do Estado.

1.4 Período Humanitário

Teve seu início no decorrer do Iluminismo, tempo marcado pela atuação de pensadores que contestavam os ideais absolutistas. Então, o período humanitário surge como reação a arbitrariedade da administração da justiça penal e contra o caráter através das penas.

O Cristianismo, Rosseau, Monteguieu, D’Alembert e Voltaire, foram muito importantes nesse período, construindo o próprio alicerce do mesmo.

1.4.1 O Iluminismo

Surgiu no final do século XVIII, responsável pela reforma nas leis. O iluminismo equivale à emancipação do homem à autoridade, aos preconceitos, tradições e convencionalismo. Um sistema de idéias que deu origem ao liberalismo burguês, ganhando destaque através do movimento cultural desse período. A reforma do ensino era defendida pelos pensadores iluministas, que criticavam duramente a intervenção do Estado na economia e zombavam a Igreja e os poderosos.

Os escritos de Voltaire, Russeau, D’Alembert e Montesquieu, que prepararam a chegada do humanismo e o início da radical transformação liberal e humanista do Direito Penal. Fundamentou uma nova ideologia, o pensamento moderno, que repercutiria até mesmo na aplicação da justiça: a arbitrariedade se contrapôs a razão, a determinação caprichosa dos delitos e das penas se pôs a fixação legal das condutas delitivas e das penas.

1.4.2 Direito Natural

São princípios inseparavelmente ligados ao que se compõe à essência humana. Que servem de fundamento ao Direito Positivo. Os princípios que constituem o Direito Natural são, basicamente:

- a) Respeitar a personalidade do próximo.
- b) Dar a cada um o que lhe pertence.
- c) Fazer o bem.

O Direito Natural é espontâneo, que se origina da própria natureza social do homem, é eterno, legítimo, universal, e imutável.

Em meados do séc. XVI e XVIII surgiu a Escola do Direito Natural, também chamada de Escola Clássica do Direito Natural, de Heig Groot (1.583 – 1.645), onde afirmava que o fundamento do Direito reside na própria natureza humana, a escola de Thomas Hobbes (1.588 – 1679), que acreditava que os homens tomados isoladamente um estado de natureza, em que a agressividade seria o destaque. Segundo ele, o homem seria o lobo do homem, vivia em estado belicoso permanente. E também a escola do Direito Natural de Rosseau que dizia que o homem surge num estado de liberdade absoluta (estado de natureza) inclusive a felicidade, onde se corromperá ao perder sua liberdade com o surgimento da vida em sociedade.

Porém, chegado a um ponto que este estado primitivo não pode persistir é necessário encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado. Refere-se também à igualdade natural por convenção e de Direito, através do contrato social.

Existiram também outros fundadores da Escola do Direito Natural: Wolf, Kant e Spinozza. As doutrinas desses fundadores tinha como seguintes pontos básicos:

- a) O Estado de Natureza como suposto racional para explicar a sociedade;
- b) O Contrato Social e os direitos naturais inatos;

c) A natureza humana como fundamento do Direito.

Temos também, o Jusnaturalismo que é uma doutrina a qual existe e prolongou-se até a atualidade, e pode ser conhecido um “direito natural”, ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diversa dos sistemas de normas constituída pelo Estado. Podemos citar alguns princípios mais apontados pelo Jusnaturalismo atual que constitui um conjunto de amplos princípios, dos quais o legislador deverá compor a ordem jurídica. São eles: o direito à vida, à liberdade, à participação na vida social, à segurança, etc.

Com isso, o período Humanitário não deixou de ser influenciado pelo jusnaturalismo e seus princípios, no qual buscava-se individuais a valorização dos intocáveis e dos delinqüentes, tendo por consequência a suavização das sanções criminais.

1.4.3 O Marquês de Beccaria

Nascido na França em 1.738, Cesar Bonesana, Marquês de Beccaria que em 1.764 imbuído dos princípios Iluministas (Rosseau, Montesquieu), publicou a obra “Dos Delitos e das Penas”, que mais tarde ficou conhecida como “pequeno grande livro”, por tornar-se o símbolo da reação liberal ao desumano panorama penas então vigente. Beccaria pregou princípios básicos dos quais firmaram o alicerce do Direito Penal moderno, sendo que muitos desses princípios foram adotados pela declaração dos Direitos do Homem (Revolução Francesa). Para ele, às leis cabe cominar pena, e seria obra exclusiva do legislador ordinário que representa toda a sociedade, elaborá-las (Princípio da Legalidade), e, que deveria ser vedado ao magistrado aplicar penas não previstas em lei. Pois afirmava que era odiosa, inútil e contrária a justiça, a crueldade das penas. Dizia também, que no seu tempo, as prisões eram “a horrível mansão do desespero e da fome”, faltando dentro dela a humanidade e piedade.

Cesar Bonesana (Beccaria) revolucionou o Direito Penal, e sua obra significou um largo passo na evolução do regime punitivo. Onde por mérito, foi chamado por alguns autores “o apóstolo do Direito”.

1.4.4 Escola Clássica

Denominada por positivistas, com sentido pejorativo, onde hoje é usada para denominar doutrinadores desta corrente de pensamento, que adotaram as teses ideológicas, básicas do Iluminismo, que foram expostas por Beccaria.

O seu maior representante no período jurídico foi, Francesco Carrara, autor do “*Programa del corso di diritto criminale*”, podendo ser considerado como o da Dogmática Penal. Ele defendia a concepção do delito como ente jurídico, constituídos por duas forças: a física (movimento corpóreo e o dano do crime) e a moral (vontade livre e consciente do delinqüente), correspondendo hoje, a elemento objetivo e subjetivo do crime. O conceito de crime para Carrara é “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo e negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”.

A imputabilidade moral é o pressuposto da responsabilidade penal, que se funda no livre-arbítrio, elevado pela Escola Clássica à altura de dogma. Quem nega a liberdade de querer, nega também o Direito Penal.

1.4.5 Escola Positiva e a Criminologia

A Filosofia Positiva era na época a ideologia vigente, que tinha por máxima a oposição do racionalismo, introduzindo assim, uma concepção naturalista; que visava explicar os fatos, segundo o Princípio da Causalidade, surgindo a Escola Positiva. Essa corrente positiva no Direito Penal tem como suma importância, dar início ao estudo antropológico e criminológico, considerando assim, o crime e o criminoso como patologias sociais que deveriam ser tratados.

Cesare Lombroso, médico, psiquiatra, professor Universitário e criminologista italiano, foi pioneiro com a concepção básica do fenômeno biológico do crime e do método experimental em seu estudo. Lombroso parte da idéia de que existe um criminoso nato, acentuando as anomalias que o delinqüente apresenta. Cria com seus estudos a Antropologia Criminal, abrindo com isso uma estrada na luta contra a criminalidade. Algumas idéias expostas em sua obra *L'uono delinquente studiato in rapporto, all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie* (1.876):

- a) O crime é um fenômeno, não um ente jurídico, como afirmava Carrara. Por essa razão, o método de deve ser utilizado em seu estudo é o experimental, e não o lógico-dedutivo dos clássicos.
- b) O criminoso é um ser atávico e representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem e nasce delinqüente como outros nascem sábios e doentios, fenômeno que, na Biologia, é chamado de degeneração.
- c) O criminoso nato apresenta, características físicas e morfológicas específicas, como assimetria craniana, fronte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barba escassa etc.
- d) O criminoso nato é insensível fisicamente, residente ao traumatismo, canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso.
- e) A causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a *epilepsia* (evidente ou larvada), que ataca os centros nervosos, deturpa o desenvolvimento do organismo e produz regressões atávicas.
- f) Existe a “loucura moral”, que deixa íntegra a inteligência, suprimindo, porém, o senso moral.
- g) O criminoso é, assim, um ser atávico, com fundo epiléptico e semelhante ao louco moral, doente antes que culpado e que deve ser tratado e não punido.

Embora, Lombroso tenha cometido alguns exageros na definição dos criminosos natos, não foi sepultada com ele a idéia de uma tendência para o crime. Através

de estudos feitos por geneticistas, tem levado a conclusão que os elementos recebidos por herança biológica, embora não possam condicionar o *modus vivendi* no sentido de tornar o homem predestinado em qualquer direção, influem no modo ser do indivíduo.

Outro expoente da Escola Positiva é Enrico Ferri, discípulo dissidente de Lombroso, da qual nega o livre-arbítrio, defendendo a impossibilidade de fundar-se no mesmo magistério punitivo. Ressaltou a importância de um trinômio causal do delito, os fatores antropológicos, sociais e físicos. Ferri dividiu os criminosos em cinco categorias: o nato, o habitual, o ocasional, o louco e o passional. Dividiu, ainda, as paixões em: anti-sociais (ódio, inveja, avareza etc.), e social (amor, nacionalismo, piedade, etc.).

Raffaele Garofalo, é o jurista da primeira fase da Escola Positiva. Continua o fundamento doutrinário desta escola, o primeiro ensaio a respeito da atenuação das penas nos crimes de sangue: a prevenção especial (pena visando a correção e adaptação do réu ou a sua neutralização), aliada a prevenção geral (intimidação), com a prevalência da prevenção especial em caso de contraste. O conceito periculosidade do réu, inserida com a Escola Positiva, é utilizado como critério da repressão. Em sua obra Criminologia, Garofalo, procura estabelecer um conceito natural do crime, identificando-o como violação daquela parte do senso moral que consiste nos sentimentos de piedade e probidade, na medida em que existem na comunidade.

Alguns princípios utilizados pela Escola Positiva:

- a) O crime é fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental, para explicação de suas causas.
- b) A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade.
- c) A pena é medida de defesa social, visando a recuperação do criminoso ou à sua neutralização, nos casos irrecuperáveis.

- d) O criminoso é sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente, apresentando algumas vezes defeitos físicos. .

1.5 Escolas Mistas

Surgiram escolas ecléticas, mistas, como a Terceira Escola e a Escola Moderna Alemã, que procuravam conciliar os princípios da Escola Clássica e o tecnicismo jurídico com a Escola Positiva. Referiam-se os estudiosos à causalidade do crime e não a sua fatalidade, através de estudos, separava-se o Direito Penal das demais ciências penais, contribuindo para sua evolução, excluindo portando, o tipo criminal antropológico. E para combater o crime, pregavam a reforma social como dever do Estado.

Na elaboração das leis, a Escola Moderna teve uma grande influência na praticidade de suas realizações, criando-se o instituto das medidas de segurança, o livramento condicional, o *sursis* etc. Com a preocupação de resocializar o condenado, em sua perspectiva humanista, instituiu-se a doutrina da Nova Defesa Social. Para esta, a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao convívio social. Isso se deu como reação ao positivismo jurídico, em que se pregava a redução do Direito ao estudo da lei vigente.

2. DIREITO PENAL NO BRASIL

2.1 Brasil Colonial

O primeiro diploma adotado no ordenamento jurídico brasileiro foram a chamadas “Ordenações Afonsinas”, conjunto de leis da época de Afonso V, que em 1512, na vigência do reinado de D.Manuel I, foram substituídas pelas “Ordenações Manuelinas”, que por sua vez vigoraram até 1.569, quando se viram substituídas por D. Sebastião, que assumira seu reinado, optando pela “Compilação de Duarte Nunes de Leão”. Tal diploma durou até 1.603, quando se viram substituídas pelo Livro V das Ordenações do Rei Felipe II, que é considerado o primeiro “Código

Penal” adotado em nosso país. Fundamentado em preceitos religiosos, nele o crime confundia-se com o pecado e com a ofensa moral. As penas eram cruéis, desproporcionais e severas (pena de morte, açoite e amputação dos membros, queimaduras etc.), e não se adotava o Princípio da Legalidade no que se refere às sanções criminais.

D. João IV ratificou as Ordenações Filipinas em 1.643, e D.Pedro I em 1.823.

2.2 Brasil Imperial

Em 1830, anos após ser proclamada a independência, D.Pedro I sancionava o Código Criminal do Império, a legislação penal prevista pela Constituição de 1824.

Apesar da tendência liberal, fixando-se na lei um esboço de individualização da pena, prevendo a existência de atenuantes e agravantes e estabelecendo aos menores de 14 anos um julgamento especial, previa também a pena de morte, para coibir a prática de crimes pelos escravos. Ainda com a edição da Lei Áurea, este diploma ainda vigorava quando foi proclamada a república no Brasil.

2.3 Brasil República

Em 1890, uma não após a instauração da República, é editado um novo Código Penal, o Código Criminal da República, que se viu alvo de duras críticas, pelas falhas que apresentava, decorridas evidentemente pela pressa em que foi elaborado. Apesar de muitos defeitos, e ter sido mal sistematizado, o Código Criminal da República teve seu avanço na legislação penal, como por exemplo abolir a pena de morte e criar o regime penitenciário de caráter correccional.

2.3.1 A Consolidação de Piragibe

Elaborado a toque de caixa, o estatuto penal dos republicanos deixou, como visto, muitas lacunas. Na tentativa de torná-lo mais eficiente, são criadas inúmeras leis. O código parece uma colcha de retalhos.

No início da “Era Vargas”, é incumbido ao desembargador Vicente de Piragibe consolidar essas leis extravagantes, surgindo assim, a “Consolidação das Leis Penais de Piragibe”, para agrupar todas as emendas feitas ao Código Penal nos 40 anos anteriores. Composta de 4 livros e 410 artigos, onde passou a ser, de maneira precária, o Estatuto Penal Brasileiro.

2.3.2 O Código de 1940

Em 1940 é promulgado o Código Penal, que só entra em vigor em 1942, junto com o Código de Processo Penal. Inspirado nos códigos da Itália e Suíça, é por conta disso considerada uma legislação eclética. Apesar de suas imperfeições, o Congresso de Santiago do Chile, em 1941, declarou que ele representa “um notável progresso jurídico, tanto por suas estruturas, quanto por suas técnicas e avançadas instituições que contém”.

2.3.3 O Código Revogado

Durante a vigência do regime militar, houve várias tentativas de reforma da legislação penal brasileira.

Em 1963, é aprovado um anteprojeto elaborado pelo Ministro Nelson Hungria, que foi submetido por várias comissões revisadoras e convertido em lei pelo Decreto nº 1004, de 21 de Outubro de 1969, porém com a entrada em vigência adiada sucessivamente. Modificado pela Lei nº 6.016, de 31 de Dezembro de 1973, acabou sendo revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de Outubro de 1978, posto que vinha sendo alvo constante de críticas.

2.3.4 A Lei 7209, de 1984

Na tentativa da reforma do Código Penal, o Chefe do Executivo, incumbiu a Francisco de Assis Toledo a reforma do Código em vigor. O Código Penal de 1940 sofre sua primeira grande reformulação, com a alteração de sua Parte

Geral, na qual encontram-se as regras básicas que orientam a interpretação e a aplicação da Parte Especial, que prevê os crimes e as penas. O projeto foi aprovado, tendo sido promulgada a Lei nº 7.209, de 11 de Julho de 1984.

Entre as mudanças, uma sobressai: a criação da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11-07-84), que prevê a forma de cumprimento da sentença. Considerada muito frouxa por alguns juristas, é ela que permite o abrandamento das sentenças depois de cumprida parte da pena.

3. Conclusão

Como dito a princípio, não há como se deixar de verificar que a evolução do pensamento humano e, por via de consequência da sociedade, sempre se viu acompanhada da evolução do Direito. Isso porque esta ciência não existe também para regulamentar a vida em sociedade, mas também e talvez principalmente para refletir em seus membros o pensamento vigente em cada uma das épocas históricas, de forma que seu estudo possibilita também o entendimento deste pensamento.

Nascidas para regulamentar as “vinganças”, as leis penais foram evoluindo e se aperfeiçoando, até chegarmos ao que hoje conhecemos como Direito Penal, um sistema de leis, regidas necessariamente pelo Princípio da Legalidade, através da qual busca-se não somente segregar o indivíduo criminoso da sociedade, buscando trazer maior segurança no convívio social, ou na ânsia de puni-lo, mas também e principalmente buscar ressocializá-lo, tornando apto mais uma vez para conviver com outros membros da sociedade em paz.

Tem-se dito que isso é uma utopia, mas, como visto, as leis penais refletem os pensamentos contemporâneos, razão pela qual a natureza das leis penais e das respectivas penas devem ser incessantemente procurados por todos aqueles que operam o Direito, ainda que contrários a sua convicção pessoal, pois que o interesse da maioria deve se sobrepor ao pessoal, já que este é um dos fundamentos do Direito moderno.

Sem prejuízo deste entendimento, deve se ter que o Direito tende a aperfeiçoar-se ainda mais, por mais dificultoso que isso nos possa parecer, pois como amplamente visto anteriormente, sua tendência é seguir a evolução do pensamento humano, que hoje é no sentido de cada vez mais tornar melhor o convívio entre as pessoas, sejam elas de uma mesma nação ou de uma nação estrangeira.

A globalização é um fenômeno crescente e provavelmente irreversível, incluindo-se aí uma maior e mais eficiente troca de idéias e ideais que certamente acabará por influenciar de forma mais contundente as necessidades mundiais. Exemplo disso é a criação do Tribunal Penal Internacional.

Referências

CARLETTI, Amilcare. **Síntese da História e Evolução do Direito**. Revista CEJAP. São Paulo: Millennium, n. 8, fev.2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUARTE, Maércio F. **Evolução Histórica do Direito Penal**. Disponível em <http://www.datavenia.net/artigos/direito_penal/falcao.html> Acesso em 20 de março de 2011.

JORGE, Willian Wanderley. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2005.v.1.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. v.1.

SUPER ESPECIAL. *Segurança*. São Paulo: Abril, abr.2002.