

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

**André Elias da Silva**

**UMA VISÃO RACIONAL DA FUNÇÃO DA PENA NA SOCIEDADE ATUAL**

Porto Alegre  
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

**André Elias da Silva**

**UMA VISÃO RACIONAL DA FUNÇÃO DA PENA NA SOCIEDADE ATUAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção de graduação como Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Porto Alegre  
2011

ANDRÉ ELIAS DA SILVA

**UMA VISÃO RACIONAL DA FUNÇÃO DA PENA NA SOCIEDADE ATUAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção de graduação como Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

---

---

---

Professor Marcus Vinicius Aguiar Macedo  
Orientador  
UFRGS

Conceito: \_\_\_\_\_

Porto Alegre, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

## RESUMO

A história da pena confunde-se com a história da humanidade. Desde o início da civilização humana, a pena tem sido um instrumento fundamental para manter a harmonia dentro dos grupos sociais, evitando comportamentos inapropriados. A pena não é vista como algo bom, mas é necessária sem dúvida. É um mal útil para se evitar um mal maior.

A pena é um fenômeno que desperta ao mesmo tempo aversão, medo e curiosidade nas pessoas. Para satisfazer esta última, vários filósofos, políticos e juristas dedicaram-se a seu estudo, resultando em três grandes teorias sobre sua finalidade: retributiva, preventiva e unificadora.

De acordo com a teoria retributiva, a pena é um fim em si mesmo. A pena não possui outro fim que não a retaliação.

A teorias preventivas defendem uma função utilitária da pena. De acordo com a teoria da prevenção geral, a pena tem as funções de inibir a prática criminosa na sociedade, através da intimidação, e neutralizar a periculosidade do delinquente.

Pela teoria da prevenção especial, o objetivo da pena deve estar voltado para o condenado, visando a sua correção, ou na sua impossibilidade, a sua intimidação ou neutralização.

A teoria unificadora, por sua vez, tentou unir a teoria de prevenção geral com a teoria retributiva, com a última funcionando somente como uma medida da primeira.

De todas as finalidades apresentadas pelas teorias acima mencionadas, as mais importantes são a proteção dos cidadãos contra a violência e o desenvolvimento de valores éticos e cidadania.

Palavras-chave: Finalidade da pena. Retribuição. Prevenção Geral. Prevenção especial. Teoria unificadora.

Título: Uma visão racional da função da pena na sociedade atual.

## ABSTRACT

*The history of punishment blends with the history of mankind. From the beginning of human civilization, punishment has been a main tool in order to keep harmony inside social groups by keeping deviant behaviors. Punishment is not seen as something good, but it is necessary indeed. It is an useful evil to avoid a greater one.*

*Punishment is a phenomenon that causes at the same time aversion, fear and curiosity in people. To satisfy the last one, several philosophers, politicians and jurists dedicated their time to study it, resulting in three main theories about its ends: retributive theory, preventive theory and unifying theory.*

*According to the retributive theory, punishment is an end in itself. Punishment has no other end but retaliation.*

*Preventive theories support an utilitary end to the punishment. According to the general prevention theory, punishment has the ends of deter criminal acts in society, through intimidation, and incapacitate offender's dangerousness.*

*To the specific prevention theory, punishment ends must be pointed at the offender, in order to reform him, or if not possible, intimidate him or incapacitate him.*

*The unifying theory, in its turn, tried to mix both general prevention theory and retributive theory, with the last one working just as a measurement of the first.*

*Of all ends presented by the aforementioned theories, the most important ones are the protection of the citizens against violence and the development of ethical values and good citizenship.*

*Keywords: Punishment ends. Retribution. General prevention. Specific prevention. Unifying theory.*

*Title: A rational view over criminal punishment ends in current society.*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
1. Período Primitivo	11
2. Antiguidade	13
2.1. Direito da Grécia antiga	17
2.2. Direito da Roma antiga	21
3. Idade média	26
4. Idade moderna	29
4.1. Renascimento e absolutismo	30
4.2. Iluminismo	34
5. Escolas contemporâneas	38
5.1. O utilitarismo de Bentham	39
5.2. A escola clássica	41
5.3. A escola positiva	43
5.4. Outras escolas contemporâneas	45
II – A PENA E SUAS ESPÉCIES	48
6. A pena	48
7. As penas admitidas pelo direito brasileiro	48
7.1. As penas privativas de liberdade	48
7.1.1. Espécies e regimes de cumprimento	49
7.1.2. A questão da progressão da pena para os crimes hediondos	51
7.1.3. O regime disciplinar diferenciado	52
7.1.4. O estabelecimento prisional clássico: a penitenciária	53
7.1.5. A colônia agrícola, industrial ou similar	54
7.1.6. Os demais estabelecimentos penais	55
7.1.7. Prisões cautelares	56
7.1.7.1. Prisão em flagrante	58
7.1.7.2. Prisão preventiva	60
7.1.7.3. Prisão temporária	61
7.2. As penas restritivas de direitos	62
7.2.1. Prestação pecuniária	64
7.2.2. Perda de bens e valores	65

7.2.3. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas	65
7.2.4. Interdição temporária de direitos	66
7.2.5. Limitação de fim de semana	67
7.3. A pena de multa	68
7.4. A medida de segurança	69
7.5. Internação	71
8. As penas proibidas pela Constituição	72
8.1. Pena de morte	73
8.2. Penas de caráter perpétuo	76
8.3. Penas de trabalhos forçados	77
8.4. Banimento	78
8.5. Penas cruéis	79
III – A FINALIDADE DA PENA	80
9. Teorias sobre a finalidade da pena	80
9.1. A teoria retributiva ou absoluta	80
9.2. As teorias relativas ou de prevenção	82
9.2.1. A teoria da prevenção geral negativa	82
9.2.2. A teoria da prevenção especial	83
9.2.3. A teoria da prevenção geral positiva	84
9.3. A teoria mista ou unificadora da pena	86
9.4. Ressocialização	87
9.5. Reincidência	88
9.6. A finalidade da pena	89
CONCLUSÃO	92
BIBLIOGRAFIA	93

## INTRODUÇÃO

Os seres humanos, desde os tempos mais remotos, sempre se organizaram em grupos. Para possibilitar uma convivência mais harmônica, surgiu no seio desses grupos a necessidade de estabelecer um conjunto de regras, aos quais todos os seus integrantes estivessem subordinados e obrigados a seguir.

Para que essas regras tivessem efetividade e fossem cumpridas por todos os seus membros, surgiram as punições. Essa pode ser considerada a origem da pena. Atualmente, especialmente em uma nação como o Brasil, que é, em tese, um Estado Democrático de Direito, discute-se muito a função da pena, em especial da pena privativa de liberdade, popularmente chamada de prisão.

De um lado temos uma população que, em sua grande maioria, implora por maior rigor nas penas, alarmada com o contínuo aumento dos índices de criminalidade, assim como a crescente violência empregada pelos criminosos, em uma permanente sensação de impunidade, ocasionada pela excessiva morosidade do Judiciário e uma quase que infinita possibilidade de recursos para retardar ou evitar a condenação do delinquente, aliada a uma polícia desaparelhada e ineficiente

De outro lado, em oposição, temos doutrinadores especializados em direito penal, formados em sua maior parte por advogados especializados em defender pessoas (abonadas) acusadas de crimes, que defendem o oposto, ou mais especificamente, que aumentar as penas, em especial as privativas de liberdade não ajudará a resolver o problema da criminalidade, pelo contrário; e que as penas de prisão sejam, tanto quanto possível, substituídas por outros tipos de penas, as chamadas penas alternativas.

Alguns, mais radicais, defendem até mesmo a extinção das penas privativas de liberdade, aduzindo que a principal função da pena, a famigerada ressocialização, não estaria sendo obtida pelo modelo atualmente adotado. Esses são partidários de uma corrente chamada abolicionismo penal.

Diante desse debate, surgem então diversas questões, sendo a principal, sem dúvida, qual a função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito? Provavelmente poucos acreditam que possa existir estado democrático sem o estabelecimento de sanções penais, uma vez que o Direito Penal, antes de ser uma ferramenta de abuso de poder do Estado, é um instrumento de limitação do seu poder de punir, estabelecendo claramente quais atos deverão ser punidos, e qual o limite da pena aplicada a cada ato.



Ao contrário, a inexistência de um Direito Penal nesses moldes é característica de estados totalitários. A ausência de uma legislação que estabeleça quais atos são considerados ilícitos e quais são suas respectivas sanções, em um Estado Democrático de Direito, certamente levaria a uma situação de anarquia, onde os abusos estariam liberados.

Dentro dessa questão tão ampla, impossível de ser abordada somente neste trabalho, surge outra, derivada desta: qual a função da pena, em especial a privativa de liberdade, na sociedade atual em que vivemos? É um instrumento de proteção do Estado ou, como defendem alguns, uma ferramenta antidemocrática, característica de regimes totalitários e ditatoriais? Responder a essa questão é o principal objetivo desse trabalho.

Como ponto de partida, abordarei a evolução histórica das sanções penais, desde suas origens até os dias atuais. Serão tratados, em seguida, os principais tipos de penas aplicadas no nosso ordenamento jurídicos, assim como as não admitidas. Após, serão abordadas as grandes teorias a respeito da finalidade das penas. Por fim, serão tratadas duas questões intimamente ligadas uma a outra, a reincidência e o que eu chamo de mito da ressocialização. Ao final, espero responder a questão a que me propus no parágrafo anterior.

Neste trabalho, propositalmente, não dedicarei uma parte específica, como é de praxe na atual doutrina, ao estudo dos princípios que envolvem o tema. Nesse ponto coaduno com o Professor Humberto Ávila, que aponta a implantação de um “Estado Principiológico” no Brasil, onde juristas passam a se utilizar dos chamados princípios constitucionais para revogar normas positivadas no ordenamento jurídico nacional, inclusive de âmbito constitucional.

Tal conduta, seja motivada por interesse ou por idealismo, gera perigosa insegurança jurídica, pois esses juristas, ao lembrarem que os princípios são o fundamento para a elaboração das regras jurídicas, ignoram (ou omitem) que eles – os princípios – são enunciados em estado bruto, que muitas vezes conflitam entre si, e carecem de interpretação, a qual, salvo em casos de omissão, somente pode ser dada pela elaboração de regras positivadas, tarefa que incumbe ao poder Legislativo, não ao Judiciário.

Por fim, evitarei me ater, ou limitar minha análise, em razão das chamadas “cláusulas pétreas” que foram inseridas em nossa vigente Constituição, em especial em relação aos direitos e garantias individuais. Tais cláusulas, antes de configurarem a consagração de um estado democrático que prima pela respeito à pessoa humana, representa uma ferramenta antidemocrática, que tolhe um diálogo mais amplo sobre questões que não são tão (ou nenhum pouco) unânimes.

O legislador, muito embora dotado da melhor das intenções, de evitar a possibilidade de ocorrência de um novo regime autoritário, tomou para si a posição de divindade, de portador da sabedoria universal, dando ao povo as “tábuas da lei”, as quais esse povo ignorante jamais poderá contestar. Ele somente se esqueceu que um ditador não encaminha projetos de lei ao Congresso esperando sua aprovação. Ele rasga as leis vigentes e impõe as suas.

Dessa forma, vemo-nos engessados em muitas questões, à mercê dos desígnios desses legisladores, que pretenderam estabelecer um documento atemporal para as gerações seguintes, mas que acabaram, como geralmente o faziam os profetas, impondo terríveis sacrifícios a seu próprio povo.

Assim, sem a pretensão de abalar o mundo jurídico ou de subverter o sistema, mas somente de obter o grau de aprovação para este trabalho de conclusão de curso, faço a seguir a exposição de minhas ideias.

## I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

### 1. Período Primitivo

Desde que os primeiros humanos começaram a aglomerar-se em pequenas comunidades, surgiu a necessidade de serem estabelecidas regras de convivência. A essas regras estava intimamente ligada a ideia de sanções aplicadas a quem as desobedecesse, como forma de vincular todos seus membros a elas. Somente dessa forma seria possível manter a comunidade unida e evitar a anarquia e o caos que poderiam surgir se cada indivíduo agisse unicamente com vistas a seus interesses próprios, culminando em seu desmantelamento ou subjugamento por grupos rivais.

Nas palavras de Adel El Tasse, pode-se dizer que “o estudo da sanção penal confunde-se com a própria história do homem”<sup>1</sup>, sendo a sua evolução uma demonstração da evolução do homem e da sociedade. Não é exagero dizer que o direito penal é o primeiro ramo do direito a existir e a se estabelecer no seio dos agrupamentos humanos. Nas comunidades antigas, as primeiras demonstrações de um sistema de normas de conduta foram as punições aplicadas a quem desobedecia às regras do grupo.

O Direito Penal atravessou várias fases em seu processo de evolução, as quais não se apresentaram de maneira estanque, mas interagem e mesmo conviviam, dividindo o mesmo momento histórico. Sigmund Freud, citado por Oswaldo Henrique Duek Marques, destaca que “há homens vivendo em nossa época que, acreditamos, estão muito próximos do homem primitivo, muito mais do que nós”<sup>2</sup>. Completa dizendo que podemos confirmar tal fato ao verificarmos as semelhanças apuradas entre os povos primitivos e as comunidades indígenas atuais, em especial aquelas mais isoladas.

Originalmente, nos povos primitivos, a punição tinha caráter sacral e as reações eram ditadas por emoções e sentimentos, uma vez que inexistia qualquer construção racional em torno do fenômeno delituoso e sua correspondente punição. Marques ressalta que as grandes diferenças verificadas na prática das sanções penais ao longo da história não se situam em seu

---

<sup>1</sup> TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. 1ª ed. (2003), 7ª reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 21.

<sup>2</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 6, apud FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**, in: Obras Completas de Sigmund Freud. v. XIII, p. 21.

conceito mítico de vingança, mas sim nas pretensas finalidades a ela atribuídas em cada espécie de sociedade, e em determinada época da história da humanidade<sup>3</sup>.

Acontecimentos naturais que, no entanto fugiam ao controle e entendimento do homem primitivo, tais quais trovões, tempestades, etc., eram atribuídos a seres sobrenaturais, que exerceriam influência direta na vida desses homens, os quais receberam a denominação de totens<sup>4</sup>. O totemismo constituía a base da organização social e das restrições morais da tribo. O totem, via de regra, era um animal, podendo também ser um vegetal ou um evento da natureza, sendo visto como o guardião e protetor da tribo. Até mesmo um indivíduo da tribo, já morto, vítima de homicídio, por exemplo, poderia converter-se em totem. Esses totens estavam ligados a rituais religiosos e conferiram unidade aos primeiros grupamentos humanos<sup>5</sup>.

Dois tipos de penas tinham origem no convívio dos grupos regidos pelos totens: a perda da paz e a vingança de sangue. A perda da paz consistia o banimento do infrator do seio da comunidade, tornando-o um proscrito, condenado a ser deixado à própria sorte, exposto a todo o tipo de ofensas e sem a proteção de seu grupo. Como na mente dos povos primitivos o planeta era habitado por toda sorte de seres sobrenaturais, benignos e malignos, o banimento era considerado uma pena pior que a própria morte, pois seriam esses seres que tratariam de punir o infrator pela falta cometida.

A vingança de sangue consistia em punir o membro de outro grupo por uma ofensa a um de seus integrantes. Assim, as tribos entravam em guerra, já que a vingança era aceita como legítima por esses povos. Todo o povo do infrator pagaria pelo delito praticado por um de seus membros. A vingança de sangue era considerada “um dever sagrado que recaía sobre o membro de uma determinada família, de um clã ou uma tribo, que tinha que matar um membro de uma unidade concorrente, se um de seus companheiros tivesse sido morto”<sup>6</sup>. Kelsen aponta a vingança de sangue como a mais antiga espécie de sanção socialmente organizada<sup>7</sup>.

No entanto, muitos não aceitam a vingança de sangue como uma etapa da evolução da pena, uma vez que se referia a resposta do grupo a uma ofensa externa<sup>8</sup>. Ressalte-se,

<sup>3</sup> MARQUES, op. cit., p. 9.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>5</sup> TASSE, op. cit., p. 22.

<sup>6</sup> MARQUES, op. cit., p. 10, apud FROMM, Erich, Anatomia da Destrutividade Humana, p. 366.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 20.

<sup>8</sup> TASSE, op. cit., p. 25, apud VON LISZT. **Tratado de direito penal alemão**, Tradução José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Fbriguet, 1989, tomo I, p. 07.

porém, o papel da vingança na história da pena, a qual, muito embora não mais aceita em países com legislações democráticas, continua presente na forma de linchamentos ou de regras próprias, em certos grupos, alheias às regras do Estado, tais quais as existentes em grupos criminosos, de forma a punir quem descumpra suas regras, ou mesmo sendo aceitas institucionalmente em alguns países, tais quais aqueles que seguem as leis do Alcorão.

Também influenciavam as comunidades humanas em seus primórdios os chamados tabus, os quais se referiam a regras de cunho sagrado que não poderiam ser descumpridas, sendo que o seu descumprimento levaria à aplicação de uma punição a todo o grupo por parte dos entes sagrados. O termo tabu tem origem na palavra polinésia *tapu*, significando proibição.

Marques considera o tabu o código não escrito mais antigo do homem, constituindo uma proibição convencional, de caráter sagrado, sem explicação ou origem precisa, que passava a integrar as regras da comunidade e era passada de geração para geração<sup>9</sup>. Por essa razão, o descumprimento dos tabus era considerado uma falta grave, gerando punições severas, inclusive a morte, que seria a única forma de aplacar a ira dos deuses. A função da pena era, então, reparatoria, pretendendo que o infrator, ao ser punido, se retratasse diante da divindade, eximindo toda a tribo de sua ira<sup>10</sup>.

A punição decorrente de manifestações totêmicas e de tabus é considerada a primeira expressão da reação punitiva entre os povos primitivos. A punição tinha caráter fundamentalmente de cunho religioso, no sentido de aplacar a ira da divindade ofendida pelo ato considerado ofensivo, que poderia recair sobre toda a tribo, caso o culpado não recebesse a devida punição. Trata-se de um modelo baseado na vingança, embora essa vingança fosse referente à divindade ofendida, não ao próprio grupo ou indivíduo atingido.

## 2. Antiguidade

Nas sociedades antigas, as penas continuaram a ter caráter religioso. A aplicação da pena continuava a ser no sentido de aplacar a ira da divindade. A vingança de sangue e a perda da paz permaneciam como os principais métodos de punição àqueles que violavam as leis sagradas. Da mesma forma, a confusão entre o delito e o pecado permanecia. O aspecto

---

<sup>9</sup> MARQUES, op. cit., p. 18.

<sup>10</sup> CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 3ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 23.

religioso continua a ter grande influência no direito penal até os dias atuais, inclusive na própria legislação brasileira<sup>11</sup>.

Um grande avanço na aplicação das penas foi a adoção da limitação da vingança ao autor da ofensa, assim como a limitação pelo grau de intensidade do dano causado pela infração. Essa proporcionalidade foi regulamentada em diversos códigos antigos, sendo os mais conhecidos a chamada pena de talião, ou lei de talião, consagrada no Código de Hamurabi, na Lei das XII Tábuas e na Bíblia, onde ficou conhecida como “olho por olho, dente por dente”, sendo a sua regulamentação uma grande evolução em si.

A pena de talião constituiu-se em uma das primeiras grandes evoluções da sanção penal, no sentido de uma punição mais racional, a qual ainda se faz presente em muitas legislações modernas<sup>12</sup>. Ademais, também impediu que a reação à um delito gerasse uma contrarreação, e a essa uma resposta igualmente violenta, que geraria um confronto prolongado e muito mais lesivo a todas as partes envolvidas e à sociedade em si.

A pena de talião, no entanto, em seu sentido mais estrito, possuía grande limitação em sua utilização, somente sendo possível sua aplicação em casos de delitos omissivos contra a pessoa (homicídios e lesões corporais). Dessa forma, surgiram em muitas sociedades a figura do talião imaterial ou indireto, que consistia em atribuir uma pena corporal a um crime de natureza diversa. Por exemplo, seria condenado a ter as mãos cortadas quem cometesse um furto<sup>13</sup>.

Porém, com o tempo, o sacrifício humano passou a ser substituído por outras formas de aplacar a ira divina, como por exemplo o sacrifício animal, ao invés do humano. O bode expiatório é um exemplo dessa mudança, onde as pessoas escreviam seus pecados em pergaminhos e os amarravam a um bode, que era solto no deserto para morrer, expiando os pecados. O homem começava a “negociar” com a divindade<sup>14</sup>.

O momento seguinte da evolução das penas foi a adoção da composição, que consistia em substituir a sanção corporal por uma sanção patrimonial, cujo valor fosse considerado equivalente àquele danificado pelo autor do ato lesivo. Essa medida passou a ser adotada principalmente porque a adoção da pena de talião enfraquecia os grupos

---

<sup>11</sup> ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. **Caráter vingativo da pena**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 27.

<sup>12</sup> TASSE, op. cit., p. 27, apud **Direito Penal Português, Parte Geral II**, Lisboa: Verbo, 1982, Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa, p. 289.

<sup>13</sup> MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal: volume I – parte geral**. 8ª ed. corr. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 154.

<sup>14</sup> MARQUES, op. cit., p. 23/24.

populacionais, pela diminuição de seu quantitativo e aumento do número de mutilados. Aqui, mantém-se a preocupação com a proporcionalidade entre o dano e a reparação.

O direito hebraico, assim como todas as legislações da época, era totalmente influenciado pelo aspecto religioso e erigido sob a égide do misticismo, fato bem evidente no antigo testamento da Bíblia, o qual mescla fatos históricos reais com eventos de cunho sobrenatural. Essa confusão também existia na legislação hebraica, a qual era atribuída diretamente a Deus. Assim, os crimes eram tidos como pecados, sendo divididos em crimes contra Deus e crimes contra os semelhantes, tendo a pena para ambos o sentido de aplacar a ira de Jeová contra todo o povo.

Inicialmente a vingança privada e as penas corporais cruéis, como morte e castigos físicos, predominavam. Com a evolução social o direito hebreu passou a adotar a pena de talião, que, conforme já ressaltado, limitava a reação à ofensa. Gradualmente as penas substitutivas, como prisão, multa e imposição de gravames físicos, passaram a ser adotadas, em lugar da pena de talião, que conforme já citado gerava considerável ônus à comunidade. Num momento posterior, a pena de morte foi praticamente extinta, dando lugar à prisão perpétua sem trabalhos forçados.

Devido à grande expansão do cristianismo nas sociedades ocidentais, o direito hebreu teve grande influência nas normas jurídicas que viriam a originar o direito moderno<sup>15</sup>. Marques também destaca que vem do direito hebreu um dos primeiros registros acerca da distinção entre homicídio culposo e doloso, atribuindo pena mais branda ao primeiro, demonstrando clara preocupação com o aspecto subjetivo do crime, em uma época em que predominava a responsabilidade de cunho objetivo<sup>16</sup>.

Uma particularidade do direito hebreu antigo, conforme aponta Mayrink da Costa, era uma relativa igualdade no tratamento jurídico dado aos acusados por delitos, independentemente de suas condições sociais, políticas ou religiosas<sup>17</sup>. Na visão hebraica, todos eram iguais perante Deus, e deveriam responder da mesma forma. Trata-se, afinal, de uma exceção não apenas no período antigo, mas em toda a história humana, inclusive em legislações atuais que consagram a igualdade de tratamento entre todas as pessoas, porém em sua sistematização operam de maneira oposta, garantindo privilégios a determinadas categorias.

---

<sup>15</sup> WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de direito penal**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 27.

<sup>16</sup> MARQUES, op. cit., p. 30.

<sup>17</sup> MAYRINK DA COSTA, op. cit., p. 162

Aos babilônios é atribuído o primeiro código de leis conhecido na história, o Código de Hamurabi, instituído pelo rei de mesmo nome, por volta do ano de 1.700 a.C, muito embora muitos autores não o considerem propriamente um código, mas sim uma coletânea de normas<sup>18</sup>. A sua mais importante contribuição é a primeira referência expressa conhecida à pena de talião. Previa também a possibilidade, em alguns crimes, da substituição da pena corporal por uma pena de caráter pecuniário.

Outra característica, também bastante comum a todas as legislações desde aquela época, e que, de certa forma, vem até os dias atuais, ainda que de forma dissimulada, é a diferenciação das penas de acordo com o grupo social, ou casta<sup>19</sup>. Essa diferenciação era acentuada com a possibilidade da substituição da pena corporal pela pecuniária, a qual somente os nobres podiam arcar.

O código teve especial preocupação em proteger o patrimônio, visto que os crimes de roubo e furto eram geralmente punidos com a pena de morte<sup>20</sup>. Além disso, também previa pena de morte para atos de bruxaria e para o adultério. Uma particularidade do Código de Hamurabi, em relação às legislações da época, está no fato de que, embora encontre-se nele evocação aos deuses, em nenhum momento a vontade divina é apontada como fundamento à punição<sup>21</sup>.

Mais recente que o Código de Hamurabi, tendo sido elaborado entre os séculos II a.C e II d.C., é o Código de Manu dos hindus, que seguiam a religião bramânica. O Código de Manu é atribuído ao mítico personagem de mesmo nome, sob o qual pairam inúmeras lendas e histórias fantásticas, envolvendo-o em mistério. Altavila, citado por Bernardes, afirma que “Manu foi apenas um pseudônimo de classe sacerdotal”, os brâmanes, que eram os “senhores da lei”. Segundo ele, seria uma forma de atribuir à divindade a elaboração da lei<sup>22</sup>.

No Código de Manu, a pena tinha a finalidade de garantir o cumprimento dos deveres recíprocos entre as quatro castas que formavam a comunidade. A punição tinha caráter obrigatório, os hindus acreditavam que, se o rei não aplicasse a sanção devida, a punição recairia sobre ele próprio. Para Bernardes, isso mostra que na verdade o rei era somente um peão na mão dos brâmanes, os verdadeiros detentores do poder político e religioso, o que fica expresso no código, o qual proíbe o rei de condenar à morte um brâmane,

<sup>18</sup> WEINMANN, op. cit., p. 29.

<sup>19</sup> BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 24.

<sup>20</sup> WEINMANN, op. cit., p. 31.

<sup>21</sup> MAYRINK DA COSTA, op. cit., p. 161.

<sup>22</sup> BERNARDES, op. cit., p. 25, apud ALTAVILA, Jayme de. **Origem do direito dos povos**. 5ª ed., São Paulo: Ícone, 1989, p. 63.



não importa o crime que ele cometa<sup>23</sup>. No Código de Manu também é feita a distinção entre os crimes de roubo e furto.

O Código de Manu previa três espécies de sanções, a purificação, a expiação e a pena propriamente dita, sendo que nessa última inseriam-se as penas corporais, embora fossem admitidas em alguns casos as penas pecuniárias. Aos crimes mais graves era aplicada a pena de morte, a qual o autor aceitava quase que de maneira espontânea, como uma forma de purificação, ressaltando o seu caráter religioso<sup>24</sup>. Da mesma forma que o direito babilônio, o direito hindu também diferenciava as penas de acordo com a casta do autor.

## 2.1. Direito da Grécia antiga

O direito da Grécia antiga, em seus primórdios, mantinha as características comuns aos demais povos da antiguidade: tratava-se de um direito de inspiração basicamente religiosa; a vingança privada foi sendo paulatinamente substituída pela composição e, finalmente, pela punição pública, com grande influência da pena de talião; e a aplicação das penas variava de acordo com o grupo social a que pertencia o acusado.

Em verdade, à parte dessas características comuns, não se pode dizer que havia “um” direito da Grécia antiga, visto que cada cidade-estado tinha suas próprias leis, da mesma forma que seu governo autônomo, sendo que, na maior parte do tempo, essas cidades-estado ocupavam-se guerreando entre si, de tal modo que pode-se dizer que é pouco provável, embora até certo ponto fosse inevitável, que uma cidade-estado tivesse influenciado seu direito nas leis e costumes de uma cidade-estado rival.

Dessa forma, a maior parte das características que serão abordadas a seguir referem-se ao direito ateniense, que foi o mais influente para as legislações futuras e, conseqüentemente, aquele do qual existem maiores informações.

Os primeiros habitantes da Grécia antiga viviam em clãs patriarcais denominados *génos*, possuindo alguma organização e liderados por um sacerdote, que detinha autoridade ilimitada e era o responsável por aplicar a “vontade divina”, de acordo com os preceitos religiosos vigentes.

Os *génês* frequentemente mantinham guerras entre si, desencadeando as chamadas vinganças de sangue, que em geral somente eram encerradas quando o ofensor do clã inimigo

---

<sup>23</sup> BERNARDES, op. cit., p. 27.

<sup>24</sup> MARQUES, op. cit., p. 28.

pagasse finalmente o “preço de sangue”. A seguir, era celebrado um acordo entre os clãs antes inimigos, chamado tratado de amizade, ou *philótês*, onde as famílias se reuniam e faziam sacrifícios aos deuses<sup>25</sup>.

Com o tempo, os clãs passaram a realizar acordos, evitando as guerras e seus malefícios, substituindo a vingança de sangue por acordos pela composição, através da entrega do ofensor ao clã do ofendido, para que este, ou sofresse a punição com base na pena de talião, ou fosse tornado escravo, ou mesmo viesse a substituir o morto no clã deste. Era possível, no entanto, que o ofensor comprasse sua liberdade, livrando-se, assim, do castigo, caso fosse aceito pelo clã do ofendido. Esses acordos foram dando origem a um direito interfamiliar, que foi o embrião, por sua vez, do direito público grego<sup>26</sup>.

No âmbito interno do clã, quando o delito ocorria no próprio seio familiar, por exemplo irmão matando irmão, o que ocorria de fato era o extermínio da família inteira, ao aplicar a vingança de sangue contra próprio familiar assassino, pois quando um membro da família era assassinado, o parente mais próximo era o encarregado de executar a vingança. Esse ato daria origem a uma nova vingança de sangue, e assim se sucederia *ad infinitum*. Situações como essa levaram à substituição da vingança de sangue por uma mediação externa, a cargo de um órgão específico, obrigando os ofendidos a procurarem esse órgão em busca de justiça.

Na Grécia heroica, a justiça era mais fidedignamente retratada através dos poemas épicos de Homero, escritos possivelmente entre o final do século VII a.C. e início do século VI a.C. Através de suas alegorias, ele representava bem o desenvolvimento da justiça grega. Nos poemas, os crimes eram julgados por um tribunal divino, presidido pela deusa Atena, a quem cabia o voto de desempate, quando necessário. Esse voto ficou popularmente conhecido como voto de Minerva (nome que Atena recebeu quando a mitologia grega foi transportada para a Roma antiga), sendo até hoje utilizado pela maioria dos tribunais colegiados em todo o mundo, como por exemplo o nosso Supremo Tribunal Federal.

Nos julgamentos realizados pelos deuses, conforme consta dos poemas, a acusação ficava a cargo das Erínias (ou Fúrias), a quem cabia pedir a condenação do acusado, pagando pelo crime com sua própria vida. As Erínias foram aconselhadas por Atena a se tornarem mais benevolentes, alertando que os tempos de barbárie e vingança desenfreada já haviam passado.

<sup>25</sup> MARQUES, op. cit., p. 31.

<sup>26</sup>Ibidem, op. cit., p. 31/32, apud GOLTZ, Gustavo. **A Cidade Grega**. São Paulo: Difel, 1980, p. 6.

Assim, as Erínias se tornaram Eumênides, que representavam o espírito de compreensão, de sublimação e de superação.

Essa benevolência, no entanto, pressupunha uma “conversão interior” por parte do acusado, o que já significava um retorno à ordem<sup>27</sup>. Essa alegoria representa perfeitamente a mudança ocorrida no direito grego, passando da vingança de sangue para uma humanização das penas, na substituição do impulso vingador pela razão.

Seguindo a linha dos demais regulamentos já citados, na Grécia antiga também a aplicação da justiça e a imputação das penas variavam de acordo com o grupo social do qual o acusado fazia parte. No período da monarquia, o rei era considerado descendente direto dos deuses, possuindo uma imunidade quase que absoluta<sup>28</sup>.

A monarquia acabou sendo substituída pela Oligarquia, “governo de poucos”, e pela Aristocracia, “governo dos melhores”. Em ambos os casos, uma numericamente pequena classe, formada pelos detentores de grandes posses, em especial de terras e gado, possuíam grandes privilégios em relação às regras estabelecidas, inclusive sobre as penas criminais. Esses, na sociedade grega, eram os únicos que possuíam, inicialmente, o *status* de cidadãos. A dívida foi equiparada ao delito, possibilitando que os devedores recebessem penas corporais, principalmente a escravidão. No entanto, somente o não-cidadão (que não fazia parte da oligarquia ou da aristocracia) estava sujeito a tal punição<sup>29</sup>.

Por fim, surgiu a democracia ateniense, na qual todos os cidadãos poderiam participar ativamente da vida política da cidade-estado. Evidentemente, o conceito de cidadão na sociedade ateniense era muito mais restrito que o atual. Basicamente estava ligado às posses financeiras que a pessoa possuía, sendo vedado aos escravos. Para ser cidadão, o indivíduo deveria possuir um *quantum* mínimo, exigido em lei, de tal forma que, na verdade, uma minoria possuía o status de cidadão<sup>30</sup>.

Nesse período, o Código de Dracon, datado de 621 a.C., representou o início da ruptura da influência da religião no ordenamento jurídico. Afasta-se a ideia de castigo divino como fundamento das penas, passando a razão a ser o principal fonte do direito ateniense, posição defendida pelos sofistas, como Sócrates, Platão e Aristóteles. Dessa forma, o crime deixa de ser uma ofensa aos deuses, passando a ser uma ofensa à comunidade<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup>MARQUES, op. cit., p. 34.

<sup>28</sup>BERNARDES, op. cit., p. 28.

<sup>29</sup>Ibidem, p. 29.

<sup>30</sup>Ibidem, p. 31.

<sup>31</sup>Ibidem, p. 35/36.

Platão defendia que a pena tinha o caráter único de proteger a lei e a comunidade, contra delinquentes que ameaçam as instituições do estado. Segundo ele, para os criminosos corrigíveis, a pena deveria funcionar como um “remédio da alma”, de tal modo a curá-lo de sua “enfermidade”. Platão, a exemplo de Sócrates, considerava que nenhum homem é voluntariamente injusto. Ele reconhecia na pena a oportunidade de melhorar o delinquente, porém esse proveito somente seria alcançado mediante o suplício do apenado. Nesse suplício, Platão via ainda um outro benefício, servir de exemplo a todos para que não praticassem atos contrários à lei<sup>32</sup>. Aqui percebe-se que a pena para Platão tinha uma conotação de prevenção geral.

No entanto, Platão também reconhecia a existência de criminosos incorrigíveis, os quais estariam além da possibilidade de “cura” pela pena. A esses, impunha-se a sua supressão do seio da comunidade, através do exílio ou ostracismo, ou pela aplicação da pena de morte<sup>33</sup>. Aqui, também é reforçada a ideia da pena de morte como exemplo para toda a sociedade, conceito trazido até os dias atuais nas nações onde existe essa sanção.

Aristóteles, por sua vez, tinha uma concepção diferente da de Platão em relação à pena, embora tenha sido seu discípulo. Para ele, a pena funciona em razão de seu poder de intimidação, não porque conscientiza o delinquente da baixeza de seu ato. O delinquente somente se abstém de praticar más ações por temer a punição. Na medida em que ele teme a dor da punição, não mais pratica o ato ilícito. Por isso, Aristóteles defendia que a punição deveria infligir o maior sofrimento possível. Assim, a pena atingirá ao seu fim moral, garantindo uma boa convivência social<sup>34</sup>.

Aristóteles também acreditava que a pena visava restabelecer a igualdade entre os indivíduos. No conceito dele, o injusto é o que viola a proporcionalidade, já o justo é o proporcional. A pena teria, então, a função de restabelecer a proporcionalidade, a justiça entre a parte ofendida e a parte ofensora. Aristóteles abandona totalmente a ideia de punição como uma forma de aplacar a ira dos deuses. Para ele a punição é a forma de fazer justiça entre os homens.

Para Aristóteles, o conceito de justo se confunde com o conceito de virtude, que consiste em buscar o meio-termo, o equilíbrio. O vício representa o oposto, e deve ser corrigido. O meio-termo, no entanto, refere-se aos efeitos, não ao ato. Para Aristóteles, certos atos como o adultério, o furto e o assassinato, são maus em si, não havendo meio-termo em

---

<sup>32</sup> MARQUES. op. cit., p. 37.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 36/37.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 38, apud ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. livro X, p. 206.

tais ações. A punição, no entanto, deveria ser proporcional ao dano causado, de tal maneira que fosse justa<sup>35</sup>.

Não obstante à simpatia de Aristóteles e de Platão pela ideia de que somente o sofrimento faria um delinquente não reincidir e traria a paz social, a justiça ateniense, segundo Marques, trazia alguns exemplos de benevolência com os condenados. Por exemplo, permitia-se que um condenado à morte pudesse optar por suicidar-se com cicuta, ao invés de ter que se deparar com o sofrimento infligido pelo carrasco. Um culpado poderia ser isentado de pena, se sua punição resultasse em prejuízo a inocentes que dele dependeriam para viver<sup>36</sup>.

## 2.2. Direito da Roma antiga

Não se pode falar em direito sem falar em direito romano, justamente por ser a principal fonte de todo o nosso direito atual. Assim sendo, indispensável entender como era o instituto da pena na Roma antiga. Nos primórdios de Roma, a exemplo dos demais povos da antiguidade, o direito tinha um cunho fundamentalmente religioso. A pena tinha um caráter sagrado, sendo formatada como um sacrifício aos deuses. Pelo que se sabe, não existiam, porém, delitos contra o sagrado ou o religioso, os crimes ou tinham natureza pública, isto é, praticados contra o Estado, ou privada, cometidos contra outro indivíduo<sup>37</sup>.

O direito romano era uma mistura de direito humano e divino, que ficou conhecido como *jus civile*, e era caracterizado por ser extremamente formal, exigindo uma rigorosa liturgia consistente em uma rígida repetição de textos e atos. Ele tinha um caráter basicamente privado, visto que o litigante, ainda que expusesse sua demanda para ser resolvida por uma autoridade judiciária, deveria executá-la ele próprio. Observe-se que o magistrado somente decidia de acordo com uma das fórmulas pré-estabelecidas, seguindo-se os devidos ritos formais<sup>38</sup>.

O primeiro período da Roma antiga é conhecido como a Realeza. Nele se destacava a figura de um rei, que era vitalício e irresponsável, não respondendo por nenhum de seus atos (o rei não erra). Nessa época, quando ainda não existia uma legislação escrita, e rei exercia o

---

<sup>35</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984, Livro II, p. 73.

<sup>36</sup> MARQUES, op. cit., p. 39.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>38</sup> VILLEY, Michel. **Direito romano**; prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha; tradução de Fernando Couto. Porto, Portugal: Rés, 19xx, p. 41.

papel de juiz supremo e sumo sacerdote: “ele era a lei”, pode-se dizer, visto que suas decisões eram incontestáveis.

O rei, nas funções legislativa e judiciária, era auxiliado por um conselho de anciãos, o Senado, formado pelos *patres*, que eram os chefes das tribos que formavam a Roma antiga. O Senado tinha uma função meramente consultiva, em relação às decisões do rei, possuindo também outras atribuições, como por exemplo validar as decisões dos comícios (assembleias convocadas pelo rei ou pelo senado, integradas essencialmente pelos chefes das famílias)<sup>39</sup>.

Em sua estrutura política, o estado romano era formado por diversas tribos, e essas eram integradas por diversas cúrias. As cúrias eram formadas pelos *gens*<sup>40</sup>, que eram, por sua vez, originados do agrupamento de diversas famílias. A família era a unidade grupal básica da Roma antiga, chefiada por um *pater familiae*.

No âmbito da grupo familiar, o *pater familiae* tinha autoridade absoluta, podendo dispor da forma como quisesse dos demais membros, por exemplo, ele poderia vender os filhos ou a mulher, ou dá-los em troca do perdão de dívidas. O *pater familiae* também tinha o poder de punir discricionariamente os demais integrantes da família, inclusive aplicando a pena de morte.

Com o tempo, o próprio costume tratou de abrandar esse poder absoluto do *pater familiae* de dispor como quisesse dos demais membros da família, afastando-se aos poucos do rigor dos tempos iniciais, o que já não era visto com bons olhos dentro das tribos. Passou-se a diferenciar o poder *dominus*, que o *pater familiae* tinha sobre os escravos, e que se manteve praticamente absoluto, do poder pátrio em sentido estrito, em relação aos filhos, e da autoridade marital, os quais passaram a ter limitações<sup>41</sup>.

Já em sua estrutura social, o estado romano antigo era formado pelo patriciado, pela clientela e pela plebe, havendo ainda os escravos, que não eram considerados pessoas, mas sim coisas. Os patrícios, que também denominavam a si mesmos de *gentiles*<sup>42</sup> (habitantes das *gens*), eram o grupo dominante na época, sendo formado pelos detentores de terras e pelos ocupantes dos altos cargos políticos.

---

<sup>39</sup> MOREIRA ALVES. José Carlos, **Direito romano**. 10ª ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 8.

<sup>40</sup> Os quais eram considerados as unidades políticas básicas, em razão de sua finalidade de manutenção da ordem e defesa contra os inimigos externos. MOREIRA ALVES, op. cit., p. 9.

<sup>41</sup> VILLEY, op. cit., p. 46.

<sup>42</sup> Existem diversas teorias sobre a origem dos gentis, sendo a mais aceita de que eles se originaram de povos nativos da própria região do Lácio. Eles consideravam a si mesmos descendentes comuns de um legendário antepassado de tempos imemoriais, que lhes conferia o nome gentilício, sendo essa descendência, e não o parentesco consanguíneo, que os vinculava. MOREIRA ALVES, op. cit., p. 8, 10.

Nesse período, somente os patrícios eram detentores de todos os poderes civis e políticos, conseqüentemente, somente os patrícios poderiam almejar os altos cargos, tais como o sacerdócio, a magistratura, o senado, a chefia das forças armadas, e mesmo o trono real, alijando as demais classes de almejarem tais cargos<sup>43</sup>. Isso seria muito importante para o desenvolvimento que estaria por vir no direito romano, conforme veremos a seguir.

A clientela era, segundo Moreira Alves, uma espécie de vassalagem, que se sujeitava voluntariamente à dependência de uma *gens*, em troca de proteção. Em contrapartida, assumia um compromisso de obediência e subserviência. O dever de proteção em relação aos clientes possuía tal importância, que o *pater familiae* poderia até mesmo ser considerado *sacer*, caso faltasse com esse dever, o que significa que qualquer um do povo teria direito a assassiná-lo.

A clientela era possivelmente constituída pelos estrangeiros vencidos na guerra e submetidos a uma *gens* por meio da *deditio* (rendição); pelos estrangeiros emigrados que se submetiam, voluntariamente, à proteção de uma *gens*, em virtude da *applicatio*<sup>44</sup>; e pelos escravos libertados mediante a *manumissio* (renúncia do poder de propriedade sobre o escravo), que ficavam vinculados à *gens* de seu antigo dono<sup>45</sup>.

A terceira classe que formava a população de Roma era a plebe. Os plebeus viviam dentro do território de Roma, porém não integravam a cidade, bem como não possuíam, inicialmente, direitos civis ou políticos. Sua origem também suscita dúvidas até hoje, acreditando-se que fossem constituídos por “vencidos que ficavam sob a proteção do Estado, dos clientes de famílias patrícias que se extinguíram, e dos estrangeiros aos quais o Estado protegia”<sup>46</sup>. Outros acreditam que eles tinham a mesma procedência geográfica e étnica dos patrícios, com a única diferença que não possuíam terras, riquezas ou cargos políticos<sup>47</sup>.

Após a queda da realeza, foi instituído um novo regime, a república, onde dois magistrados, denominados *praetor maximus* e *praetor minor*, o primeiro superior hierarquicamente, passaram a governar Roma. Posteriormente, surgiram os cônsules, dotados de igual poder. Esses cônsules se tornaram os magistrados únicos de Roma, possuindo atribuições militares, administrativas e judiciárias<sup>48</sup>. Nesse período, foi concebido aquele que seria considerado o maior avanço no direito romano, a Lei das XII Tábuas, elaborada entre os anos de 450 e 449 a.C.

<sup>43</sup> BERNARDES, op. cit., p. 32.

<sup>44</sup> Ato solene pelo qual um estrangeiro, que emigrava para Roma, se colocava sob a proteção e dependência de um *pater familias patronus* (MOREIRA ALVES, op. cit., p. 10).

<sup>45</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>47</sup> WEINMANN, op. cit., p. 34.

<sup>48</sup> MOREIRA ALVES, op. cit., p. 13.

A Lei das XII Tábuas provavelmente surgiu, embora haja controvérsias, dos conflitos existentes entre os patrícios e a plebe, esta última inconformada com as diferenças de tratamento existentes em relação aos primeiros, os quais possuíam exclusividade no acesso aos cargos políticos, religiosos e jurídicos, bem como eram sempre beneficiados nas decisões dos magistrados. Nas relações existentes entre essas duas classes, que resultavam em conflitos jurídicos, os patrícios quase sempre encontravam-se na condição de credores, e os plebeus, de devedores<sup>49</sup>.

Temendo as consequências que um conflito com a plebe poderia trazer para o estado romano, os patrícios decidiram ceder a algumas das reivindicações da plebe, criando magistraturas plebeias, o tribunato e a edilidade da plebe, as quais, além de ganhar poderes para resolver questões administrativas, religiosas e outras de menor importância entre seus pares, conquistaram poder de veto às decisões dos tribunais patrícios, envolvendo plebeus, o qual, porém, ainda poderia ser derrubado por outro tribunal patrício.

A segunda reivindicação dos plebeus foi a adoção de leis escritas, visando eliminar a nebulosidade das decisões tomadas pelos magistrados, que via de regra sempre beneficiavam os patrícios em detrimento dos plebeus, causando enorme insegurança jurídica a esse grupo. Assim, em atendimento a essa reivindicação, foi elaborada a Lei das XII Tábuas.

Como quase tudo que cerca a história antiga, a história acerca da Lei das XII Tábuas também é recheada de dúvidas, e mesmo sua existência, como um documento único elaborado em um específico momento histórico, é questionada<sup>50</sup>. O seu texto integral não sobreviveu até nossos dias, sendo seus trechos conhecidos retirados de comentários e editos redigidos pelos magistrados da época.

O que se sabe, porém, é que, embora aceite-se majoritariamente que a Lei das XII Tábuas surgiu em função de reivindicação da plebe, ela mantivera uma significativa diferenciação de tratamento entre essa classe e o patriciado, que continuou a ter um tratamento bastante privilegiado pela lei, embora estabelecesse uma igualdade jurídica formal<sup>51</sup>. Com o tempo, porém, esses privilégios foram aos poucos sendo suprimidos, até sua total eliminação, e o conseqüente fim da diferenciação entre patrícios e plebeus, no fim da república e início do principado<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> WEINMANN, op. cit., p. 34.

<sup>50</sup> Para maiores informações, recomendo ler o tópico “Controvérsia sobre a autenticidade da lei das XII tábuas. MOREIRA ALVES, op. cit., p. 25/26.

<sup>51</sup> WEINMANN, op. cit., p. 35.

<sup>52</sup> MACHADO, Yuri Restano. **aulas da disciplina de Direito Romano I, da Faculdade de Direito da UFRGS.** 2º semestre de 2005.



Para exemplificar como a Lei das XII Tábuas continuava a favorecer os patrícios em detrimento dos plebeus, pode-se citar a extrema severidade com que a lei tratava os devedores (deve-se lembrar que os patrícios confundiam-se com os credores e os plebeus, com os devedores). Conforme o formalismo característico da Roma antiga, somente os créditos estabelecidos seguindo rigorosamente a solenidade exigida eram reconhecidos como legítimos à aplicação da lei.

O credor poderia exercer a *manus injectio*, que consistia em apossar-se do devedor como seu escravo, podendo acorrentá-lo e expô-lo em um mercado público por 60 dias, para que alguém o libertasse, pagando sua dívida (o que nunca ocorria). Findo esse período, o credor poderia matá-lo ou vendê-lo além dos limites da cidade, já que em Roma era proibido um cidadão ser reduzido à condição de escravo<sup>53</sup>. Se fossem vários os credores, seu corpo seria dividido em pedaços.

Outro grande avanço obtido com a Lei das XII Tábuas, a exemplo do que ocorreu no direito grego, foi a supressão do caráter divino das penas, e a consagração do caráter público, embora não tenha eliminado completamente o caráter religioso, em especial em suas liturgias. A pena, que antes tinha caráter de aplacar a ira da divindade, passou a interessar somente à comunidade ofendida<sup>54</sup>.

Embora as penas de caráter privado não tenham sido eliminadas pela Lei das XII Tábuas, nota-se um esforço em tornar a justiça pública. Aplica-se, sempre que possível, a pena de talião, nos mesmos moldes das outras civilizações da antiguidade (pena de morte, castigos físicos, mutilações, sempre proporcionais à ofensa), a fim de dar proporcionalidade entre o delito e a pena. A composição também passou a ser adotada em muitas situações, aplicando-se penas pecuniárias em lugar das penas corporais, sempre que o ofendido ou seus familiares concordassem.

No entanto, como Villey destaca, a Lei das XII Tábuas não era em nada parecido com o direito romano que hoje aprendemos nas faculdades, nas palavras dele, “compreendia não mais do que uma centena de muito breves trechos”, sobre assuntos bem específicos, escritos por homens pouco cultos<sup>55</sup>. O direito romano, na verdade, veio a aperfeiçoar-se através da prática, das decisões dos magistrados para os casos práticos, a chamada *iurisprudencia*.

---

<sup>53</sup> WEINMANN, op. cit., p. 36.

<sup>54</sup> MARQUES, op. cit., p. 39.

<sup>55</sup> VILLEY, op. cit., p. 38.

A jurisprudência dos jurisconsultos foi dando corpo ao direito romano, aumentando as possibilidades jurídicas de punição, ao mesmo tempo em que aos poucos ele abandonava o excessivo formalismo dos tempos iniciais. Foi-se com o tempo facultado à parte ofendida ou seus descendentes, a optar, em vez da aplicação da penalidade específica pelo delito, optar por uma compensação pecuniária ou reparação civil. O direito romano foi tornando-se mais humano, passando a evitar as penas cruéis, embora não as tenha eliminado completamente, especialmente quando havia motivação política.

### 3. Idade média

O marco inicial da idade média se deu com a queda do Império Romano do ocidente, dominado pelos povos bárbaros germanos. Os bárbaros dividiram entre si as terras conquistadas, passando a controlar grandes áreas, submetendo os povos que nelas viviam a seu jugo, exercendo sua autoridade nelas com mão de ferro. Surgia, assim, o feudalismo. Paralelamente, a igreja católica crescia em influência e sua doutrina passava a dominar todos os povos da Europa medieval. Foi nesse contexto que o período conhecido como “a idade das trevas” foi forjado.

O retorno imposto pela igreja a uma concepção de justiça totalmente ligada à religião, no caso o cristianismo, em sua forma mais conservadora e radical, resultou na perseguição a todos aqueles que viessem a questionar os “escritos sagrados” e buscassem respostas na ciência, ao invés da religião católica. A heresia era vista como um pecado mortal, pior que qualquer delito praticado contra outras pessoas, sendo geralmente punível com a morte, através de meios extremamente cruéis, e de modo a prolongar ao máximo o sofrimento do infeliz condenado.

O acesso a textos considerados pagãos, como os escritos dos antigos filósofos gregos, era considerado heresia. Quem fosse pego com eles era imediatamente preso e julgado como herege. Muitas obras consideradas pagãs foram destruídas pela igreja na época, sendo o conhecimento de seu teor restrito aos altos escalões do próprio Clero, que proibia seu acesso à comunidade, temendo que tal conhecimento pudesse ameaçar a influência que exercia nesse grupo. Retrocesso é o termo que melhor se aplica ao período, justificando o epíteto “idade das trevas”.

O conhecimento “pagão” era pecado, somente a “sabedoria” advinda dos textos bíblicos, na restrita interpretação da igreja, era admitida. Para investigar e julgar tais crimes, a

igreja acabou criando, já no final da idade média, a Santa Inquisição. Práticas cruéis sempre existiram em todos os povos até aquela época, no entanto, dada a evolução obtida com as culturas grega e romana, entre outras, a involução ocorrida no período foi brutal, até porque afetou todo o mundo ocidental.

Paralelamente, o senhor feudal exercia uma autoridade absoluta sob seus domínios, estando, no entanto, acima das leis que aplicava. Os servos (todos aqueles que viviam nos domínios do feudo “em razão da benevolência do senhor feudal”) estavam sujeitos a sua autoridade, a qual o senhor feudal exercia de maneira implacável e impiedosa. As punições cruéis eram utilizadas com desmedida frequência àqueles que ousassem desobedecer suas ordens, ou que não pudessem pagar as exorbitantes taxas exigidas para que pudessem viver no feudo.

A nobreza passou a governar lado a lado com o clero, que foi gradualmente aumentado sua influência e poder dentro dos então embrionários estados que surgiam. Como resultado dessa influência, que acabou sendo recíproca, a justiça feudal tornou-se fortemente influenciada pelo direito canônico, estabelecendo que o rei era o representante de Deus na terra, passando todo o crime cometido contra o rei a ser considerado um crime contra Deus. Assim, os crimes políticos passaram a receber o mesmo tratamento da heresia, e as punições cruéis, com caráter de expiação, eram largamente empregadas.

Identificando a gênese desse “direito penal do terror”, verifica-se que ele surgiu da mistura entre os ordálios dos povos bárbaros germanos, com o direito canônico surgido no seio da Igreja Católica. Os ordálios consistiam em submeter o acusado de um crime a um teste conhecido como “prova de fogo e água”, como por exemplo ser atirado em água fervente ou em uma fogueira. Os bárbaros acreditavam que, se o acusado fosse inocente, Deus trataria de protegê-lo e salvá-lo do terrível destino a que estava sendo submetido<sup>56</sup>.

No entanto, paradoxalmente, a origem do direito canônico é o cristianismo, que, transposto para o direito penal, procurava a sua humanização, utilizando-o como um instrumento de regeneração do criminoso, pelo arrependimento e pela purgação da culpa. Ele proclamava a igualdade entre os homens, significando a não diferenciação da pena pela pessoa do agente, mas unicamente pelos seus atos. Além disso, o direito canônico valorizou o aspecto subjetivo do crime, separando o crime com dolo do crime culposos, sem intenção do agente<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> MARQUES, op. cit., p. 45.

<sup>57</sup> WEINMANN, op. cit., p. 39.

Data dessa época também a massificação da utilização da pena de privação de liberdade, para os autores de delitos. Pretendia a igreja conceder aos submetidos a essa modalidade de pena uma oportunidade para refletir sobre seus atos e arrepender-se perante Deus. No entanto, embora tivesse a vida poupada, o condenado dificilmente conseguiria se livrar de ser punido também através da aplicação de castigos físicos. Na idade média, o conceito de pena estava intimamente ligado ao de sofrimento físico, sendo essa considerada a única forma de expiação dos pecados<sup>58</sup>.

Desnecessário dizer que tratou-se de uma época de medo, insegurança e incerteza. Ninguém sabia exatamente o que era considerado crime ou heresia. Uma pessoa podia ser presa, julgada e condenada sem sequer saber o motivo. Não havia, evidentemente, chance de defesa, os julgamentos eram sumários e as decisões não necessitavam ser fundamentadas. Foucault ressalta que o processo permanecia secreto do acusado, ele não tinha acesso à acusação, aos depoimentos e às provas<sup>59</sup>.

A tortura, além de pena em si, ou antes disso, era um importante instrumento processual, utilizado para que o investigado “revelasse a verdade”. Foucault comenta que “do mesmo modo misturam-se aí um ato de instrução e um elemento de punição”<sup>60</sup>. A tortura como meio de obtenção de confissão é uma prática que infelizmente persiste até os dias atuais no Brasil, utilizada, em grande parte, em razão do despreparo e desaparelhamento das forças policiais locais.

A inquisição, surgida no século XIII, representou a cada vez maior união do poder real com o poder eclesiástico, de forma que um crescentemente se confundia com o outro. Questões religiosas eram de interesse do poder estatal, e questões políticas eram de interesse da Igreja. Na prática, o direito estatal e o direito eclesiástico acabaram por tornar-se uma coisa só. Assim, condenados por crimes políticos muitas vezes eram punidos como hereges, como Joana D'Arc que, em 1431, foi condenada à morte por ser considerada uma bruxa, sendo queimada em uma fogueira<sup>61</sup>.

A inquisição, porém, representava uma das facetas da igreja, certamente a mais visível na época, mas não a única. Outra face, defendida por muitas correntes religiosas, buscava o retorno ao caráter humanitário da pena, através da adoção das ideias cristãs de compaixão e perdão, embora não negasse que a pena era um mal necessário, não podendo ser

---

<sup>58</sup> MARQUES, op. cit., p. 48/49.

<sup>59</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis, Vozes, 1977, p. 35

<sup>60</sup> Ibidem, p. 40

<sup>61</sup> MARQUES, op. cit., p. 50/51.

pior que o crime praticado, reforçando o conceito de proporcionalidade da pena em relação ao delito. Ademais, a pena deveria ter uma função positiva, a qual seria a salvação da alma do pecador.

O grande influenciador desse pensamento foi o bispo católico Aurélio Agostinho (mais conhecido como Santo Agostinho, e também como Agostinho de Hipona), que viveu no início do período medieval, o qual preconizava, além do caráter expiatório da pena, que ela deveria servir para tranquilizar a população, ao afastar o “pecador” da sociedade, e servir como exemplo, para que outros não “pecassem” também. Observa-se aqui as finalidades de prevenção especial e de prevenção geral, respectivamente. Agostinho também se posicionou contra a tortura, afirmando, com total razão, que nesse caso os culpados seriam sempre aqueles menos resistentes a dor, e os mais resistentes seriam sempre inocentes<sup>62</sup>.

Outra grande influência do direito penal medieval foi o também religioso Tomás de Aquino, cujas ideias estavam bem ajustadas às práticas penais adotadas naquele período. Ele acreditava que a pena é a justa retribuição para o cometimento de um delito, na forma do castigo imposto por Deus. Tomás de Aquino propunha a pena como medida retributiva e comutativa. Em sua visão, o criminoso, além de ser afastado da boaventurança divina, deveria também sofrer penas terrenas, proporcionais à infração cometida, como forma de redimir-se de seus pecados.

Além disso, ele defendia também o caráter de intimidação da pena, com fim de prevenção geral negativa, que faz com que os indivíduos “permaneçam distantes das infrações e tornem-se melhores”<sup>63</sup>. Assim, a pena de morte era aplicada, não apenas para punir o autor do delito, mas mesmo antes disso, para que sirva de exemplo a todos os demais, inculcando o temor do castigo como fundamento para não agir de forma contrária aos desígnios de Deus e da vida em sociedade.

Falando em pena de morte, Tomás de Aquino defendia sua utilização, quando fosse necessário expurgar um indivíduo nocivo de seu seio, assinalando que:

[...] é louvável e salutar a amputação de um membro gangrenado, causa de corrupção de outros membros. Ora, cada indivíduo está para toda a comunidade como a parte para o todo. Portanto, é louvável e salutar, para a conservação do bem comum, por à morte aquele que se tornar perigoso para a comunidade e causa de perdição para ela; pois, como diz o apóstolo, um pouco de fermento corrompe toda a massa<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> MARQUES, op. cit., p. 54.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 56, apud Santo Tomás de Aquino. **Suma teológica**. 2ª parte da 2ª parte. Questões 47-79, 1956, Questão LXIV, artigo 2, p. 442.

Assim, Tomás de Aquino via uma função utilitarista na pena de morte, evitar que o mau comportamento do condenado contamine outros indivíduos, aumentando o dano social causado.

#### 4. Idade moderna

##### 4.1. Renascimento e absolutismo

O movimento renascentista, ocorrido a partir do final da Idade Média, representou, como o próprio termo aduz, o renascimento das ciências, das artes e da filosofia, que haviam sido tolhidas durante a maior parte do período, em razão da enorme influência exercida pela Igreja Católica, que não admitia outra verdade que não a (sua visão da ideologia) cristã, e que contaminou praticamente a totalidade dos governos da época.

Embora com a renascença tenham crescido os movimentos em prol da humanização das penas, com o fim das atrocidades cometidas em nome da justiça, tais castigos e punições continuaram a ser executados, com os mesmos requintes de crueldade, até praticamente o final da idade moderna, quando as ideias iluministas começaram a impregnar os governantes por toda a Europa, amplificando o movimento que acabaria por abolir tais práticas cruéis nos estados democráticos.

Com a organização e crescimento dos chamados estados nacionais, o seu estudo passou a ser tema recorrente entre os autores do período renascentista. Embora as questões penais não tenham sido o foco principal do movimento, importantes autores abordaram, ainda que de forma superficial, o tema. O absolutismo ganhava forma conforme os Estados nacionais se fortaleciam e eram governados por soberanos legalmente irresponsáveis e dotados de poderes quase que absolutos (daí o termo absolutismo).

Maquiavel, no século XVI, pretendeu, com sua clássica obra “O Príncipe”, elaborar uma espécie de manual destinado à realeza, com o intuito de orientá-los sobre as características dos principados e a forma de conservar seu poder sobre eles. Ele defendia que um príncipe não deve ser nem tão piedoso que seja visto como fraco, nem tão cruel que seja visto como um tirano. Maquiavel vê a intimidação do castigo como um fator positivo, desde que não seja de tal forma excessivo que atraia a ira do povo contra seu governo, o que poderá levá-lo à ruína.

Maquiavel exorta que “cada príncipe deve desejar ser tido como piedoso e não como cruel [...] Um príncipe não deve, pois, temer a má fama de cruel, desde que ela mantenha seus súditos unidos e leais, pois que, com mui poucos exemplos, ele será mais piedoso do que aqueles que, por excessiva piedade, deixam acontecer as desordens das quais resultam assassinios ou rapinagem: porque estes costumam prejudicar a comunidade inteira, enquanto aquelas execuções que emanam do príncipe atingem apenas um indivíduo”<sup>65</sup>.

No entanto, nessa obra ele desenvolveu sua ideia mais famosa, de que “os fins justificam os meios” (expressão que não consta de sua obra), estabelecendo que os interesses do estado (e do próprio príncipe) devem estar acima dos interesses particulares. Em outras palavras, ele deverá ser tão cruel ou tão piedoso quanto seja mais vantajoso para si e para o principado. Assim ele desenvolve a ideia de razões de Estado, segundo o que, sob a ótica do direito penal, significa que o governante possui o livre arbítrio de aplicar castigos, mais ou menos severos, de acordo com seus interesses, e da mesma forma abrandá-los ou isentá-los.

Outro autor de bastante destaque no período foi Thomas Hobbes, responsável pela obra “O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil”. Hobbes sustenta que todos os indivíduos, ao integrarem um estado organizado com base em regras de convivência, aderem a um contrato social, concordando em viver de acordo com as leis do estado. A aplicação da sanção penal tem, dessa forma, natureza contratual, sendo que o descumprimento do contrato social justifica a imposição da sanção.

Para Hobbes, os homens são egoístas por natureza, necessitando de regras de convivência para que não se destruam uns aos outros, em razão de competição, desconfiança ou glória. Tal situação é sintetizada pela célebre expressão “o homem é o lobo do homem”, que ele resgatou da época da Roma antiga. Assim, Hobbes forja o conceito de “leis da natureza”<sup>66</sup>, que ele define como “normas de paz, segundo as quais os homens podem chegar a um acordo”, evitando a sua própria destruição. Hobbes defende que somente através do medo da punição e da severidade do castigo os pactos serão cumpridos, devendo ser esse castigo maior que o benefício que o descumpridor espera auferir<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> MAQUIAVEL, Nicolau (Nicoló Machiavelli). **O Príncipe**. LLC Publicações Eletrônicas. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>, cap. XVII, p. 64.

<sup>66</sup> HOBBS define, entre as leis da natureza, duas principais: a primeira que todo homem deve esforçar-se pela paz, e caso não consiga, deve optar pela guerra somente para defender a si mesmo. E a segunda que o homem concorde, desde que os outros também o façam, em abrir mão de todas as coisas. Para ele, de acordo com a lei natural, o homem tende a crer que tem direito a todas as coisas. HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>, p. 47.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 52.

Muitos autores apontam a obra de Hobbes como tendo lançado as bases do absolutismo, por defender a submissão dos indivíduos ao Estado (O Leviatã do título). Isso tem grande fundo de verdade, no sentido em que ele afirma que o soberano (seja um monarca ou uma assembleia) não deve estar subordinado às leis do Estado, justificando que, senão, haveria um juiz com poder para julgá-lo, estando acima de sua autoridade, criando uma grande confusão de poder. É inegável, porém, que há uma enorme coerência e racionalidade em seu pensamento.

Hobbes entendia que o interesse do Estado (e de seu governante) prevalecia sobre o interesse individual, argumentando que o primeiro afeta a toda a coletividade, e o último a um único indivíduo. Hobbes defendia, antes de tudo, a necessidade do Estado estar fundado em leis que a todos fossem claras, e que a todos se aplicassem de maneira igual. Ele considerava que o castigo que não fosse aplicado por força de uma lei representava não uma pena, mas um ato de hostilidade do soberano para com seus súditos, e até mesmo uma ingratidão por parte dele. Ele ressaltava que tais situações até poderiam ser admitidas, mas somente com em razão do interesse maior do Estado.

Hobbes também defendeu a separação entre crime e pecado, sendo que o primeiro representava a violação à lei e o segundo, a violação aos preceitos religiosos, somente sendo punível o primeiro. Ele defendia a utilização da tortura como meio processual para a busca da verdade, porém, curiosamente, rechaçava a validade da confissão obtida por intermédio dessa prática, salientando que “as acusações arrancadas pela tortura não devem ser aceitas como testemunhos. [...] porque, quer o torturado se liberte graças a uma verdadeira ou a uma falsa acusação, fá-lo-á pelo direito de preservar sua vida”<sup>68</sup>.

Hobbes elencou as penas aplicadas pelo Estado, estabelecendo algumas classificações: a primeira em corporais (flagelação, ferimentos, privação dos prazeres do corpo), pecuniárias, a ignomínia, a prisão, o exílio, ou uma combinação destas; a segunda em penas capitais (de morte), ou menos que capitais (que, obviamente, não resultavam em morte). Quando à sua finalidade, Hobbes defendia a função preventiva da pena, refutando a função retributiva, afirmando que a pena deveria ter em vista o bem futuro, e não saciar um desejo de vingança<sup>69</sup>.

Apesar do viés absolutista, muitos outros pontos formulados por Hobbes se constituem em princípios aplicados até hoje no direito penal: a irretroatividade da lei penal, no

---

<sup>68</sup> HOBBS, op. cit., p. 51.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 106.



que se refere a punir fato anterior à feitura da lei; a atenuação ou exclusão da responsabilidade pela legítima defesa ou estado de necessidade; a vedação da vingança privada, sendo a imposição da sanção penal exclusividade da autoridade pública; a prévia fixação da pena em relação ao delito, bem como a utilização de condições atenuantes e agravantes, para reduzi-la ou aumentá-la; a já citada igualdade de todos perante a lei, independente da classe a que pertença (salvo o soberano); a presunção de inocência, com a exigência de um processo legalmente conduzido para que o acusado seja declarado culpado; e a necessidade de publicidade da lei para que seu cumprimento seja exigível (quando não seja decorrente de uma lei da natureza, por exemplo o direito à vida).

Em uma linha diferente, havia Thomas More (ou Morus), conselheiro da corte de Henrique VII, da Inglaterra. Com uma visão humanista, em sua obra “Utopia” ele concebeu uma sociedade perfeita (utópica), onde não havia tribunais criminais. Essa obra se constituiu em um dos primeiros manifestos em favor de uma função reeducativa da pena, assinalando ainda que o Estado deveria buscar atacar as causas que levam à delinquência, ao invés de buscar unicamente a punição<sup>70</sup>.

More abordou os fatores geradores dos delitos, dando especial ênfase ao aspecto econômico, bem como tratou, além dos pontos já assinalados, de questões como a lei no espaço, a proporção entre o delito e a pena, e defendeu a igualdade de tratamento penal, entre o crime consumado e o tentado. Outra proposição contida na obra era a substituição da pena por prestação alternativa, para crimes não cometidos mediante violência.

Na mesma linha de More vinha Tommaso Campanella. Em seu livro “A Cidade do Sol”, ele também aponta o aspecto econômico como sendo o principal gerador dos delitos, em especial o furto e o roubo. Em sua cidade imaginária, não havia prisões e as penas, entre as quais a pena de morte, eram aplicadas não por uma autoridade pública, mas diretamente pelo povo; no entanto, a preferência seria por penas de caráter educativo<sup>71</sup>.

Mas foi somente com Jacques-Bénigne Bossuet, bispo francês, que as ideias absolutistas atingiram seu ápice. Bossuet, juntamente com Hobbes, são considerados os grandes arquitetos do movimento absolutista. Bossuet resgatou o pensamento, nunca completamente abandonado até aquela época, de que o rei recebia seu poder de Deus, não estando sujeito a qualquer controle humano. Seu poder era absoluto, ele poderia dispor das

---

<sup>70</sup> MARQUES, op. cit., p. 64/65.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 70.

riquezas e dos súditos da forma que bem entendesse. Para ele, cometer qualquer ato contra o rei se constituía no pior sacrilégio, passível das mais terríveis penas<sup>72</sup>.

Os estados absolutistas foram marcados pela extrema crueldade na aplicação das penas, onde os espetáculos públicos de execução, que geralmente incluíam macabros rituais de tortura e mutilação, conforme relatado nas primeiras páginas do livro “Vigiar e Punir”, de Michel Foucault, persistiam. Os desmandos dos soberanos absolutistas foram gerando uma crescente insatisfação no seio da sociedade europeia, em especial na França, onde acabou eclodindo o movimento para derrubada da monarquia que ficou conhecido como “Revolução Francesa”.

#### 4.2. Iluminismo

A Revolução Francesa representou o ápice do movimento iluminista, cujo ideário passou a dominar a Europa a partir da metade do século XVIII. Sua origem encontra-se na crescente insatisfação da população, contextualizada por alguns dos maiores pensadores da época, contra o despotismo das monarquias absolutistas que governavam os estados europeus.

O principal foco do movimento foi exatamente a França, onde nasceu Charles de Secondat, o Barão de Montesquieu, ou simplesmente Montesquieu, nome pelo qual entrou para a história. Montesquieu traçou um paralelo entre as principais formas de governo, com especial atenção às diferenças entre a monarquia e a república, entre a democracia e o absolutismo.

Montesquieu ficou conhecido por propor a separação dos poderes. Para ele, as funções legislativa, executiva e judiciária não poderiam estar concentradas nas mãos da mesma pessoa ou órgão. Essa tripartição seria a única forma de controlar o uso do poder e coibir os desmandos promovidos pelos governos absolutistas. Esse modelo ficou conhecido como sistema de freios e contrapesos, no qual uma esfera do poder refrearia os excessos de outra.

Ele criticou duramente as monarquias absolutistas, centralizadas na figura de um rei, detentor do poder absoluto, irresponsável perante a lei e considerado, principalmente por ele próprio, como o representante de Deus na terra. Sua obra teve fundamental influência no movimento republicano na França que levou à Revolução Francesa, culminando com a derrubada do regime monárquico e a instauração da república.

---

<sup>72</sup> MARQUES, op. cit., p. 73.

Montesquieu criticava a opressão a que tais governantes submetiam a população, mediante a imposição de castigos cruéis a quem cometia delitos, em especial àqueles que cometiam crimes de lesa-majestade, ou seja, crimes (políticos ou não) contra o rei ou sua autoridade. Nas suas próprias palavras: “Os homens são todos iguais no governo republicano; são iguais no governo despótico: no primeiro, porque são tudo; no segundo, porque não são nada”<sup>73</sup>.

Para Montesquieu, os estados despóticos tendem a possuir penas mais severas, como forma de perpetuar seu poder através da imposição do terror e da intimidação, afirmando que “em todos ou quase todos os Estados da Europa, as penas diminuíram ou aumentaram à medida que estes se aproximavam ou se afastavam da liberdade”<sup>74</sup>.

Montesquieu também se posicionou contra as penas cruéis, afirmando que a criminalidade vinha da impunidade dos delitos, não da moderação das penas. Ele acreditava que a certeza da punição levaria à redução da criminalidade, não necessitando punições corporais severas, que acabavam por ser mais repudiadas que o próprio delito, tendo ele citado que “quando a pena não tem medida, somos muitas vezes obrigados a preferir a impunidade”<sup>75</sup>.

Montesquieu afirmava que a severidade da pena deveria ser proporcional à gravidade do delito praticado, aplicando-se penas mais severas aos crimes que agridem mais a sociedade. Ele acreditava que, fosse aplicada pena igual a um roubo, por exemplo, quer fosse ele cometido assassinando-se ou não a vítima, incentivaria o assassinato. Ele apoiava a pena de morte para certos crimes, no entanto de maneira muito mais restrita que a utilizada na época.

Outros pressupostos defendidos por Montesquieu dizem respeito à concessão de ampla possibilidade de defesa aos acusados e de igual tratamento processual, independente de condição social do indivíduo.

Influenciado pelas ideias de Montesquieu, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria preocupou-se com a excessiva severidade das penas, sendo autor da célebre obra “Dos delitos e das penas”, que se constitui no principal manifesto da época contra a desumanidade das penas impostas aos acusados, assim como dos procedimentos inquisitoriais, que abusavam da tortura na busca pela confissão do réu.

---

<sup>73</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>, p. 38.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 42/43.

Beccaria defendia que uma pena somente poderia ser instituída através de uma lei, que estabelecesse de forma precisa a conduta ilícita e a respectiva sanção; e que essa lei deveria ser de conhecimento de todos. Além disso, ele prescrevia que aquele que foi responsável pela feitura da lei jamais poderia tomar para si também o papel de julgador, em alusão à ideia de separação dos poderes, proposta por Montesquieu<sup>76</sup>.

As principais bandeiras levantadas por Beccaria em sua obra foram, no entanto, a veemente condenação à prática de tortura como instrumento processual e à aplicação de penas corporais cruéis e da pena de morte.

Ele considerava a tortura um meio injusto de obter a confissão de acusados por crimes, afirmando que “de dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, aquele que for mais corajoso e mais robusto será absolvido; o mais fraco, porém, será condenado”. Apontava ainda a perversidade inerente à utilização da tortura, em suspeito que poderia ou não ser culpado, pois, no último caso, estaria sendo punido um inocente<sup>77</sup>.

Da mesma forma, defendia que “para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime”. Ele repetia a ideia defendida por Montesquieu, de que a certeza do castigo tinha maior efeito na prevenção da criminalidade que a sua intensidade, acrescentando que essa punição deveria ocorrer no menor intervalo de tempo possível, após o cometimento do delito<sup>78</sup>.

Beccaria acreditava que a pena deveria ter uma utilidade para a sociedade. Para ele, não bastava que a pena produzisse um bem, era preciso que ela fosse necessária. Assim, ele se contrapunha à visão da função retributiva da pena, sendo partidário de uma função de prevenção geral, afirmando que “os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime”<sup>79</sup>.

Nessa linha, ele condenava a pena de morte, afirmando que, se a morte do delinquente não fosse útil nem necessária à sociedade, não haveria razão para aplicá-la. Beccaria considerava que a pena de morte tratava-se de uma guerra declarada da nação contra o condenado<sup>80</sup>.

A grande influência de Beccaria para os movimentos de humanização das penas pode ser sentida até os dias atuais, sendo seus preceitos a base de muitos dos artigos da Declaração

---

<sup>76</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. **Dos delitos e das penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>, p. 7/14 passim.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 22/23.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 31/40 passim.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 30/37 passim.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 32.

Universal dos Direitos do Homem, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, entre outros.

Entre outras ideias defendidas por Beccaria, constam ainda a defesa da educação como principal ferramenta para impedir que as pessoas se voltem para a criminalidade; a igualdade de tratamento para os indivíduos perante a lei, independente da classe social a que pertençam; a territorialidade da aplicação da pena, defendendo que o delinquente somente pode ser punido no local onde cometeu o crime, mediante as leis daquele local.

A obra de Beccaria teve grande impacto na sociedade da época, tanto com críticas entusiasmadas, como com ataques raivosos. Da mesma forma que tornou-se muito popular entre os difusores das ideias iluministas, “Dos delitos e das penas” também foi alvo de duras críticas, principalmente no clero e nos apoiadores dos regimes absolutistas, que acusaram-na de ser subversiva e perigosa para as instituições, tanto estatais quanto eclesiásticas.

Outro importante pensador iluminista foi Jean-Jacques Rousseau. Ele desenvolveu o conceito de contrato social, já abordado anteriormente por Hobbes. Na sua visão, todos os integrantes de uma sociedade estão atrelados a uma convenção moral, através da qual cada indivíduo abre mão de uma parcela de sua liberdade, como forma de poder usufruí-la, estando garantido de que ninguém poder-lhe-á usurpar essa liberdade, sem sofrer a devida sanção.

Para Rousseau, de acordo com a lei natural, todas as pessoas têm direito a todas as coisas que são necessárias à sua existência. No entanto, esse direito sobre todas as coisas levaria as pessoas ao conflito inevitável e à destruição da sociedade, assim como à sua própria. Assim, pelo contrato social, os indivíduos abrem mão desse direito a todas as coisas e, em suas palavras, “o ato positivo que o faz proprietário de algum bem o exclui de todo o resto”<sup>81</sup>.

Rousseau aceitava a pena de morte como necessária, em decorrência do contrato social. Dizia ele: “a pena de morte, imposta aos criminosos, pode ser de certa forma encarada sob esse ponto de vista: para não ser vítima de um assassino é que se consente em morrer, sendo o caso. Nesse tratado, longe de se dispor da própria vida, pensa-se em garanti-la”<sup>82</sup>.

Rousseau teve em Jean Paul Marat um de seus principais seguidores, o qual teve participação ativa na Revolução Francesa. Para Marat, desenvolvendo as teorias de Rousseau, a existência de grandes desigualdades sociais é o que levava à criminalidade, pois elas

---

<sup>81</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Do contrato social**. Tradução Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. 20xx. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>, p. 12.

<sup>82</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 18.

levariam a um rompimento do contrato social, uma vez que, não atingindo seus anseios e satisfazendo suas necessidades, o pobre retornaria ao estado da natureza, buscando através da força o necessário à sua sobrevivência<sup>83</sup>.

Além desses grandes expoentes citados, cabe citar ainda John Howard que, embora não estivesse inserido no movimento iluminista, teve grande impacto na questão prisional, naquele período histórico. Tendo sofrido a desagradável experiência do cárcere, Howard se interessou pela problemática das instituições prisionais, relatando suas conclusões em seu livro “*The state of prisons in England and Wales with na account of some goregen*”. Ele acabou iniciando uma corrente preocupada com a reforma carcerária, buscando a humanização das prisões.

Em sua obra, Howard defendeu que era necessário que os estabelecimentos prisionais fossem adequados, proporcionando aos apenados condições mínimas de saúde, higiene e alimentação, que permitisse cumprir as penas impostas com dignidade. Ele também defendia que o trabalho obrigatório, inclusive penoso, serviria de meio adequado à regeneração moral do preso<sup>84</sup>.

## 5. Escolas contemporâneas

Com o absolutismo praticamente abolido da Europa após os marcantes acontecimentos do final do século XVIII, abriu-se espaço para o abrandamento das legislações penais do velho continente, principalmente com a limitação da aplicação do crime de lesa-majestade e com a humanização das penas, virtualmente eliminando dos ordenamentos jurídicos os suplícios e as penas cruéis.

Apesar da fracassada experiência que se tornou a Revolução Francesa, cujo governo revolucionário jacobino instaurou o chamado período do “terror”, onde milhares de pessoas foram perseguidas e guilhotinadas, acusadas de ser inimigas da república, em julgamentos sumários e sem direito à defesa; os ideais iluministas permaneceram, influenciando todo o pensamento jurídico que se seguiria, ainda que algumas vezes em forma de crítica.

---

<sup>83</sup> MARQUES, op. cit., p. 89.

<sup>84</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1993.

### 5.1. O utilitarismo de Bentham

Na Inglaterra, Jeremy Bentham desenvolveu sua teoria do princípio utilitário das penas. Em seus escritos, entre outras coisas, ele elaborou um minucioso estudo sobre todas as espécies de penas, apontando suas vantagens e desvantagens; bem como desenvolveu um projeto de estabelecimento prisional, o panóptico.

Bentham criticou Beccaria, muito embora tenha se revelado admirador de sua obra, tendo considerado suas ideias superficiais e destituídas de método, acusando-lhe de evitar propositalmente aprofundar-se em questões que teriam merecido uma abordagem mais detalhada, além de atribuir-lhe uma falta de familiaridade com a jurisprudência<sup>85</sup>.

Bentham elaborou seu conceito de princípio da utilidade, afirmando que uma ação somente pode ser considerada útil quando ela tiver a capacidade de aumentar a felicidade da parte interessada, ou reduzir a falta de felicidade (ou infelicidade)<sup>86</sup>. Assim, transpondo para a sociedade, os atos que lhe provocarem o aumento da felicidade, ou a redução do sofrimento, serão úteis, e por isso desejáveis.

Pelo princípio da utilidade das penas, Bentham afirmou que a pena, por ser um mal, somente deve ser utilizada para evitar ou reprimir um mal maior. Segundo ele: *“all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil”*<sup>87</sup>.

Assim, ele definia a necessidade da aplicação das penas na sociedade. Embora a pena em si mesma seja um mal, ela é aceita e necessária porque traz um benefício maior à sociedade. Essa concepção estrutura todo o estudo de Bentham acerca da pena. Para ele, a pena e o delito tem a mesma natureza, diferenciando-se pelo fato de a primeira ser autorizada pela lei e aplicada pelo estado, enquanto o último se constitui em uma transgressão à lei, praticada por um particular<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> BENTHAM, Jeremy, **The rationale of punishment**. Published by Robert Heward, MDCCCXXX. Disponível em <<http://books.google.com>>, Advertisement, xii.

<sup>86</sup> *“By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever. according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words to promote or to oppose that happiness”*. Idem, **An introduction to the principles of morals and legislation**. Batoche Books, 2000. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>, p. 14.

<sup>87</sup> *“toda pena é danosa: toda pena em si mesma é um mal. Pelo princípio da utilidade, se realmente devemos admiti-la, somente devemos admiti-la com a garantia de eliminar um mal maior”* (tradução do autor). Ibidem, p. 134.

<sup>88</sup> Idem, **The rationale...**, p. 17.

Pelo princípio da utilidade, Bentham defendia que a pena deveria ser somente a necessária para atingir seu objetivo. Se fosse inferior ao necessário, seria ineficaz em seu objetivo; se fosse excessiva, pecaria pela desnecessidade: *“if the punishment be less than what is suitable to that degree, it will be inefficacious; it will be so much thrown away: if it be more, as far as the difference extends, it will be needless; it will therefore be thrown away also in that case”*<sup>89</sup>.

A noção de proporcionalidade entre o delito e a pena também permeava toda a visão de Bentham, tanto em relação a não ser inferior ao benefício auferido com o ilícito - *“the value of the punishment must not be less in any case than what is sufficient to outweigh that of the profit of the offense”*<sup>90</sup>, quanto a ter a mesma natureza: pena de morte para um homicídio, pena pecuniária para um crime patrimonial.

Quanto à função da pena, Bentham via a pena com uma função eminentemente de prevenção geral. Para ele, a punição do delinquente deve servir como um alerta a todas as pessoas, sobre o que ocorrerá com quem praticar o mesmo ato. Essa, em sua visão, é a função primordial e a real justificação da aplicação da pena<sup>91</sup>. Acrescenta ele ser desejável uma pena que tenha a capacidade de desestimular a repetição do tipo de delito ao qual ela é aplicada.

Subsidiariamente, ele via na pena também uma função de prevenção especial, ao estabelecer três funções da pena, em relação ao indivíduo ao qual ela é aplicada: incapacitação, intimidação e correção. A incapacitação refere-se à restrição física ao condenado, que pode ser obtida através do seu encarceramento, da sua morte, ou de mutilação que o impeça de cometer o delito. A intimidação e a correção atuam no aspecto psicológico do condenado.

Bentham aceitava a ideia de existir uma função retributiva da pena, embora não incentivasse. Sua concepção da função da pena pode ser resumida por essa sentença:

*punishment, which, considered in itself, appeared base and repugnant to all generous sentiments, is elevated to the first rank of benefits, when it is regarded not as an act of wrath or of vengeance against a guilty or unfortunate individual who has given away for mischievous inclinations, but as an indispensable sacrifice to the common safety*<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> “Se a pena for inferior ao que for adequado àquela medida, ela será ineficaz; será um desperdício: se for superior, quando mais se prolongar, será desnecessária; será um desperdício da mesma maneira” (tradução do autor). BENTHAM, **An introduction...**, p. 147/148.

<sup>90</sup> “A intensidade da pena não deve ser inferior, em qualquer caso, ao que é suficiente para superar o lucro obtido com o delito” (tradução do autor). Idem, **The Rationale...**, p. 32.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>92</sup> “pena que, considerada por si só, parecia vil e repugnante aos sentimentos generosos, é elevada ao primeiro lugar entre os benefícios, quando reconhecida não como um ato de fúria e vingança contra o culpado ou desafortunado que cedeu à propensão ao crime, mas como um indispensável sacrifício em prol da segurança



Em relação à pena de morte, Bentham analisou-a sob o aspecto de suas vantagens e desvantagens. Apontou como sua principal vantagem tirar do criminoso a possibilidade de delinquir. Também apontou a possibilidade de ser análoga ao delito praticado (ou seja, em punição a crimes contra a vida), e, nesse caso, popular entre o povo; assim como ter o maior poder de intimidação e de servir como exemplo à população, num modelo de prevenção geral<sup>93</sup>.

Como desvantagens, ele apontou a falta de proveito pela comunidade, exceto a função de prevenção geral; a sua irreparabilidade, em caso de erro no julgamento; a crescente impopularidade da pena, que poderia levar a população a ficar a favor do criminoso contra o governo; e a possibilidade de ser utilizada de forma tirânica por governos despóticos<sup>94</sup>.

Bentham também ficou conhecido por desenvolver o conceito do panóptico, uma prisão que seria o modelo de estabelecimento prisional ideal. A sua estrutura, de acordo com o projeto de Bentham, foi assim definida por Foucault:

na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas tem duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado<sup>95</sup>.

Foucault apontou a principal característica pretendida com o panóptico: induzir no detento a sensação de estar sendo permanentemente vigiado, mesmo que essa vigilância não seja contínua, impondo ao preso um poder visível e inverificável, pois ele pode ver a torre, mas sem saber se está sendo observado<sup>96</sup>.

Evidentemente tal estrutura nunca saiu do papel. No entanto, o modelo teórico imaginado por Bentham acabou servindo de paradigma para o desenvolvimento de inúmeras teorias e estudos a respeito dos estabelecimentos prisionais e suas funções, como a de Foucault em sua obra mais famosa.

## 5.2. A escola clássica

Immanuel Kant é considerado o grande expoente das teorias absolutas ou retributivas da pena, em contraste com o pensamento utilitarista. Ele defendia que a ideia de um objetivo

pública” (tradução do autor). BENTHAM, op. cit., p. 21.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 184/192 passim.

<sup>95</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 177.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 177/178.

utilitário na pena retiraria seu caráter de justiça, a qual somente seria atingida com a imposição de uma pena na medida do delito cometido, resultando numa espécie de “talião jurídico”. Para Kant, nas palavras de Marques, a pena constitui “uma exigência de justiça absoluta, com o objetivo de restaurar a ordem social violada pela transgressão”<sup>97</sup>.

Dentro desse modelo, Kant considerava a pena de morte a única solução lógica para os crimes cometidos contra a vida. Ele chega a propor que, em nome da justiça, se a sociedade civil chegasse a ser extinta, antes todos os assassinos deveriam ser executados. Kant retoma a ideia do direito natural<sup>98</sup> para afirmar que o homem apresenta uma tendência natural à ambição; e somente o direito, com a imposição da justa retribuição, poderá refrear esse ímpeto<sup>99</sup>.

Hegel retomou as ideias de Kant, no sentido de uma pena de caráter retributivo. Para ele, “o crime é a negação do direito, enquanto a pena, como negação do crime, reafirma o direito”. A pena se constitui, portanto, na restauração do direito, lesado pelo delito. Aqui, Hegel diferencia-se da visão retributivista clássica: para ele, o objetivo final da pena não era simplesmente pagar o mal praticado com o crime com o mal da imposição da pena, mas sim reafirmar o direito<sup>100</sup>.

Francesco Carrara, considerado um dos grandes expoentes da escola clássica, defendia que o direito estatal de punir provinha da “lei eterna”, o que equivaleria dizer que derivava da lei natural, “preestabelecida para a humanidade pela mente suprema”<sup>101</sup>. Segundo Carrara, invertendo a concepção normalmente aceita, “é a necessidade de castigar aos violadores do direito que fez nascer a sociedade civil”<sup>102</sup>.

Seu pensamento a respeito das penas tinha um viés claramente cristão-católico, embora ele não visse na correção do condenado necessariamente uma função da pena, afirmando que uma coisa é fazer o condenado não voltar a delinquir, e outra é torná-lo uma boa pessoa<sup>103</sup>.

Carrara acreditava que a função punitiva deriva de uma necessidade da natureza humana, e não de uma necessidade política. Para ele, a finalidade da pena era “o restabelecimento da ordem externa na sociedade” e, em última instância, o bem social,

---

<sup>97</sup> MARQUES, op. cit., p. 97.

<sup>98</sup> Segundo ROUSSEAU, “um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar”. Op. cit., p. 12.

<sup>99</sup> MARQUES, op. cit., p. 98.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 98/99.

<sup>101</sup> CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal: parte general – volume II**. Bogotá: Libreria Editorial Temis Ltda, 19xx, p. 52.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 70.

refutando as ideias de retribuição ou de prevenção geral ou especial, que para ele são apenas efeitos desejáveis<sup>104</sup>.

Carrara abominava a pena de morte, por entender contrária à lei natural. Ele afirmou que, se fosse admitida, somente o seria com as seguintes condições: que somente fosse aplicada aos crimes mais graves; que faça o réu sofrer o mínimo possível; e que não seja aplicada em público.

Não obstante essa aversão à pena capital, ele acreditava que a pena, em termos gerais, deveria ser aflitiva, física ou moralmente, ao condenado (e não somente parecer aflitiva aos olhos do público); bem como exemplar; certa e irremissível; pronta; pública; e que não perverta o réu. Em relação aos seus limites, por sua vez, Carrara afirmava que a pena não deve ser ilegal, aberrante ou desigual; e deve ser divisível e reparável<sup>105</sup>.

Seguindo a linha da pena como defesa social, temos Giandomenico Romagnosi, o qual refutou o caráter retributivo da pena, apontando que sua finalidade deveria estar voltada para o futuro, e não para o passado. Ele considerava que a impunidade ameaçava a segurança social, apontando a prevenção geral, através da intimidação, como a finalidade básica da pena<sup>106</sup>.

### 5.3. A escola positiva

O final do século XIX marcou o surgimento do positivismo criminológico, em oposição à escola clássica. O positivismo afastou-se da análise de cunho filosófico da pena, para tentar desenvolver uma metodologia científica, com a finalidade de resolver as questões criminais.

O positivismo inverteu o foco dos estudos criminais difundidos até aquele momento, que centrava suas atenções basicamente para as instituições e o fenômeno social, para voltar sua análise para o indivíduo que praticava crimes, tratando-o como a um enfermo. O criminoso, e não o delito, seria o foco da escola positiva<sup>107</sup>.

A obra “O homem delinquente”, de Cesare Lombroso, é considerada por muitos como o marco inicial do positivismo criminal. Nessa obra, Lombroso, influenciado por Darwin, defendia a tese de que o delinquente é uma espécie do gênero humano que comete

---

<sup>104</sup> CARRARA, op. cit., p. 68.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 81/83.

<sup>106</sup> MARQUES, op. cit., p. 95/96.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 106.

necessariamente crimes, em razão de seus caracteres antropológicos. A grande contribuição de sua obra foi o incentivo ao desenvolvimento da criminologia como uma ciência penal.

Na concepção de Lombroso, no delinquente reaparecem sentimentos religiosos e associações criminosas próprios dos ancestrais primitivos, que não passaram pelo processo de civilização, através de um processo chamado atavismo<sup>108</sup>. O atavismo explicaria, para ele, porque o comportamento criminoso de um indivíduo não necessariamente ocorreria em seus ascendentes e descendentes diretos.

Como consequência, o delito surge para o delinquente como um fato natural, o qual ele não tem controle. Por essa razão, Lombroso não acreditava na imposição de sanções penais com o objetivo de corrigir o criminoso, através de seu arrependimento. Para ele, o delinquente possui uma natural insensibilidade física e afetiva, que o leva a cometer os mais atrozes crimes sem razão aparente e sem remorso.

Lombroso focou seus estudos buscando identificar certas características físicas ou anomalias anatômicas ou fisiológicas, que seriam comuns aos diferentes tipos de delinquentes, de acordo com o tipo de delito que praticavam. Posteriormente, ele refutou a existência de tais características físicas distintivas, bem como muitos outros pressupostos de sua tese<sup>109</sup>.

No campo da sociologia, por sua vez, apareceu Enrico Ferri, o qual apontou que as medidas sociais preventivas e repressivas que atuassem na gênese do delito seriam o meio mais eficaz e humano de realizar a defesa da sociedade, preservando a sua existência. Da mesma forma que Lombroso, Ferri também contesta o livre-arbítrio dos criminosos, propondo substituir a responsabilidade moral, inerente ao livre-arbítrio, pela responsabilidade social.

Conforme Marques, para Ferri, os critérios preventivos superam os repressivos, e a pena confunde-se com a medida de segurança, pois:

ambas alicerçam-se na periculosidade do agente e possuem tempo indeterminado de duração, condicionado à regeneração do delinquente. Caso esta não ocorra, a sanção pode chegar à perpetuidade. Assim, a pena castigo dos clássicos é substituída pela pena-defesa e pela pena-educação<sup>110</sup>.

Assim, dentro do objetivo de defesa social, Ferri propõe uma seleção antropológica dos presos, e que lhes seja propiciado realizar trabalho penitenciário, que lhe habilite moral e tecnicamente. Ele também não faz diferenciações entre imputáveis de inimputáveis, tampouco

---

<sup>108</sup> Atavismo: reaparecimento, nos descendentes, de certos caracteres físicos ou morais avitos, não presentes nas gerações imediatamente anteriores. Fonte: MICHAELIS – Moderno dicionário da língua portuguesa. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br>>.

<sup>109</sup> MARQUES, op. cit., p. 109.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 110.

referentes à idade ou sexo, afirmando que o que deve prevalecer é a preservação da sociedade<sup>111</sup>.

Outro expoente da escola positiva foi Raffaele Garofalo. Em sua obra “Criminologia”, ele define o conceito de delito natural, que “é aquele caracterizado pela ofensa ao senso moral, formado pelos sentimentos de piedade e de probidade”<sup>112</sup>. Para Garofalo, esse conceito é atemporal, válido para qualquer sociedade, em qualquer época.

Garofalo acompanha Lombroso na tese de que o delinquente possui uma anomalia inata, que o leva a cometer delitos. Por essa razão, ele não acredita nos modelos penais que visam à reeducação do delinquente. A pena deve ter o condão de readaptar o delinquente à sociedade, visto que o delito provém de uma inadaptação dele, que pode ou não ser incurável.

Garofalo, assim como Ferri, acredita que a pena deva ter tempo indeterminado, pois não há como definir um prazo para realizar essa readaptação. Ele chega a defender que, em caso de impossibilidade de promover a readaptação do delinquente, e ante sua periculosidade, ele deverá ser eliminado, isto é, receber a pena de morte<sup>113</sup>.

#### 5.4. Outras escolas contemporâneas

Além das escolas positiva e clássica, poderiam ser citadas, ainda, a escola moderna alemã, a escola penal humanista, a escola técnico-jurídica, e o movimento de defesa social. Seguem as principais características dessas escolas, apontadas por Luiz Regis Prado.

A escola moderna alemã, de matiz positivista, tinha como principais características:

- a) a distinção entre o direito penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o método lógico-abstrato para o direito penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; c) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; d) a imputabilidade e a periculosidade; e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de luta contra o delito; f) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade do delinquente; g) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas; e h) o desenvolvimento da política criminal<sup>114</sup>.

Franz Von Liszt é considerado o principal expoente da escola moderna alemã, que procurou conciliar princípios das escolas positiva e clássica. Ele sustenta, inicialmente, que a

---

<sup>111</sup> MARQUES, op. cit., p. 111.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 111, apud GAROFALO, Raffaele. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal**, p. 114.

<sup>113</sup> TASSE, op. cit., p. 47.

<sup>114</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. – 2ª ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 54/55.

pena deverá ter caráter corretivo, vindo nela também um aspecto retributivo, ao afirmar que a pena expressa a reprovação da sociedade ao ato lesivo praticado pelo autor do delito<sup>115</sup>.

Assim, Von Liszt considera que a função da pena consiste em aplacar a insegurança causada pela presença do criminoso na sociedade, evitando a desconfiança de uma atuação futura dele. Para ele, o criminoso, enquanto estiver solto, representa uma constante ameaça à sociedade, devendo ser corrigido, uma vez que “todos os delinquentes são irresponsáveis moralmente, temíveis socialmente e elimináveis juridicamente”<sup>116</sup>.

Von Liszt afirma ainda que a repressão penal equivale à prevenção jurídica, pois não é possível avaliar a conduta futura do delinquentes, que não baseada em sua conduta presente. Em suas palavras, em última instância, “repressão é prevenção”<sup>117</sup>. Dessa forma, ele faz uma junção em seu conceito de pena das funções repressiva e preventiva.

A escola crítica tinha as seguintes características:

- a) a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre-arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico; b) o delito é contemplado no seu aspecto real – fenômeno natural e social; e c) a pena tem uma função defensiva ou preservadora da sociedade<sup>118</sup>.

A escola técnico-jurídica possui as seguintes características:

- a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva, é aplicável aos inimputáveis; d) a responsabilidade é moral (vontade livre); e) o método utilizado é o técnico-jurídico; e f) refuta o emprego da filosofia no campo penal<sup>119</sup>.

A escola correicionalista possui as seguintes características:

- a) a pena idônea é a privação de liberdade; b) a pena deve ser indeterminada – sem prévia fixação do tempo de sua duração; c) o arbítrio judicial deve ser ampliado no que se refere à individualização da pena; d) a função penal deve ser vista como preventiva e de tutela social; e e) a responsabilidade penal deve ser entendida como responsabilidade coletiva, solidária e difusa<sup>120</sup>.

Cárlos David Augusto Röder é apontado como o fundador do correicionismo. Ele defendia a função da pena como um instrumento para corrigir o criminoso. Para ele, “por meio da pena, busca-se, de forma racional e necessária, organizar a vontade do delinquentes,

<sup>115</sup> VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal: tomo tercero**. Cuarta edicion. Madrid: Editorial Reus, S.A., 1999, p. 197.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 215.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 205/214 passim.

<sup>118</sup> PRADO, op. cit., p. 53.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 57/58.

injustamente determinada, para que essa vontade possa ordenar-se por si mesma”<sup>121</sup>. Embora seus escritos datem de 1839, as ideias de Röder somente viriam a ser difundidas em fins do século XIX, tendo-se tornado a base do conceito de pena com caráter ressocializador.

O movimento de defesa social tinha como ideias básicas:

1. A luta contra a criminalidade deve ser reconhecida como uma das tarefas mais importantes que incumbem à sociedade; 2. Nessa luta, a sociedade deve recorrer aos meios de ação diversos, ao mesmo tempo pré-delitivos e pós-delitivos. O direito penal deve ser um dos meios de que a sociedade pode se utilizar para fazer diminuir a criminalidade; 3. Os meios de ação empregados com esse fim devem ter por escopo não somente proteger a sociedade contra os criminosos, mas também proteger seus membros contra o risco de caírem na criminalidade; 4. Prevalência, em todos os aspectos da organização social, dos direitos da pessoa humana.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> MARQUES, op. cit., p. 115, apud RÖDER, Cárlos Davi Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena em sus interiores contradicciones**, p. 235/6.

<sup>122</sup> PRADO, op. cit., p. 59/60.

## II – A PENA E SUAS ESPÉCIES

### 6. A pena

A pena, ou sanção penal, é uma espécie do gênero sanção jurídica. Kelsen define a sanção como sendo “a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos - a aplicar como consequência de uma determinada conduta”<sup>123</sup>. Acrescenta ele que a sanção é um ato de coerção como reação contra um determinado comportamento humano. A sanção é, então, um efeito natural do descumprimento de um dever jurídico, prescrito pelo ordenamento vigente, e independe da avaliação moral do julgador quanto à sua lesividade<sup>124</sup>.

A pena surge da violação de uma norma penal. Poderíamos ficar páginas e mais páginas somente reprisando os diversos conceitos de pena utilizados pelos estudiosos do direito penal. Fiquemos com uma definição atual, de Bissoli Filho que, em sua simplicidade, parece definir bem o conceito de pena na época atual:

uma consequência jurídica estatal cominada abstratamente na lei penal, aplicável pelo juiz com observância das formalidades processuais, a quem concretamente praticou uma conduta que violou a norma penal, sendo passível de ser executada pelos órgãos estatais encarregados<sup>125</sup>.

Até agora, tratei basicamente com aspectos gerais e movimentos que influenciaram de forma abrangente a evolução do direito penal e da sanção penal em nível global. A partir desse momento, passarei a focar mais especificamente o modelo penal brasileiro, com o intuito de tentar verificar os acertos e, principalmente, os erros que vem sendo cometidos na política criminal e prisional nacional.

### 7. As penas admitidas pelo direito brasileiro

#### 7.1. As penas privativas de liberdade

As penas privativas de liberdade, conhecidas mais popularmente como penas de prisão, no sentido amplo do termo, constituem-se no modelo clássico de sanção penal ao

<sup>123</sup> KELSEN, op. cit., p. 17

<sup>124</sup> Ibidem, p. 79

<sup>125</sup> BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 51



cometimento de crimes, em praticamente todos os ordenamentos jurídicos atuais, ainda que sob forte crítica de alguns doutrinadores, que vem nelas um modelo falido, que fracassa em atingir o objetivo – na visão deles – de recuperar o condenado. Tais radicais são adeptos do chamado abolicionismo penal.

Na verdade, a grande mazela erguida pelos partidários dessa corrente contra as penas privativas de liberdade referem-se a dois pontos principais: primeiro, a sua incapacidade de atingir a utópica função ressocializadora; e segundo, as condições degradantes dos estabelecimentos prisionais, obrigando os presos a viver em condições sub-humanas.

Penas privativas de liberdade são aquelas que segregam o condenado em instituição pública adequada ou outro local definido em lei, afastando-o do convívio social, durante período de tempo determinado. Nas palavras de Boschi, “as penas privativas de liberdade atingem o direito de ir, vir e ficar e impõe o seu confinamento em ambientes de contenção total (penitenciárias) ou parcial (colônias penais e albergues)”<sup>126</sup>.

No Brasil não são admitidas as penas perpétuas, sendo que o condenado não poderá passar mais do que 30 anos preso, ininterruptamente, não importando que o somatório de suas penas seja muito superior a esse tempo. Deixar um condenado preso pelo resto de sua vida é considerado mais desumano do que soltá-lo após 30 anos, completamente desambientado do mundo exterior, muitas vezes abandonado por parentes, esquecido por amigos. A lógica aplicada aqui é bem duvidosa.

A rigor, a pena privativa de liberdade somente é aplicada após transitada em julgado a sentença condenatória que a determina. Ela não se confunde com a prisão em flagrante delito e com as prisões cautelares - a prisão preventiva e a prisão temporária - as quais, como o próprio nome diz, constituem-se em medidas de segregação cautelar, anteriores à aplicação da pena. A prisão após a sentença condenatória da qual ainda existe possibilidade de recurso, também é considerada prisão cautelar.

#### 7.1.1. Espécies e regimes de cumprimento

No Brasil estão definidas três espécies de penas privativas de liberdade: a reclusão, a detenção e a prisão simples. Entre as duas primeiras, as diferenças estão basicamente que a reclusão normalmente é aplicada aos delitos mais graves, punidos com penas mais elevadas,

---

<sup>126</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5ªed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011, p. 135

sendo os demais delitos puníveis com a detenção, embora o tempo máximo da pena não seja uma regra absoluta para se definir a espécie de regime.

Outra diferença entre elas é que, via de regra, somente a reclusão poderá ser cumprida em regime fechado, embora o artigo 33 do Código Penal faça a ressalva, em relação à detenção, que “a [pena] de detenção, [deve ser cumprida] em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência ao regime fechado”, caso de regressão da pena.

A prisão simples é prevista na Lei de Contravenções Penais, destinando-se aos chamados crimes de menor potencial ofensivo<sup>127</sup>, diferenciando-se da reclusão e da detenção por, além de ser cumprida somente em regime semiaberto ou aberto, ser executada sem rigor penitenciário, conforme prescreve o caput do artigo 6º daquele dispositivo legal.

Quanto ao regime de cumprimento, as penas privativas de liberdade podem ser executadas em regime fechado, semiaberto e aberto. O sistema brasileiro permite a progressão do regime, quando cumpridos pelo condenado os requisitos exigidos, a critério do juiz responsável pela execução criminal, bem como poderá aplicar ao preso a regressão de regime, quando ele cometer crime ou falta disciplinar, conforme definido em lei, que acarrete na regressão.

No regime fechado, a pena é cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciária), sendo obrigatório iniciar nesse regime quando a pena imputada for de reclusão por um tempo superior a oito anos. O condenado ficará sujeito a trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno, sendo que a atividade laboral somente poderá ser exercida no próprio estabelecimento prisional ou, excepcionalmente, em obras e serviços públicos, havendo condições de segurança que impeçam a sua fuga.

No regime semiaberto, a pena é cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo cabível nas condenações à pena privativa de liberdade, cujo tempo aplicado seja superior a quatro e não excedente a oito anos. O condenado ficará sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, sendo possível a realização de trabalho externo, bem como a participação em cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

No regime aberto, a pena é cumprida em casa de albergado ou estabelecimento similar, sendo cabível quando a pena privativa de liberdade não for superior a quatro anos. Esse regime se baseia autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, sendo

---

<sup>127</sup> Além dos previstos na Lei de Contravenções Penais, todos os demais delitos puníveis com detenção, cuja pena máxima cominada em lei não seja superior a dois anos, conforme art. 61 da Lei n.º 9.099/1995.

requisito para sua obtenção que o condenado trabalhe, frequente curso ou exerça outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art. 33 e seguintes do CP).

#### 7.1.2. A questão da progressão da pena para os crimes hediondos

Já se tornou paradigmática a questão envolvendo o art. 2º da Lei n.º 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), cuja redação prescrevia, originalmente, que a pena deveria ser cumprida em regime integralmente fechado, sendo vedada a progressão. No HC n.º 82.959, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o § 1º do referido artigo, pois violaria o princípio da individualização da pena, da dignidade humana e da proibição de penas cruéis.

Outro ponto que foi questionado dizia respeito à possibilidade de progressão para o crime de tortura, também qualificado como crime hediondo, pois na lei n.º 9.455/1997, que tratava especificamente dessa modalidade de delito, em seu art. 1º, § 7º, prescrevia que “O condenado por crime previsto nesta Lei iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Nesse caso, a possibilidade que se aventava somente para o crime de tortura, em sua lei específica, não podendo ser questionado quanto à sua vigência e eficácia, visto que a lei de tortura é especial em relação à lei dos crimes hediondos, de caráter geral, foi ampliado também para os outros crimes definidos como hediondos, numa insólita analogia.

Posteriormente, foi aprovada a Lei n.º 11.464/2007, a qual alterou o referido parágrafo, substituindo o termo integralmente, por inicialmente fechado. Como esse novo texto na prática significaria que não haveria qualquer diferença de tratamento penal entre os crimes hediondos e os demais (como ocorreu ao se decretar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º), foi estabelecido que os condenados por crimes hediondos deveriam cumprir 2/5 (se primários) ou 3/5 (se reincidentes) da pena, para obterem a progressão de regime.

Fernando Capez, com propriedade, critica tal decisão, afirmando que, além ser bastante questionável que tal dispositivo viole o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CRFB), como se a pena se resumisse unicamente à progressão de regime, há outro dispositivo constitucional (art. 5º, XLIII da CRFB) que determina que:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Nesse caso, uma norma mais genérica prevaleceu sobre uma mais específica, ambas constantes do mesmo capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” da Constituição<sup>128</sup>. Certamente não se trata de uma decisão de cunho jurídico, pois, fosse esse o caso, muitos outros agravamentos previstos no referido capítulo da Constituição, como por exemplo a inafiançabilidade do crime de racismo, poderiam ser considerados inconstitucionais.

### 7.1.3. O regime disciplinar diferenciado

O regime disciplinar diferenciado está disciplinado no art. 52 da Lei de Execuções Penais, com redação determinada pela Lei n.º 10.792/2003, sendo aplicado ao preso provisório ou condenado que pratique fato previsto como crime doloso, o qual constitui falta grave, e que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas; bem como aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§ 1º); e ainda para o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (§ 2º).

Esse regime mais gravoso caracteriza-se, conforme o art. 52, incisos I a IV da LEP, por:

- I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
- II - recolhimento em cela individual;
- III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
- IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

Tal medida, como ademais todas as medidas que visam tratamento mais gravoso para os presos, sofre crítica de muitos juristas, que o consideram desumano, alegando que seria contrário a tratados internacionais sobre direitos humanos, em razão do isolamento do preso em regime disciplinar diferenciado dos demais presos.

Evidentemente chefes do crime organizado são criaturas extremamente sensíveis que, mesmo presos e condenados a centenas de anos de reclusão, merecem conviver com seus comparsas e poder continuar a “tocar” suas organizações como qualquer empresário.

---

<sup>128</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 14ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 398.

#### 7.1.4. O estabelecimento prisional clássico: a penitenciária

A penitenciária é o estabelecimento onde ficam os condenados à pena de reclusão, que devem cumprir a pena em regime fechado. Na prática, não é o que ocorre, pois, na ausência dos estabelecimentos previstos em lei, também é utilizada no Brasil para abrigar os presos do regime semiaberto, assim como os presos em flagrante delito e provisórios.

A penitenciária é dividida em celas, as quais, segundo a LEP, deverão (ou deveriam) ser individuais. São requisitos da unidade celular: conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório; a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; e área mínima de 6,00 m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

Evidentemente esses requisitos estão longe de ser atingidos. O que se vê atualmente são ambientes degradados e insalubres, onde a degeneração moral, a promiscuidade e as doenças proliferam. A falta de investimento do Estado, que provoca a falta de vagas e consequente superlotação, demonstram a pouca importância que o país dá ao sistema prisional, e à própria segurança pública, como um todo.

Tal situação faz com que os defensores do abolicionismo penal ataquem o modelo baseado na pena de prisão adotado no Brasil e em todo mundo. Em relação a isso, Boschi observa, com propriedade, que não se pode confundir a finalidade precípua da pena de prisão com a obrigação estatal de garantir aos presos condições mínimas de higiene, segurança e estrutura<sup>129</sup>. Assim fosse, dever-se-ia apoiar também a abolição da internação hospitalar no Brasil, pois os hospitais públicos também se encontram em estado calamitoso.

Um outro aspecto interessante da LEP está em seu art. 90, que define que “a penitenciária de homens será construída em local afastado do centro urbano a distância que não restrinja a visitação”. Há evidente dificuldade em conciliar esses dois critérios, visto que há forte resistência da população, mesmo afastada dos centros urbanos, à instalação de presídios em suas proximidades. Além disso, locais suficientemente ermos onde a instalação de um presídio não causasse tal desconforto certamente causariam grande dificuldade à visitação do preso.

---

<sup>129</sup> BOSCHI, op. cit., p. 139.

### 7.1.5. A colônia agrícola, industrial ou similar

O Código Penal estabelece que o condenado a pena privativa de liberdade em regime semiaberto deverá ser recolhido em colônia agrícola, industrial ou similar. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, sendo requisitos básicos a seleção adequada dos presos e o limite de capacidade máxima que atenda ao princípio da individualização da pena.

Na prática, a quantidade insuficiente de tais estabelecimentos, aliada à ampliação das situações onde evita-se a condenação à reclusão em penitenciária, tornam esse modelo de segregação inviável no Brasil atualmente.

Assim sendo, duas alternativas surgem: a primeira, mais utilizada atualmente, é recolher os condenados a cumprirem pena no regime semiaberto nas penitenciárias ou em cadeias públicas, situação que está em desacordo com o Código Penal e a LEP, obrigando muitas vezes os condenados por crimes de menor ofensividade à convivência com criminosos perigosos, condenados por crimes muito mais graves.

A segunda alternativa, que já vem sendo seguida por alguns juízes responsáveis pela execução penal, é determinar que o condenado fique em prisão domiciliar, na falta de estabelecimento adequado à pena recebida. Essa opção significa na prática a consagração jurídica da impunidade, visto que, pela mesma razão que não há suficientes estabelecimentos para tais condenados cumprirem sua pena, também não há recursos para fiscalizar o cumprimento da pena de prisão domiciliar pelo condenado, que, nessa situação, acaba ficando livre, e certamente incentivado a continuar a exercer suas atividades ilícitas.

Tal posicionamento é justificado pelo fato de que a ausência de vagas em estabelecimentos penais adequados constitui-se em omissão do Estado, e que, na impossibilidade da execução da pena conforme determina a lei, ao condenado não pode ser imputada pena mais gravosa em razão disso. Tal entendimento, festejado pelos partidários do garantismo, mostra-se igualmente nefasto, pois, conforme ressalta Renato Marcão:

considerando que a execução é *pro societate*, e não *pro reo*, o melhor entendimento, e que deve ser seguido, orienta-se pela não configuração de constrangimento ilegal na hipótese de ausência momentânea de vaga em estabelecimento semiaberto e consequente permanência no regime fechado no aguardo de vaga para transferência<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138/139.

### 7.1.6. Os demais estabelecimentos penais

Além da penitenciária e da colônia agrícola, industrial ou similar, a Lei de Execução Penal prevê ainda a casa do albergado, o centro de observação, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a cadeia pública.

Conforme dispõe o art. 93 da LEP, a casa do albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto, e também à pena de limitação de fim de semana. A LEP determina ainda que “o prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga” (art. 94).

Muito embora a lei defina que, “em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras” (art. 95), na prática esse tipo de estabelecimento praticamente inexistente. Os juízes de execução criminal tem optado, na ausência desse tipo de estabelecimento, na maior parte das vezes pela prisão domiciliar. Nesse ponto, coadunado com a posição, minoritária em nossa doutrina, de Marcão, que afirma que:

a pena em regime aberto, ou de limitação de fim de semana, pode ser cumprida em ala distinta de prédio destinado ao cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, desde que não seja possível e/ou permitido o contato entre os presos desses regimes e aqueles submetidos à modalidade aberta ou à limitação de fim de semana<sup>131</sup>.

Dispõe o art. 96 da LEP que “no Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação”, podendo suas instalações ser utilizadas para a realização de pesquisas criminológicas. “O Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal” (art. 97). Por fim, a lei estabelece que, “Os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação” (art. 98). Na prática, a inexistência de centros de observação leva à não realização dos exames criminológicos.

De acordo com o art. 99 da LEP, “O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do

---

<sup>131</sup> MARCÃO, op. cit., p. 141.

Código Penal<sup>132</sup>”. Esse estabelecimento é utilizado, na verdade, para o cumprimento de medida de segurança, que teoricamente não se constitui em pena, embora na prática o seja.

Da mesma forma que os estabelecimentos anteriormente citados, a pequena quantidade de hospitais psiquiátricos desvirtua a aplicação da medida de segurança, resultando que muitos inimputáveis e semi-imputáveis terminam por ficar confinados em cadeias públicas ou penitenciárias, até que surja uma vaga em tais hospitais<sup>133</sup>.

A cadeia pública, conforme dispõe o art. 102 da LEP, destina-se ao recolhimento de presos provisórios, em razão das prisões em flagrante, preventiva, temporária, em razão de pronúncia, ou por sentença penal condenatória recorrível. Esse estabelecimento, em razão da superlotação do sistema carcerário, acaba por receber, em desrespeito à lei, presos condenados à reclusão ou à detenção, bem como aqueles submetidos à medida de segurança.

#### 7.1.7. Prisões cautelares

Embora a rigor não se constituam em cumprimento de pena, mas sim medida cautelar, de natureza processual, as prisões cautelares, chamadas também de provisórias, acabam adquirindo uma conotação de antecipação de pena, visto que o tempo cumprido nessa modalidade será deduzido do tempo final atribuído em uma eventual condenação. No entanto, a prisão preventiva jamais poderá ser decretada com esse fim, podendo ferir a presunção de inocência do acusado.

As prisões cautelares vêm sofrendo inúmeras críticas por parte de muitos juristas, que consideram haver uma excessiva utilização desse instrumento. Acusam, tais profissionais, a instauração de um “estado policial” em nosso país. Tal termo tem o mesmo efeito nos círculos garantistas que o termo heresia possuía na idade média.

Ferrajoli, criador da corrente denominada garantismo penal, sonha com um direito penal sem a necessidade de prisão preventiva. No entanto, ele somente consegue argumentar sua desnecessidade após a instrução criminal, quando já tiverem sido colhidas as provas e ouvidas as testemunhas, entre outros atos<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

<sup>133</sup> MARCÃO, Renato, op. cit., p. 143.

<sup>134</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 447/448.



As prisões cautelares têm, a despeito de seus críticos, importante papel na realização dos objetivos do direito penal e da política criminal, em decorrência do poder-dever do Estado de garantir a segurança de seus cidadãos e de suas próprias instituições, se necessário intervindo contra aqueles que mostram-se potencialmente nocivos aos demais indivíduos, à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado.

A urgência, inerente às questões criminais, requer que, muitas vezes, sejam tomadas medidas cautelares que façam cessar imediatamente o perigo representado por tais indivíduos, assegurando que sua potencial periculosidade seja neutralizada, e que seja possível levá-los perante à justiça para que respondam por seus atos.

Nunca é demais reforçar, no entanto, que tal medida deve ser tomada como excepcional. Jamais as prisões cautelares podem ser utilizadas como antecipação de pena, exceto para, em benefício do réu em eventual condenação, ser contada como cumprimento de pena.

De fato, sem o devido controle judicial, as prisões cautelares podem transmutar-se em instrumentos de abuso, como de fato já ocorreu durante o período da ditadura militar. No entanto, observados os requisitos previstos em lei, diante do caso concreto, são um instrumento de proteção aos cidadãos e de manutenção da ordem pública. Justamente para evitar abusos, atualmente tais prisões somente são admitidas mediante a autorização ou homologação de um juiz competente.

São consideradas prisões cautelares a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Além dessas, também há a prisão em razão de pronúncia, prevista no art. 413, § 3º do CPP. Porém, a sua nova redação, dada pela Lei n.º 11.689/2008, dá a entender que a prisão em razão de pronúncia somente será decretada se presentes os requisitos para decretação da prisão preventiva<sup>135</sup>.

Já a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível não mais existirá a partir de julho próximo, quando entrarão em vigor as alterações promovidas pela Lei n.º 12.403/2011, entre as quais a que revoga o art. 393 do CPP.

A revogação desse dispositivo, que se refere aos efeitos da sentença penal condenatória recorrível, oficializa o que de fato já ocorre há tempos nos fóruns judiciais: a sentença de primeiro grau é um instrumento inútil, inócuo em seus efeitos e vazio em sua eficácia, funcionando essa instância como um mero juízo de instrução.

---

<sup>135</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 612.

A miríade de recursos disponíveis aos acusados, somado ao entendimento atual do nosso STF, de que somente após percorridas todas as instâncias recursais (que no país, podem chegar a quatro, levando normalmente mais de uma década), quando a sentença torna-se irrecorrível, fazendo coisa julgada, é que o réu pode ser preso, abre uma preocupante avenida para a impunidade. Claro que esse entendimento depende muito de quem está no banco dos réus. Pimenta Neves pode falar com propriedade a esse respeito.

#### 7.1.7.1. Prisão em flagrante

O flagrante delito está previsto no art. 302 do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

- I - está cometendo a infração penal;
- II - acaba de cometê-la;
- III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

O objetivo principal da prisão em flagrante delito é impedir o cometimento da infração penal, quando já tiver sido iniciada, ou, uma vez cometida, impedir a sua fuga.

Qualquer pessoa do povo poderá realizar a prisão de um criminoso que estiver praticando o delito ou em fuga após cometê-lo, sendo que as autoridades policiais e seus agentes, tomando ciência do fato, tem o dever de fazê-lo, de acordo com o art. 301 do CPP.

Uma vez preso o autor e apresentado à autoridade policial, esta deverá lavrar o flagrante, se entender estarem presentes os pressupostos fáticos e jurídicos para tal, comunicando imediatamente ao juízo competente, encaminhando cópias de todos os documentos produzidos.

Ao iniciar o flagrante, a autoridade policial deverá informar ao preso todos os seus direitos constitucionais, entre os quais o de permanecer calado e de ser assistido por um advogado, comunicando ainda a prisão a um familiar do preso, ou a outra pessoa por ele indicada.

A autoridade policial poderá autorizar a liberação do preso mediante pagamento de fiança, quando se tratar de infração penal cuja pena máxima não seja superior a quatro anos (conforme nova lei, que entrará em vigor em julho, por enquanto ainda vale que ele pode determinar a fiança em crimes puníveis com detenção ou prisão simples).

O juiz responsável deverá analisar o cumprimento dos requisitos fáticos e legais para a lavratura do flagrante, homologando o ato e decretando a prisão preventiva do preso, caso estejam presentes os requisitos legais; ou relaxando a prisão, caso não presentes; ou ainda concedendo a liberdade provisória, com ou sem fiança, se preenchidos os requisitos legais.

De acordo com a nova lei, o juiz deverá decretar a prisão preventiva somente se as medidas cautelares diversas da prisão não forem suficientes. As medidas cautelares que passarão a vigorar em julho são dadas pelo art. 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Muito embora haja pontos positivos na implantação das medidas cautelares alternativas, a quase irrestrita gama de possibilidades em que poderão ser utilizadas, mesmo em crimes de extrema gravidade, gera um fundado temor de que acabem por institucionalizar a impunidade, somado a isso a absoluta incapacidade do Estado de fiscalizar o cumprimento dessas medidas, bem como a possibilidade dessas medidas serem usadas estritamente como meios de desafogar os presídios, como já vêm ocorrendo com a progressão de regimes, por exemplo.

### 7.1.7.2. Prisão preventiva

A prisão preventiva é instrumento processual, sendo definido no artigo 312 do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Os primeiro requisito para sua decretação é, conforme visto, a prova da existência do crime. Sem a comprovação material do cometimento de um delito (a existência de um cadáver, por exemplo), não há como afirmar que de fato foi praticado um ilícito penal, ainda que hajam fundadas suspeitas a respeito. Somente essas suspeitas não são suficientes para ensejar um pedido de prisão preventiva.

O segundo requisito para a decretação da prisão preventiva é o indício suficiente de autoria. Tendo sido cometido o crime, e havendo claros indícios da autoria, o juiz poderá decretar a prisão preventiva do suspeito, desde que vise atingir ao menos uma das finalidades definidas em lei. O STJ, através da súmula n.º 9, já definiu que a prisão provisória (em sentido amplo) não fere o princípio da presunção de inocência. A decisão que decretar a prisão preventiva deverá ser obrigatoriamente fundamentada, sob pena de nulidade.

As finalidades da prisão preventiva são a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Antes de finalidades, são, na verdade, requisitos para a decretação. Os termos referidos são extremamente vagos, podendo comportar uma infinidade de interpretações, tanto em benefício como em prejuízo do réu. O ideal seria se estabelecer critérios mais específicos para se decretar a prisão preventiva de um acusado.

A garantia da ordem pública é a hipótese na qual se vislumbra a maior incerteza em relação a sua caracterização. O STF já definiu que “a repercussão do crime ou clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva” (RT, 549/417)<sup>136</sup>. Em geral, aplica-se ao caso de cometimento de delitos de natureza grave, mediante a utilização de violência, que provocam medo e sensação de insegurança no seio da sociedade. Para Nucci:

um delito grave – normalmente são todos os que envolvem violência ou grave ameaça à pessoa – associado à repercussão causada em sociedade, gerando intranquilidade, além dese estar diante de pessoa reincidente ou com péssimos antecedentes, provoca um quadro legitimador da prisão preventiva<sup>137</sup>.

<sup>136</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, 326.

<sup>137</sup> NUCCI, op. cit., p. 606.

A garantia da ordem econômica é uma espécie do gênero garantia da ordem pública. Esta hipótese é aplicada em relação aos “crimes de colarinho branco”, quando, pelo grande montante financeiro envolvido, pode ocorrer um abalo na economia. Uma das situações que poderiam ensejar a invocação dessa finalidade são as grandes fraudes praticadas contra os cofres públicos<sup>138</sup>.

A conveniência da instrução criminal é utilizada quando existem fundadas razões para acreditar que o acusado está tentando eliminar provas ou intimidar testemunhas, entre outros atos que visem prejudicar, de forma ilícita, o andamento do processo. Além de ter decretada a prisão preventiva contra si, o acusado também responderá penalmente por nova infração, caso seus atos com o intuito de prejudicar o andamento do processo configurem crime.

A garantia de aplicação da lei penal significa assegurar que o processo penal possa atingir seu objetivo, que é aplicar a devida sanção penal ao culpado pelo cometimento do delito. Essa hipótese é invocada quanto há fundadas suspeitas de que o acusado, diante da possibilidade de ser condenado, tente fugir, impedindo a execução da pena.

A prisão preventiva não tem um prazo determinado, sendo cabível enquanto perdurar a situação que deu causa à sua decretação. No entanto, a Justiça tem adotado como regra o tempo de duração razoável do processo dado pela Lei n.º 9.034/1995, que em seu art. 8º define como sendo de 81 (oitenta e um) dias. Alguns juízes e tribunais têm entendido por revogar a prisão preventiva após esse prazo, mesmo que a instrução ainda esteja em andamento ou a causa que ensejou sua decretação ainda não tenha cessado, porém esse entendimento não é pacífico.

#### 7.1.7.3. Prisão temporária

Esta modalidade de prisão cautelar foi criada pela Lei n.º 7.960/1989, para substituir a antiga figura da prisão para averiguação. Estabelece o art. 1º da referida lei:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);

---

<sup>138</sup> NUCCI, op. cit., p. 607.

- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei n° 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei n° 7.492, de 16 de junho de 1986).

O entendimento adotado amplamente pela jurisprudência e doutrina é que a prisão temporária poderá ser decretada para as situações descritas nos incisos I e II, em conjunto ou isoladamente, somente para os acusados pelos delitos referidos no inciso III. Ou seja, para a decretação da prisão temporária, deverá haver, concomitantemente, a ocorrência das situações previstas nos incisos I e III, ou II e III.

O prazo da prisão temporária é de cinco dias, prorrogável uma vez pelo mesmo prazo (art. 2º da Lei n.º 7.960/1989), salvo quando se tratar de crime hediondo, cujo prazo passa para trinta dias, prorrogável uma vez por igual período (art. 2º, § 4º da Lei n.º 8.072/1990).

A finalidade da prisão temporária confunde-se com a da prisão preventiva. A prisão temporária somente pode ser solicitada ao juiz antes de haver ação penal, ou seja, antes de o acusado estar denunciado, já a preventiva pode ser decretada em qualquer tempo durante a investigação criminal ou ação penal. A prisão temporária tem requisitos mais flexíveis, embora sua aplicação somente possa se dar para uma gama determinada de crimes.

## 7.2. As penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos são aquelas que impõe ao condenado em processo criminal a restrição a outros direitos, que não a liberdade de ir, vir e ficar. Tais penas vem na carona de uma tendência moderna de abrandamento do rigor das sanções penais. Boschi aponta que o esgotamento do projeto de prisão ressocializadora vem produzindo, em todo o mundo, o incremento de penas alternativas<sup>139</sup>. Sua inspiração remonta ainda das civilizações

<sup>139</sup> BOSCHI, op. cit., p. 308.

antigas, quando a composição passou a ser adotada como forma de substituir as penas corporais.

De acordo com o *caput* do artigo 44 do CP, as penas restritivas de direitos são autônomas, pois não podem ser aplicadas cumulativamente com as penas privativas de liberdade; e são substitutivas, pois o juiz deve obrigatoriamente fixar o *quantum* temporal e o tipo de pena (reclusão, detenção ou prisão simples)<sup>140</sup>. Os incisos do referido artigo elencam os requisitos para aplicação da pena restritiva de direitos:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Em suma, os requisitos para a substituição são, condenação a tempo não superior a quatro anos por delito doloso, desde que cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; sendo culposos não importa o tempo de condenação, a pena poderá ser substituída.

Embora seja expressa a ressalva da concessão a crimes cometidos com violência ou grave ameaça, infrações de menor potencial ofensivo cometidos mediante tais condutas poderão ser objeto de substituição, uma vez que comportam o benefício da transação penal<sup>141</sup>.

Para obter a substituição, o condenado também não poderá ser reincidente em crime doloso. Porém, no § 3º do art. 44, existe a previsão de que o juiz poderá conceder o benefício, desde que “a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”. Esse dispositivo de certo modo criou uma brecha para que os reincidentes por crimes dolosos possam obter a substituição. Por fim, o juiz deverá aplicar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, para definir se substituirá ou não a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos resultará em sua conversão em pena privativa de liberdade, deduzido o tempo cumprido da pena restritiva, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de reclusão ou detenção, conforme verifica-se no § 4º do art. 44 do CP.

As modalidades de penas restritivas de direitos estão elencadas no artigo 43 do CP:

<sup>140</sup> BOSCHI, op. cit., p. 322.

<sup>141</sup> CAPEZ. **Curso de Direito Penal**, p. 432.

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos;

VI - limitação de fim de semana.

Capez divide as penas restritivas de direitos em dois grupos: No primeiro, as penas alternativas pecuniárias: a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, incluindo nesse grupo também a pena de multa. No segundo grupo, as penas alternativas restritivas de direitos, em sentido estrito: a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos, e a limitação de fim de semana<sup>142</sup>.

#### 7.2.1. Prestação pecuniária

A prestação pecuniária se destina à reparação financeira do delito. Conforme aponta Boschi, “essa espécie de pena pressupõe dano patrimonial ou moral”<sup>143</sup>. A prestação pecuniária trata-se da forma mais direta de transposição da composição realizada pelas antigas civilizações para os dias atuais. Diz o art. 45, § 1º do CP:

§ 1º prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

A prestação deve ser preferencialmente paga à vítima ou aos seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social. Caso o beneficiário aceite, a prestação pecuniária poderá ser substituída por prestação de outra natureza (art. 45, § 2º do CP), que poderá ser, por exemplo, a execução de atividade ou serviço, ou a entrega de coisa.

Em caso de existência de reparação cível referente ao mesmo fato, cujo valor agora poderá ser fixado pelo próprio juízo responsável pela sentença criminal (art. 387, IV do CPP), ou em ação própria, o valor da prestação pecuniária poderá ser deduzido do montante devido a título de reparação civil, desde que coincidentes os beneficiários, salientando que, diferentemente da obrigação civil, a prestação pecuniária, conforme entendimento majoritário da doutrina, não repassará a eventuais herdeiros do condenado.

<sup>142</sup> CAPEZ, op. cit., p. 441 et. seq.

<sup>143</sup> BOSCHI, op. cit., p. 316.



### 7.2.2. Perda de bens e valores

Trata-se da pena restritiva de direito que implica na perda do patrimônio pelo condenado: bens móveis e imóveis, e valores, em espécie, ou títulos de crédito, ações, etc. A perda se dará em favor do Fundo Penitenciário Nacional ou outra entidade definida em lei específica, e seu teto será o maior valor entre o montante do prejuízo causado ou o provento obtido, conforme consta do art. 45, § 3º do CP:

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Não se deve confundir esse pena, de caráter substitutivo, com o confisco dos bens que constituam instrumento, produto ou proveito do crime, definido no art. 91, II, “a” e “b” do CP, e no art. 60 da Lei n.º 11.343/2006 (nova lei de drogas). A perda de bens e valores recai sobre os bens e valores de procedência lícita do condenado, diferentemente do confisco, que recai sobre os bens obtidos com o produto da atividade ilícita ou utilizados na sua execução<sup>144</sup>.

Visto que a grande maioria dos condenados no sistema penal não possuem patrimônio, no máximo o estritamente necessário à sua sobrevivência, tanto a pena de prestação pecuniária quanto a de perda de bens acabam por ter utilização bastante restrita, visto que raramente alguém que possui grande patrimônio acaba sendo condenado e, quando é, já conseguiu desviar todo o patrimônio, de forma a frustrar a aplicação da pena.

### 7.2.3. Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas

Conforme prescreve o art. 46 do CP, a pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas é aplicada às penas privativas de liberdade com duração superior a seis meses, consistindo na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, de acordo com as suas aptidões.

A prestação substitutiva deve ser cumprida à razão de uma hora de trabalho para cada dia de condenação, sendo que, para pena superior a um ano, é facultada o cumprimento da pena em menor tempo, não inferior à metade do tempo de condenação. A prestação deve

---

<sup>144</sup> CAPEZ, op. cit., p. 444.

ser fixada de forma a não prejudicar a jornada de trabalho do condenado (art. 46, § 3º), terá duração de oito horas semanais, sendo realizado preferencialmente em sábados, domingos e feriados.

O juiz deverá indicar a entidade beneficiada, a qual deverá comunicar mensalmente, mediante relatório circunstanciado, sobre as atividades e o aproveitamento do condenado (art. 150 da LEP).

#### 7.2.4. Interdição temporária de direitos

A pena de interdição temporária de direitos consiste na suspensão temporária do direito do condenado de exercer uma profissão, atividade, ofício, cargo ou função para o qual está habilitado, em razão de violação de dever que lhes são inerentes, sempre que tal violação configurar um crime. Também insere-se nesse tipo de pena a proibição de o condenado frequentar certos locais, em geral relacionados com o ilícito que praticou. Prescreve o art. 47 do CP:

“Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:  
I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;  
II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;  
III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo;  
IV - proibição de frequentar determinados lugares.”

As penas referentes aos incisos I e II tratam-se de restrições específicas, pois somente podem ser atribuídas aos crimes cometidos no exercício do cargo, atividade ou função interdita. Segundo Marcão, “é imprescindível o nexos entre o mau uso do direito interdita e o delito praticado”<sup>145</sup>.

A suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo, referida no inciso III, não pode ser confundida com a pena de suspensão ou de proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, prevista na Lei n.º 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). Elas são aplicadas em diferentes situações.

A primeira, além de substitutiva, é aplicada, atualmente, somente aos condutores que exercem atividade remunerada na condução de veículo (taxista, caminhoneiro, etc.), em delitos que não estão previstos no CTB. Já a última não é substitutiva, podendo ser cumulada

---

<sup>145</sup> MARCÃO, op. cit., p. 270.

com pena privativa de liberdade, sendo aplicada somente para os delitos previstos naquela lei, e prevendo, além da suspensão, a possibilidade de impedir a obtenção da habilitação<sup>146</sup>.

A proibição de frequentar determinados lugares, inserida no inciso IV, tem natureza diversa das interdições anteriores, constituindo em restrição ao direito de ir, vir e ficar, embora, enquanto as penas privativas de liberdade, e mesmo a pena de limitação de fim de semana, determinam onde o condenado deve permanecer, esta pena determina onde ele não deve permanecer<sup>147</sup>.

#### 7.2.5. Limitação de fim de semana

De acordo com o art. 48 do CP, “a limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado”. Seu parágrafo único prescreve que “durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas”.

Para Boschi, a limitação de fim de semana pode ser considerada uma modalidade de pena privativa de liberdade, pois guarda semelhança com o regime aberto, diferenciando-se unicamente pelo horário em que o condenado deverá ficar recolhido<sup>148</sup>.

Em razão da insuficiente quantidade de casas do albergado, alguns juízos tem optado por substituir a pena em estabelecimento prisional pela prisão domiciliar. Tal decisão é criticada por Boschi, que aponta que o rol de previsões legais para a prisão domiciliar (art. 117 da LEP) é ser taxativo, não contemplando tal hipótese.

O entendimento majoritário, nesse ponto, tem sido pelo recolhimento do condenado em outras espécies de estabelecimentos prisionais, em ambiente isolado dos presos em outros regimes, com base no art. 82, § 2º da LEP, que determina que “O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados”<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> CAPEZ, op. cit., p. 452/453.

<sup>147</sup> MARCÃO, op. cit., p. 272.

<sup>148</sup> BOSCHI, op. cit., p. 315.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 316.

### 7.3. A pena de multa

Considerada por muitos autores como uma espécie do gênero prestação pecuniária, a pena de multa também tem sua origem nos povos antigos, onde o ofensor, ao invés de ser-lhe aplicada a vingança de sangue ou de receber uma pena corporal, pagava ao ofendido bens, como reparação ao dano causado.

A pena de multa é definida no art. 49 do Código Penal, sendo aplicada a crimes considerados de menor potencial ofensivo, estando também disseminada na legislação penal extravagante.

A pena de multa poderá ser cumulada com outra espécie de pena, ou ser alternativa a essa, podendo ainda ter caráter substitutivo (art. 60, § 2º do CP), embora, nesse caso, a aplicação substitutiva também esteja revista no art. 44, § 2º, em termos mais vantajosos, já que o primeiro dispositivo prevê a substituição para pena privativa de liberdade de até seis meses, e no último, até um ano, prevalecendo o entendimento da aplicação do último<sup>150</sup>.

A multa é paga ao fundo penitenciário, devendo ser fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz e deverá ficar entre um trigésimo e cinco vezes o valor do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato. A pena poderá ser parcelada, bem como descontada do salário do condenado, sendo atualizada monetariamente.

Há três correntes sobre a forma de definir o valor da pena de multa. A primeira leva em conta a capacidade econômica do condenado, nos termos do art. 60, *caput* e § 1º do CP. A segunda o critério definido no art. 68, *caput*, do CP, referente ao cálculo da pena. A terceira corrente defende a utilização somente das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Nesse ponto, considero a primeira corrente a mais acertada, sendo o entendimento predominante dos juízes<sup>151</sup>.

A Lei n.º 9.268/1996 extinguiu a possibilidade de conversão da pena de multa em detenção, em caso de inadimplência, tornando-a dívida de valor, sendo cobrada nos moldes da dívida ativa da União. Esse dispositivo na prática tirou o caráter de sanção penal da pena de multa, tornando-a equiparável a uma reparação cível. A aplicação da pena, independentemente do pagamento, gera coisa julgada, não podendo o Ministério Público dar prosseguimento à ação em caso de inadimplência<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> CAPEZ, op.cit., p. 463.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 457.

<sup>152</sup> BOSCHI, op. cit., p. 300.

Luigi Ferrajoli critica a existência de penas pecuniárias, enquanto sanções penais, afirmando que “nenhum bem considerado fundamental a ponto de justificar a tutela penal pode ser monetarizado”<sup>153</sup>. Nesse ponto deve-se dar razão a ele, pois, assim sendo, mais apropriado seria a resolução de tais situações no âmbito do direito civil, se tiver natureza privada, ou do direito administrativo, se for de ordem pública.

#### 7.4. A medida de segurança

As medidas de segurança estão previstas no art. 96 e seguintes do CP. Conceitua-se medida de segurança como a “sanção penal imposta pelo Estado, na execução de uma sentença, cuja finalidade é exclusivamente preventiva, no sentido de evitar que o autor de uma infração penal que tenha demonstrado periculosidade volte a delinquir”<sup>154</sup>.

As medidas de segurança são aplicáveis quando o autor, condenado por um delito, for considerado inimputável ou semi-imputável. O Brasil adotou o sistema vicariante, que impõe a aplicação ou de pena, ou de medida de segurança, não sendo possível a aplicação de ambas concomitantemente.

Existem duas formas de aplicação das medidas de segurança, conforme previsto no art. 96 do CP:

Art. 96. As medidas de segurança são:

I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II - sujeição a tratamento ambulatorial.

Para o inimputável, é obrigatória a aplicação de medida de segurança; já para o semi-imputável, o juiz poderá aplicar medida de segurança em substituição à pena, porém os critérios de aplicação são os mesmos. A condição de inimputável ou semi-imputável deverá ser verificada mediante realização de perícia médica.

O art. 26 “caput” dá o conceito de inimputável; e o seu parágrafo único traz o conceito de semi-imputável:

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

<sup>153</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 382.

<sup>154</sup> CAPEZ, op.cit., p. 465.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O tratamento ambulatorial somente poderá ser aplicado como medida de segurança para delitos puníveis com pena de detenção (art. 97), a critério do juiz, que poderá revogá-la a qualquer tempo, determinando a internação, caso verifique que o tratamento ambulatorial não está atingindo seus objetivos (§ 4º).

A regra nas medidas de segurança é a medida de internação em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado. Ressalte-se que a extinção da punibilidade extingue também a aplicação ou exigibilidade da aplicação da medida de segurança (art. 96, parágrafo único).

A medida de segurança terá prazo indeterminado, estando condicionada à cessação da periculosidade do condenado, tendo tempo de duração mínimo, porém, de um a três anos (art. 97, § 1º). Muitos autores criticam esse ponto, afirmando que a medida de segurança pode converter-se em pena perpétua, algo não admitido pela Constituição pátria.

De fato, os indivíduos que apresentam tal forma de patologia muito dificilmente apresentarão melhoria de seu quadro, ou seja, não deixarão de se tornar perigosos. Caso típico são os chamados assassinos em série, que até agora não se mostraram passíveis de tratamento que iniba sua conduta. Assim, considerando a finalidade prioritária do direito penal, de proteger a sociedade contra elementos potencialmente nocivos, tal medida torna-se inevitável.

Anualmente, ou a qualquer tempo, a critério do juiz de execução da pena, deverá ser realizada perícia médica para verificar se persiste a periculosidade do agente (art. 97, § 2º). A desinternação ou liberação serão sempre condicionais, podendo ser reaplicada, se no decurso de um ano da liberação, ele praticar ato que demonstre que a periculosidade subsiste (§ 3º).

No Brasil, da mesma forma que em relação aos estabelecimentos prisionais, o problema com a aplicação das medidas de segurança é a falta de estabelecimentos públicos adequados e as péssimas condições dos existentes, com falta de profissionais capacitados, estrutura, equipamentos, etc.

Na inexistência desses estabelecimentos, até que haja vaga em local apropriado, o paciente deverá ficar em estabelecimento prisional. Não se trata da medida ideal, mas tendo em vista a proteção da sociedade, não resta outra solução.

### 7.5. Internação

A internação se constitui na medida privativa de liberdade destinada aos menores de dezoito anos de idade, que cometem atos infracionais. Está regulada no art. 121 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990. Ela se pauta pelos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Ato infracional é o nome dado aos crimes e contravenções penais praticados por menores. A preferência por essa nomenclatura foi uma opção legislativa no sentido de não estigmatizar o menor e deixar claro o tratamento legal diferenciado a que ele é submetido.

São três as hipóteses em que poderá ser aplicada a internação aos menores de dezoito anos, conforme o art. 122 do ECA:

- Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
- I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
  - II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
  - III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

A internação não comporta tempo determinado, não podendo ser superior a três anos, salvo na hipótese do inciso III do art. 122, cujo tempo máximo é três meses, e devendo sua manutenção ser reavaliada, no máximo a cada seis meses (art. 121, § 2º e 3º). Antes da sentença, a internação será de no máximo 45 dias (art. 108, ).

A internação será realizada em estabelecimentos especiais, que proporcionem ao menor infrator condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança. Além disso, deve propiciar, entre outros, escolarização e profissionalização, atividades culturais, cuidados médico, psicológico, odontológico e farmacêutico. Serão governamentais, administrados pelos municípios, sendo admitido o cadastramento de entidades não governamentais.

Diante da quantidade de crimes violentos praticados por menores infratores, com frequência surgem na sociedade propostas para reduzir a maioria penal para 16 ou 14 anos de idade. Tal medida é sempre combatida por grupos ligados aos direitos humanos, que afirmam que colocar os menores junto com criminosos adultos impedirá o seu processo de ressocialização e formação da personalidade.

Antes de mais nada, é preciso separar a questão da minoridade penal com a separação destes em relação a condenados adultos. Nada impede - na verdade seria até

obrigatório - que numa eventual redução da idade penal, ficasse determinado que menores de idade devam ficar separados de condenados adultos, e de acordo com a idade e com o delito que praticaram.

O ponto fundamental a ser avaliado tem que ser a periculosidade do menor para a sociedade. É ingênuo tratar jovens de 16 ou 17 anos como crianças, uma vez que estes tem o completo discernimento sobre o certo e o errado, e as condições físicas e mentais de praticar delitos graves. O melhor critério seria avaliar individualmente o menor, e sendo constatada sua nocividade para a sociedade e seu completo discernimento a respeito do ato que praticou, deveria ser ele julgado como adulto.

Outro ponto a ser apontado é a incoerência no tratamento dado a dois jovens, que praticam exatamente o mesmo delito, sendo um com 17 anos e 364 dias de idade e o outro com 18 anos e um dia. Há alguma racionalidade para atribuir tratamento tão diferenciado aos dois? Trata-se de uma simplificação absurda e ilógica. Ao completar 18 anos, o jovem, que até o dia anterior não tinha discernimento dos seus atos, passa instantaneamente a ter?

Por fim, deve-se ver a falsa e hipócrita proteção à criança e ao adolescente que esse tratamento traz. O que ocorre na prática é que mais adolescentes estão morrendo, em razão de estarem sendo colocados na linha de frente das atividades criminosas, em razão de sua especial condição. Sem falar da deseducação que na verdade essa diferenciação traz, dando uma sensação de falta de limites aos jovens, que passam a praticar atos criminosos certos que ficarão impunes ou receberão medidas sócio-educativas extremamente brandas.

## 8. As penas proibidas pela Constituição

Art. 5º [...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;



## 8.1. Pena de morte

Abominada por juristas, filósofos, sociólogos e humanistas em geral, a pena de morte continua a ter muito apelo entre a população em geral, sendo lembrada cada vez que ocorre algum crime que choca a opinião pública.

Os seus opositores referem-se a ela como um dos últimos resquícios dos tempos de barbárie, dos suplícios da idade média, da inquisição, do absolutismo, do fundamentalismo religioso e/ou ideológico e dos regimes tirânicos que oprimiam a população através da força.

Sem tentar demonizar ou glorificar esse instituto, tampouco me importando em ser politicamente correto, tentarei referir os principais pontos positivos e negativos apontados, respectivamente, por seus defensores e opositores.

A pena de morte certamente é uma das mais antigas sanções penais aplicadas na história humana, sendo referida e utilizada desde os tempos mais remotos, pelas civilizações mais antigas. No Brasil, a pena de morte foi há muito tempo abolida de nosso ordenamento jurídico, devido em parte à cultura católica que formou nosso povo, contrário a medidas de natureza extrema.

Segundo dados da Anistia Internacional, no ano de 2010, 23 países realizaram execuções de presos condenados à morte, e 67 países condenaram pessoas a essa pena. Pelo menos 2024 pessoas foram executadas, sendo aproximadamente metade na China, embora não haja dados oficiais do governo chinês.

Nas Américas, o único país a realizar execuções em 2010 foi os Estados Unidos da América, com 46. Em 34 de seus 50 estados a pena de morte é admitida. Além dos EUA, nas Américas ainda existe a pena de morte em Bahamas, Barbados, Guatemala, Guyana, Jamaica e Trinidad e Tobago. No mundo, 58 países continuam utilizando a pena de morte<sup>155</sup>.

Evidentemente, a moderação na utilização desse método imoderado varia muito de acordo com as peculiaridades culturais de cada país. Em países islâmicos, adultério e outros delitos menores podem ser o suficiente para a aplicação da pena de morte, em geral por apedrejamento. Na China, crimes políticos ou fraudes contra o sistema financeiro, por exemplo, normalmente levam à imposição dessa pena.

A pena de morte tem caráter eminentemente retributivo. O pensamento mais aceito em relação a essa modalidade de pena é a retribuição a um mal extremo causado pelo autor.

---

<sup>155</sup> Fonte: International Amnesty: Death sentences and executions in 2010. Disponível em <<http://amnesty.org>>.

Por essa visão, a pena para quem tira uma vida não pode ser outra senão ter a sua própria retirada, através da sanção estatal.

Quem defende essa ideia afirma ser injusto que familiares e amigos da pessoa assassinada sejam obrigadas a suportar para o resto de suas vidas a dor da perda do filho, pai, mãe, marido, esposa ou irmão; e que o autor, por sua vez, continue a sua vida, mesmo que na prisão. Embora não haja muita racionalidade nesse argumento, não há como negar a sua força.

O segundo argumento, utilizado tanto por apoiadores quanto por opositores da pena de morte, é em relação ao seu efeito em relação aos índices de criminalidade. Ambos os lados apresentam dados demonstrando que a instituição da pena de morte reduz (ou não) os índices de criminalidade; ou que a sua supressão do ordenamento jurídico possui ou não efeito contrário.

Não é preciso apelar para dados estatísticos que pouco contribuiriam, para concluir que, a curto prazo, a pena de morte por si só não produz o efeito de reduzir (ou aumentar) os índices de criminalidade, salvo o efeito momentâneo da intimidação ou da maior cautela dos criminosos em ser pegos, que, no entanto, duram pouco tempo, após o qual os índices tendem a voltar aos níveis anteriores à implantação da medida.

A implantação da pena de morte poderia ter um efeito de longo prazo, de natureza educativa, que somente poderia ser sentido nas gerações seguintes. Porém, seria impossível dizer se a implantação da pena por si só seria responsável por uma redução nos índices de criminalidade, ou que, caso não ocorresse essa redução, que a sua adoção seria ineficaz.

Em primeiro lugar, porque inúmeras outras variáveis, sem contar as naturais mudanças sociais, econômicas, culturais, etc., poderiam levar ao aumento ou a redução da criminalidade, de tal forma que tais variações para cima ou para baixo jamais poderiam ser atribuídos a um fator isoladamente. Certo é que nenhuma pena será eficaz, sem um aparato estatal que lhe dê efetividade.

Em segundo lugar, porque não há evidência nenhuma de que a pena de morte seja mais intimidadora que uma pena de prisão de longa duração, por exemplo, vez que as duas são, ao meu ver, igualmente intimidadoras.

Além disso, faz parte da natureza humana o criminoso achar que jamais vai ser pego. Se ele pensasse que seria pego, independente de haver pena de morte ou não, jamais teria começado a delinquir. Nesse ponto, está certo Beccaria ao dizer que “não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo”<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> BECCARIA, op. cit., p. 40.

Já que mencionei Beccaria, ele cita que a pena de morte somente é aceitável em duas situações:

nos momentos de confusão em que uma nação fica na alternativa de recuperar ou de perder sua liberdade, nas épocas de confusão, em que as leis são substituídas pela desordem, e quando um cidadão, embora privado de sua liberdade, pode ainda, por suas relações e seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo sua existência produzir uma revolução perigosa no governo estabelecido<sup>157</sup>.

Em relação à primeira situação, podemos dizer que a sua primeira parte é admitida pela Constituição, ao excepcionar a aplicação da pena de morte em tempos de guerra declarada. Já a segunda parte, que seria equivaleria à decretação de estado de sítio no Brasil, a atual Constituição não admite a sua aplicação. Como são situações que fogem ao tema do trabalho, acho o suficiente a referência a elas.

A segunda hipótese, por sua vez, é bem atual, embora a natureza seja diferente. Há poucos anos tivemos uma série de ataques a delegacias e outros órgãos públicos, no estado de São Paulo, comandadas por um chefe do tráfico de entorpecentes, que está cumprindo pena, tendo as ordens partido dele, de dentro do estabelecimento prisional de segurança máxima no qual ele está recolhido.

Um dos deveres fundamentais do Estado, instrumentalizado através do direito penal e da políticas de segurança pública, é proteger os seus cidadãos, ou qualquer pessoa que esteja em seu território, contra quaisquer males que lhes venham a ser causados e que atentem contra seus bens jurídicos mais valiosos, em especial a vida.

Dentro desse poder-dever, é obrigação do Estado neutralizar a periculosidade de indivíduos que, através de seus atos, coloquem em risco a vida de outras pessoas. Diante da relevância do bem jurídico ameaçado, e diante da impossibilidade da neutralização da periculosidade do agente através da privação de sua liberdade, é, na minha opinião, lícito ao Estado eliminar a ameaça através da aplicação da pena de morte, sacrificando uma vida para salvar a de muitos. Evidentemente esse situação a que me referi seria extrema, e haveria necessidade de estarem presentes todas as condições acima referidas.

A principal crítica à pena de morte é a sua desumanidade. Sem dúvida retirar a vida humana é uma atitude hedionda. Jamais deveria ser admitido tal ato, tanto por parte do Estado quanto por parte do criminoso, que normalmente pode ter de encarar essa pena justamente por ter tomado outra vida. No entanto, vivemos num mundo real, onde pessoas tiram injustamente a vida de outras, e não em um mundo de sonhos, onde todos vivem felizes, ninguém mata

---

<sup>157</sup> Ibidem, p. 32.

ninguém. Como diz Bentham, um mal somente pode ser admitido para eliminar um mal maior.

A segunda crítica é em relação à legitimidade do Estado para aplicar a pena de morte. Se considerarmos um estado democrático de direito, onde a legislação é fruto da vontade da maioria, expressada através de seus representantes democraticamente escolhidos e se esses representantes optarem por adotar tal pena, não se pode criticar sua legitimidade. Obviamente, essa premissa não é válida para estados totalitários, cuja pena, se houver, não partiu de uma deliberação democrática. De outra parte, uma assembleia de “representantes do povo”, transitória, vedar que as futuras assembleias deliberem sobre esse assunto, ou qualquer outro que seja, também é antidemocrático.

Outra crítica à pena de morte é a sua irreversibilidade. Essa crítica é irrefutável, pois uma vez aplicada a pena de morte, caso se descubra que o executado era inocente, não há mais como reparar o mal causado. Não chego ao extremo de dizer que “é melhor mil culpados livres que um inocente preso” (ou executado), pois isso é romântico, mas não racional, já que esses mil culpados, se tivessem histórico de crimes contra a vida, certamente seriam responsáveis por tirar muitas vidas mais.

Certo é que, para se instituir em um sistema penal tal medida extrema, é necessário que tanto a polícia, responsável pela investigação, quanto o aparato judicial, responsável pela instrução e julgamento, sejam extremamente eficientes na busca da verdade real, senão instituir a pena de morte será somente institucionalizar a injustiça e a desigualdade.

Da mesma forma, jamais poderia ser admitida a aplicação de pena de morte baseada apenas na comoção gerada pelo crime e na opinião pública, pois esses são juízos de emoção e não de razão. Somente se justificaria tal medida através da avaliação dos critérios da utilidade, da necessidade e da imprescindibilidade.

## 8.2. Penas de caráter perpétuo

A nossa Constituição também não admite as penas de caráter perpétuo, popularmente chamadas de prisão perpétua. Se a pena de morte, embora tenha bastante apelo popular, é totalmente rechaçada pela elite esclarecida, a prisão perpétua já rende alguns debates.

A Constituição limita a 30 anos o tempo máximo que um indivíduo pode cumprir de pena, ininterruptamente, não importando o tempo a que ele foi condenado. Há diversos casos

de criminosos condenados a centenas de anos de prisão. Todos eles, não importa o quão perigosos sejam, serão libertados quando completarem 30 anos encarcerados.

Os críticos desse regime, da mesma forma que para a pena de morte, afirmam que o grande objetivo da aplicação da pena é a ressocialização do condenado. Mais adiante tentarei justificar porque atribuir essa função à pena é risível, mas por enquanto, vamos dizer apenas que jamais se conseguiu tal feito, muito antes pelo contrário. Assim, essa alegação se torna completamente vazia.

Outra crítica se refere à suposta desumanidade de tal medida que, novamente, não abre perspectiva para o preso de voltar a ser livre. Isso depende dos pressupostos que embasassem uma hipotética condenação à prisão perpétua. Certamente ela não poderia ser aplicada indiscriminadamente. Ela deveria ser aplicada somente no caso de uma “periculosidade incessante”.

A prisão perpétua, nos moldes que entendo cabível, seria aplicada àqueles criminosos cuja periculosidade já tenha se tentado eliminar com a imposição de pena privativa de liberdade com tempo determinado, em razão do cometimento de crime consumado contra a vida, e que tenha voltado a perpetrar crime de igual natureza. Simplificando, para o assassino reincidente.

Como já explicitiei anteriormente, o direito penal, através da aplicação da pena tem, no meu ponto de vista, a função principal de proteger a sociedade como um todo e a seus integrantes individualmente contra lesões a seus bens jurídicos mais relevantes. Dentre esses, os mais importantes indubitavelmente são a vida e a integridade física.

Assim, não sendo possível eliminar a periculosidade representada por um indivíduo a esses bens jurídicos, manifestada pela reiterada prática de tais delitos, não só é desejável, como é exigível que o Estado o mantenha privado de sua liberdade, como forma de proteger a sociedade como um todo.

### 8.3. Penas de trabalhos forçados

A pena de trabalhos forçados tem sua origem na antiguidade, sendo conhecido que os condenados a essa espécie de pena eram praticamente reduzidos à condição de escravos. Ficou popularizada também em diversos filmes a figura de homens acorrentados trabalhando nas antigas naus e galeras, operando os remos, sob a vigilância de carrascos, que açoitavam quem fizesse “corpo mole”.

Em tempos mais recentes, ainda podiam ser vistos exemplos dessa pena nos EUA, onde, em alguns estados, os trabalhos forçados faziam parte das penas impostas aos apenados. Eles eram obrigados a construir ferrovias ou estradas, ficando acorrentados pelas mãos e pés, uns aos outros, e sob a vigilância de guardas armados, para evitar fugas. Essas cenas eram mais chocantes ainda em razão da quase totalidade desses presos possuírem ascendência negra.

Tal espécie de penas está praticamente abolida de todas as nações. Certamente não é mais admissível no direito a redução do preso à condição de um quase escravo, trabalhando em condições subumanas, ainda que executada pelo próprio Estado. No entanto, entendo ser fundamental a obrigação da realização de atividade laboral pelo apenado, como forma de ocupar o seu tempo ocioso e, de certa forma, compensar o custo que ele representa ao erário público.

Em relação a qual trabalho poderia ser aplicado e não ser considerado trabalho forçado, entendo que todo o trabalho realizado por “trabalhadores livres”, ainda que exigente fisicamente, observada a qualificação física e técnica requerida, seria trabalho lícito a ser executado pelo preso, observada a existência de condições de segurança de forma a impedir a sua fuga.

#### 8.4. Banimento

O banimento é outra figura que remonta tempos remotos, sendo reconhecida desde o início da civilização. Ao que se sabe, já nas primeiras tribos humanas, uma das principais formas de punição era o banimento da tribo. Na época, representava uma pena quase tão severa quanto à morte, pois, sem o abrigo de sua tribo, o banido ficava sujeito às forças da natureza, aos predadores e aos inimigos, tendo que se virar sozinho para sobreviver.

Tal instituto, na prática, é inaplicável unilateralmente por um país, sendo necessário que algum outro país aceite receber o banido. Essa situação fatalmente geraria um incidente diplomático, uma vez que dificilmente algum país aceitaria receber criminosos comuns oriundos de outro.

No Brasil, esse instituto existia até 1891, quando foi abolido, tendo sido retomado, no entanto, pelo Ato Institucional n.º 14, de 1969, sendo novamente suprimido do ordenamento nacional em 1978<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> TASSE, Adel El. op. cit., p. 93.

Não se deve confundir o banimento com os institutos da extradição, da deportação e do asilo político. Extradição consiste na entrega a um país estrangeiro de um indivíduo que foi condenado naquele país por um crime. O Brasil não admite a extradição de um nacional (art. 5º, LI da CRFB), salvo o naturalizado, em razão de crime cometido antes da naturalização, pois configuraria situação equivalente a um banimento.

Deportação consiste na expulsão de um estrangeiro que está no país em situação irregular. Já asilo político consiste na aceitação, por um país estrangeiro, de um nacional que foi condenado, em seu país de origem, em razão de crime político.

### 8.5. Penas cruéis

São consideradas penas cruéis todas as que impõe castigos físicos ou morais ao condenado, que não sejam inerentes às penas legalmente admitidas.

Correntes como a que defende o abolicionismo penal acreditam que toda a pena privativa de liberdade é cruel e, por isso, deveria ser banida. Toda pena é, em certa medida, aflitiva, essa é a sua natureza, ou não seria pena. Conforme Bentham: “*all punishment is in itself necessarily odious; if it were not dreaded, it would not effect its purpose*”<sup>159</sup>.

O critério para se definir como cruel a pena é a imoderabilidade e a desnecessidade dos seus meios de execução. Como regra geral, pode-se dizer que toda a pena que cause grave dano à integridade física ou moral do condenado é cruel.

---

<sup>159</sup> “toda a pena é em si mesma necessariamente odiosa, se ela não fosse temida, não atingiria seu objetivo” (tradução do autor). BENTHAM, op. cit., p. 73.

### III – A FINALIDADE DA PENA

#### 9. Teorias sobre a finalidade da pena

##### 9.1. A teoria retributiva ou absoluta

O princípio da teoria retributiva está no conceito de que a pena tem a função exclusiva de castigar o delinquente. Pune-se simplesmente porque se praticou o mal, a prática do delito por si só justifica a aplicação da sanção. O seu arquétipo é a lei de talião. O mal deve ser reparado com o mal contra quem o praticou, na mesma intensidade e em direção oposta.

A teoria retributiva é também chamada de teoria absoluta, pois vê o direito penal como um fim em si mesmo<sup>160</sup>. O direito penal, nesse modelo, existe com o único propósito de servir como o instrumento estatal responsável pela retribuição ao delinquente, em razão do mal cometido por ele contra seu concidadão ou contra o Estado.

Não existe na teoria retributiva a ideia de uma função para a pena que não seja a retribuição em si. O rompimento do sistema de valores vigente na sociedade por si só já é motivo que enseja a punição. Trata-se da resposta indignada da sociedade ao infrator. A teoria retributiva aponta para o passado, não vislumbra o futuro.

Kant e Hegel transportaram para a modernidade a teoria retributiva, cada qual vendo nela diferentes justificações. Enquanto para Kant, a fundamentação é de ordem ética, para Hegel, é de ordem jurídica<sup>161</sup>. As ideias de ambos já foram explicadas no capítulo que abordava a escola clássica do direito penal.

O que justifica a punição, neste contexto, é que um indivíduo que faz parte de um grupo social tem o dever de conhecer e obedecer suas regras, seja em decorrência de um imperativo moral (Kant), seja pela exigência da lei (Hegel).

A pena como retribuição, se considerarmos somente as penas estatais, atualmente está principalmente restrita a países atrelados a preceitos religiosos extremamente conservadores e radicais. Em vários países islâmicos, continua a ser corrente a aplicação de

---

<sup>160</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 6ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 102.

<sup>161</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. - 16ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.



penas baseadas no Alcorão, tendo a finalidade de punir o cometimento do delito que representa uma afronta a sua divindade.

Talvez um dos poucos países democráticos que ainda aplicam suas penas com esse caráter eminentemente retributivo é os EUA. Lá, as execuções a condenados à pena de morte, na maioria dos estados, podem ser acompanhadas por familiares da vítima. Dessa forma, ritualmente, trata-se do ente estatal tomando para si o “punhal” da mão do particular e aplicando o golpe fatal.

Outro exemplo daquele país nesse sentido, é oportunidade dada a parentes das vítimas, em muitos tribunais, após proferida a sentença condenatória, de expressarem seus sentimentos em relação ao condenado. Tal manifestação possivelmente se deve à origem histórica do país, cuja colonização foi realizada inicialmente por puritanos, protestantes ingleses de matiz extremamente conservadora, e cujas concepções formaram a sociedade americana.

Na sociedade em geral, por outro lado, a pena é amplamente vista como o substitutivo da vingança privada. A ausência de prisão imediata após o cometimento de um crime, sendo notório o autor, é considerado uma demonstração de impunidade do Estado. A sensação geral de impunidade, neste caso, pode levar a situações em que a própria população toma para si a figura de juiz e executor da pena. Tal situação é vista quando criminosos são linchados por uma turba de cidadãos enfurecidos, logo após o cometimento do crime, ou tão logo torne-se notória sua autoria.

Em um estado democrático de direito, a mera retribuição, na forma de vingança pública, não pode ser o objetivo da aplicação da pena e do direito penal como um todo, porém, negar esse viés retributivo pode gerar uma situação de instabilidade institucional, o que não significa que a justiça deva ceder a todo clamor popular no sentido de punir previamente alguém a quem se imputa um crime que cause grande comoção, mas deve agir com ponderação dado o caso concreto.

No entanto, o princípio retributivista da pena continua presente nas legislações penais de quase todos os países também de outro modo. A proporcionalidade entre o delito e a pena, inerente à retribuição, é a base adotada na grande maioria das legislações para determinar o grau de severidade da pena. Se a função de prevenção, geral ou especial, determina o tipo de pena a ser aplicado, a função retributiva fornece a sua medida<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> Esse conceito, evidentemente, não é meu. Eu li em algum lugar, mas não lembro onde.

## 9.2. As teorias relativas ou de prevenção

As teorias relativas tem em comum a visão de uma função utilitarista da pena. A pena deve ter uma finalidade que traga benefício à sociedade e/ou ao próprio condenado, superando a ideia da simples retribuição. A punição somente deve ser aplicada se e na medida que for necessária.

As teorias de prevenção são uma concepção originada da conjunção das ideias iluministas, de viés humanista, com os princípios utilitaristas, vinculados ao liberalismo. Assim, derivado do primeiro grupo, surgiu a teoria da prevenção especial, e do segundo, a teoria da prevenção geral.

### 9.2.1. A teoria da prevenção geral negativa

A aplicação da pena, segundo essa teoria, deixa de ter simplesmente a função de punir o mal com o mal. Na prevenção geral, a pena passa a ter duas funções específicas: intimidar e neutralizar. O seu foco está voltado para a sociedade, não para o condenado.

A primeira função consistem em inibir a prática criminosa na sociedade, através da intimidação gerada pela pena. Segundo Packer:

*“The classic theory of prevention is what is usually described as deterrence: the inhibiting effect that punishment, either actual or threatened, will have on the actions of those who are otherwise disposed to commit crimes”<sup>163</sup>.*

Desse modo, a aplicação da pena é uma mensagem aos cidadãos, alertando-os que o cometimento de delitos certamente trará a punição. A intenção é a intimidação do cidadão, para que este não pratique crimes.

Para Bitencourt, essa função se baseia em um segundo pressuposto: a ponderação da racionalidade do homem<sup>164</sup>. Para ele, segundo essa ideia, as pessoas precisam ser sensatas para, ao tomar ciência de que o cometimento de certo ato leva à aplicação de uma sanção penal, não praticá-lo.

Embora seja impossível quantificar o impacto que tal efeito intimidador possui nos índices de criminalidade, parece lógico que esse efeito exista, porém condicionado à

---

<sup>163</sup> “A clássica teoria da prevenção é o que é normalmente descrito como dissuasão: o efeito inibidor que a punição, atual ou prevista, terá nas ações daqueles que, de outro modo, estariam dispostos a cometer crimes” (tradução do autor). PACKER, Herbert L. – **The limits of the criminal sanction**. Stanford: Stanford University Press. 1999, p. 39

<sup>164</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 108.

efetividade do Estado em aplicar a pena. O impacto da adoção de uma nova medida punitiva, visando inibir certa conduta criminosa, tende a ter um impacto imediato, porém efêmero, voltando, em curto prazo, aos índices anteriores.

O efeito mais importante, no caso, é o educativo, porém esse somente será sentido a longo prazo. Essa internalização cultural da reprovação estatal a certo tipo de crime somente será totalmente assimilada pelas novas gerações, que serão educadas tendo essa ideia em perspectiva.

No entanto, nunca é demais repetir, para que esse efeito exista, é importante que o Estado incuta na mente das pessoas que a sanção realmente será aplicada, com todo seu rigor. Se houver um abrandamento na fiscalização, ou no rigor da aplicação da medida, esse efeito não existirá.

O outro efeito apontado pela prevenção geral é a neutralização do perigo representado pelo indivíduo que se dedica à prática de delitos. Esse efeito é fundamental e necessário. A primeira medida a ser adotada pelo Estado, diante da possibilidade de que alguém esteja cometendo crimes, é deter essa prática e evitar novas ações delituosas.

Através da avaliação do histórico do condenado e das circunstâncias envolvendo suas práticas criminosas, pode-se, na maioria dos casos, avaliar-se a maior ou menor probabilidade dele voltar a praticar delitos. Se o risco que essa prática se repita for elevado, o condenado deverá ser segregado, por todo o tempo que esse risco subsistir.

Embora não se trate de efeitos da pena, para se atingir tal objetivo pode ser necessária a adoção de medidas cautelares, como a prisão preventiva, que, desde que usadas de forma moderada, diante de uma situação de ameaça de dano real aos bens jurídicos mais importantes dos cidadãos.

### 9.2.2. A teoria da prevenção especial

A prevenção especial, diferentemente da prevenção geral, tem o seu foco na pessoa do condenado, não na sociedade. A prevenção especial atribuiu à pena a função de ressocializar e reeducar o condenado, podendo também valer-se da intimidação e da neutralização. Os partidários dessa corrente preferem adotar não a nomenclatura de pena, mas sim de medida de segurança<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 111.

Franz Von Liszt pode ser considerado o pai da moderna teoria da prevenção especial, tendo afirmado ele que:

As medidas de segurança são todos aqueles meios pelos quais se trata de obter a adaptação do indivíduo à sociedade (medidas educadoras ou corretivas), ou a eliminação dos não adaptáveis à sociedade (medidas de proteção ou de segurança, em sentido estrito)<sup>166</sup>.

A sua fundamentação está na teoria de que as pessoas cometem crimes porque foram privadas dos processo de socialização e de educação que fazem com que elas ajam de acordo com certos princípios morais e respeitem as leis. O delinquente seria, nessa ótica, um anormal, um doente, que necessitaria ser tratado, para ser “curado” e poder voltar ao convívio social.

Essa teoria teve grande influência dos autores da escola positivista, em especial Lombroso, Ferri e Garófalo, os quais acreditavam que, através da ciência, os criminosos poderiam ser corrigidos.

Infelizmente, a prevenção especial acabou virando a “salvação” do instituto da pena privativa de liberdade, sendo seu produto - a ressocialização - elevado ao patamar de fim maior das políticas criminal e prisional, inclusive aqui no Brasil. Evidentemente, tal objetivo mostrou-se inalcançável, motivando incontáveis decretações de fracasso ou falência da pena de prisão. Mas adiante tratarei melhor desse assunto, no tópico reservado à ressocialização.

Seguindo, caso o objetivo maior da pena, na visão preventiva especial, não fosse atingida, o comportamento perigoso do delinquente deveria ser refreado, através da intimidação, ou neutralizado, através do encarceramento ou mesmo da eliminação. A neutralização aqui tem a mesma natureza daquela defendida pela prevenção geral, porém a intimidação, neste caso, ao invés da sociedade, tem como objetivo o próprio condenado, visando conter nele o ímpeto de delinquir.

### 9.2.3. A teoria da prevenção geral positiva

A teoria da prevenção geral positiva surgiu como uma tentativa de aperfeiçoar as teorias existentes, todas as quais mostravam carências em seu conteúdo. Ela apresenta duas

---

<sup>166</sup> “*Las medidas de seguridad son todos aquellos medios por los cuales se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales), o la eliminación de los inadaptables a la sociedad (medidas de protección o de seguridad, en sentido estricto)*”. VON LISZT, Franz, op. cit., p. 197/198.

divisões: a prevenção geral positiva fundamentadora e a prevenção geral positiva limitadora<sup>167</sup>.

A prevenção geral positiva fundamentadora é baseada principalmente nas ideias de Hans Welzel e Günter Jakobs. Para Welzel, “o direito penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica”<sup>168</sup>. A função do direito penal é, então, reafirmar a vigência desses valores, reforçando-os na consciência dos cidadãos.

Indubitavelmente está inserida, entre as funções primordiais da pena e do direito penal em si, a reafirmação de valores ético-sociais na sociedade. A eficácia dessa reafirmação, porém somente ocorrerá a partir do momento em que o Estado cumpra seu papel de punir todo aquele que infringe as leis praticando delitos, de forma célere e equânime. Esse efeito, como ademais qualquer efeito educativo que se pretenda atribuir à pena, somente será obtida a longo prazo.

Jakobs, por outro lado, tem uma concepção um pouco diferente. A pena deve ser necessária para a manutenção da ordem social, ou será um mal inútil. Seu conceito de prevenção geral positiva está resumido na seguinte definição:

prevenção geral porque pretende-se produzir um efeito em todos os cidadãos; positiva, porque esse efeito não se pretende que consista em medo diante da pena, e sim em uma tranquilização no sentido de que a norma está vigente, de que a vigência da norma, que se viu afetada pelo fato, voltou a ser fortalecida pela pena<sup>169</sup>.

Para Jakobs, a vigência da norma é legitimada através da aplicação da pena. Essa legitimação traz não o medo da pena, mas sim a tranquilidade de que a norma existe para garantir a segurança de todos, orientando a conduta do cidadão no sentido de respeitar essas normas. Mais uma vez, a natureza da aplicação da pena é educativa, e somente poderá ser atingida em longo prazo.

A culpabilidade, para Jakobs, é o fator determinante para a consecução do fim social da pena. Se a pena não está limitada pela culpabilidade, trata as pessoas como coisas, se está excessivamente limitada por ela, tira sua funcionalidade<sup>170</sup>. Obter um equilíbrio entre esses dois extremos deve ser o objetivo na aplicação da pena.

---

<sup>167</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 114.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>169</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 12.

A principal crítica ao modelo proposto por Jakobs, expressado por Bitencourt, “é impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos<sup>171</sup>”. A crítica, aqui, ao meu ver, é infundada, pois quaisquer padrões éticos que sejam estabelecidos, em um estado democrático de direito, foram deliberados e aprovados na forma de lei, por representantes que, ao menos em tese, representam a vontade da maioria.

Toda sociedade é constituída tendo por base um conjunto de padrões éticos mínimos, expressos através das normas jurídicas, em especial nas normas penais. Respeitar esses padrões, para garantir a tranquilidade de todos, é dever de todos os cidadãos.

eticamente, não é aceitável para mim a concepção de Ferrajoli, de que o direito penal deve garantir a todos a liberdade de infringir a lei, aceitando-se pagar o preço<sup>172</sup>. O cometimento de um homicídio, por exemplo, está abaixo do mínimo ético exigível de um cidadão, em uma sociedade democrática. A liberdade absoluta, nestes termos, leva à anarquia e nos joga na lei da selva, onde prevalece o mais forte, em detrimento do mais fraco.

A teoria de prevenção geral positiva limitadora procurou ligar à ideia da prevenção geral positiva os princípios ressocializadores da prevenção especial.

### 9.3. A teoria mista ou unificadora da pena

A teoria mista ou unificadora é uma tentativa de agrupar as teorias absolutas e relativas em uma única, de forma a atribuir à pena uma função que melhor atenda seus fins. Sob esse enfoque, a retribuição, a prevenção geral (negativa) e a prevenção especial são todas distintos aspectos de um mesmo fenômeno que é a pena<sup>173</sup>.

Segundo Bitencourt, a princípio as teorias unificadoras buscaram unicamente justapor os fins retributivos e preventivos, geral e especial, em uma única teoria. Em um segundo momento, ela passou a considerar o aspecto retributivo apenas com um papel limitador às exigências de prevenção.

Bitencourt expõe a crítica de Claus Roxin à teoria unificadora, de que “a simples adição não só destrói a lógica imanente à concepção, como também aumenta o âmbito de aplicação da pena, que se converte assim em meio de reação apto a qualquer emprego”<sup>174</sup>.

<sup>171</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 117.

<sup>172</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 273.

<sup>173</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 112.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 113, apud ROXIN, Claus. **Sentido e limites da pena estatal**. In: Problemas fundamentais de Direito Penal. Coimbra: Ed. Veja Universidade, 1986, p. 26.

Tal afirmação é muito teórica e pouco prática. Parece claro para mim que a pena tem funções primariamente preventivas (de caráter geral) e secundariamente retributivas, embora não deva ser seu fundamento principal. A retributividade da pena se dá exatamente na medida da resposta estatal ao delito. Fosse unicamente através da prevenção, poderia gerar a discrepância de atribuir penas semelhantes a um crime grave e outro de menor lesividade.

#### 9.4. Ressocialização

A ressocialização, conforme já visto, surgiu a partir da concepção de pena com finalidade de prevenção especial, fundada no positivismo científico, na qual o objetivo da imposição da pena é a recuperação do condenado e sua reintegração à sociedade.

Esta concepção acabou por se transformar em febre entre os doutrinadores penais. A prisão, que sempre foi vista como a imposição de um mal ao preso, como forma de castigá-lo, passaria agora a ter outra conotação; tornar-se-ia um bem, destinado a recuperá-lo e a torná-lo uma pessoa melhor, apta a retornar ao convívio social.

Tal crença acabou de tal forma sendo assimilada entre os juristas que, aos poucos, foi tomando feições de verdade. A pena passava a ser o remédio para a recuperação do apenado, um doente social, que necessitava somente de tratamento, para sua humanidade aflorar.

Acontece, porém, que tal euforia mascarou uma verdade que essa massa de operadores do direito não queria ver. Prisão e ressocialização são incompatíveis. Não se pode pretender ressocializar uma pessoa tirando-a do convívio social. Não importa se nas piores prisões brasileiras, em celas superlotadas, ou nos quase confortáveis estabelecimentos penais da Suécia.

Dentro dessa antinomia até singela, surgiu outra, de cunho mais antropológico. Até o presente momento, em toda ciência humana, não se descobriu uma maneira de se alterar o caráter já formado de um ser humano adulto.

Ele até pode ser dissuadido através da intimidação, da coerção, mas alterar seu caráter, sua personalidade, não há registro na literatura médica ou psicológica, salvo em uma hipótese, a realização de uma lobotomia. Não é preciso dizer que esse procedimento é contrário a quaisquer conceitos de humanidade, mesmo para mim, que não vejo a imposição de prisão perpétua ou de pena de morte necessariamente como violações à dignidade humana.

Assim, restou aos partidários da ressocialização, em sua desesperada tentativa de manter a fé nesse instituto, afirmar que a pena privativa de liberdade deve ser abolida, que a

ressocialização pode ser sim conseguida, mas somente por outros meios, que não a privação da liberdade.

Essa proposta é muito “humana” na teoria, mas seria uma insensatez propor penas alternativas para assassinos, latrocidias, estupradores, chefes do tráfico, líderes de facções criminosas, etc. Espero não estar por aqui caso alguém implante essa medida.

Assim, a ressocialização ficou esvaziada de sentido, não podendo mais ser justificada como finalidade da pena. Basicamente, a ressocialização é uma fantasia utópica que jamais se conseguirá atingir.

Outra ideia corrente é que a criminalidade não se resolve com política criminal, no sentido de repressão, mas sim com políticas sociais. Isso é totalmente verdadeiro. As políticas sociais, educacionais, de emprego e de saúde, e outras relacionadas, tem muito mais condições de fazer reduzir os índices de criminalidade que qualquer política criminal.

No entanto, todas essas políticas, se implantadas efetivamente, somente terão efeito a longo prazo, em uma geração ou mais. Essas políticas atuarão na criminalidade futura, evitando ou reduzindo a probabilidade do surgimento do delinquente, mas não terão praticamente nenhum impacto na presente. Além disso, não se pode fazer política social por intermédio do direito penal, as ferramentas são incompatíveis, e o resultado tenderia a ser nulo.

Após o cometimento do delito, não há mais que se falar em políticas sociais ou educacionais, a única ferramenta de atuação possível é o direito penal, com suas ferramentas de prevenção e repressão ao crime. O direito penal é um direito de urgência, muitas vezes não pode esperar o rito de um processo ordinário para atuar.

## 9.5. Reincidência

A reincidência pode ser considerada o reverso da ressocialização. Uma vez que o condenado cumpre integralmente sua pena, ou é beneficiado com a liberdade provisória, ou pode voltar às ruas beneficiado com a progressão de regime, ele volta a praticar delitos, seja da mesma ou de outra espécie, demonstrando que a pena “não cumpriu seu objetivo”, seja de ressocializá-lo, seja de intimidá-lo.

O problema, não só no Brasil como em todo mundo, é que a grande maioria dos condenados que são soltos voltam a delinquir. Não existem dados oficiais no Brasil, porém informações extraoficiais colhidas na internet dão conta de índices em torno de 65%. Nos



EUA, a pesquisa oficial mais recente data do ano de 1994, tendo apontado que, num prazo de três anos após a soltura, 67,5% dos presos liberados voltaram a ser presos e 46,9% foram novamente condenados<sup>175</sup>.

Alguns afirmam que a reincidência é resultado da estigmatização do condenado, que sempre será discriminado em razão disso. Certamente esse fator tem influência. No entanto, essa estigmatização é inevitável. Mesmo que o Estado subtraia todos os registros referentes à existência de condenação, na maioria dos casos, a comunidade não esquece que o indivíduo praticou um delito.

Para evitar isso, já foi proposto que o governo crie cotas para ex-detentos trabalharem em empresas ou outras medidas do tipo, visando o próprio Estado facilitar a ele a reinserção no mercado de trabalho e evitar seu retorno ao crime. É uma alternativa, porém o Estado já não tem condições de garantir emprego para todas as pessoas, nem as que não cometeram nenhum delito.

Além disso, se o governo tomasse essa medida, surgiria a seguinte questão: uma pessoa, desempregada e que nunca cometeu delito nenhum, enfrenta a mesma dificuldade de conseguir emprego que o ex-detento. Assim, o indivíduo que cedeu à tentação e passou a praticar delitos seria ajudado pelo Estado, enquanto aquele que, às vezes enfrentando a mesma ou maior dificuldade, não cedeu à tentação, não recebe qualquer auxílio governamental. Seria uma inversão de valores, para não falar em injustiça.

É fácil entender porque grande parte da elite jurídica do país continua a defender as teses da ressocialização ou da abolição das penas privativas de liberdade, em prol da adoção de penas alternativas, mas essas soluções, conforme já exposto, são inviáveis. Assim, parece não haver solução possível para esse grave problema. Infelizmente, até o momento, não há.

#### 9.6. A finalidade da pena

Para expressar minha visão da finalidade da pena, não lançarei mão de termos como prevenção geral, prevenção especial, retribuição. Essas são concepções são meramente teóricas e, de certa forma, limitam a análise da função da pena desnecessariamente. Tais teorias podem ser importantes, com o perdão da redundância, na teoria, mas na prática só atrapalham.

---

<sup>175</sup> Fonte: *Bureau of Justice Statistics*. Disponível em <<http://bjs.ojp.usdoj.gov>>.

Importante dizer que pena, para análise dos efeitos da pena, tomarei por base a pena privativa de liberdade, a sanção penal por excelência. Às demais penas, substitutivas de liberdade, restritivas de direitos, pecuniárias, etc, farei considerações na parte final deste tópico.

A pena, na minha visão, tem duas finalidades básicas:

Primeira: proteger a sociedade, isto é, todos nós, de qualquer lesão ou ameaça de lesão injusta a nossos bens jurídicos mais importantes, infligidas por nossos próprios pares; e quando menciono os bens jurídicos mais importantes, refiro-me especificamente à vida e à integridade física. Outros bens jurídicos também deve ser protegidos, na medida de sua importância, porém a proteção da vida e da integridade física das pessoas é a função fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Os condenados, suspeitos e/ou acusados de crimes também são integrantes da sociedade e, portanto, mercedores da sua proteção jurídica. No entanto, ao se tornarem uma ameaça aos outros, é dever do Estado neutralizar sua periculosidade, mesmo que preventivamente, de forma que resulte na minimização dos danos causados. A neutralização do comportamento perigoso configura-se numa subfunção da pena.

Essa neutralização deve respeitar, dentro do possível, a sua dignidade humana. O termo dignidade humana, no entanto, não deve ser ampliado a um ponto que impeça a ação do Estado em conter a manifesta periculosidade. O Professor Luis Fernando Barzotto formulou uma expressão que sintetiza bem o atual momento da Justiça brasileira: “a dignidade da pessoa humana virou o 'abracadabra' do direito”<sup>176</sup>. Ou seja, qualquer coisa, por mais absurda que seja, pode ser alegada com base na “dignidade da pessoa humana”. E, conforme os interesses (e nomes) envolvidos, a tese pode ser acolhida pelo Judiciário.

Essa dignidade atribui ao condenado, irrestritamente os direitos: à vida; à incolumidade física; à ter sua prisão imediatamente comunicada ao juiz; à assistência de advogado; ao respeito à sua condição diferenciada em relação a natureza do delito, idade e sexo; ao acesso à Justiça; à ampla defesa e ao devido processo legal. Todos os outros direitos individuais, inclusive a presunção de inocência, poderiam ser relativizados, visando a consecução do objetivo primordial da pena.

O principal foco da minha exposição é o direito à vida, mas também vale para outro tipo de criminoso, de grande periculosidade, se não à integridade física, ao Estado e à

---

<sup>176</sup> BARZOTTO, Luis Fernando, **aulas da disciplina de Filosofia do Direito**. Faculdade de Direito da UFRGS. 2º semestre de 2010.

sociedade: o criminoso do colarinho branco. Os políticos e servidores públicos que desviam milhões dos cofres públicos, ou recebem propinas milionárias para direcionarem licitações, que lesam os cofres públicos. E os empresários, que estão do outro lado, como corruptores ativos. Esses também são socialmente perigosos e não poderiam e não deveriam ser excluídos das medidas que proponho. Infelizmente, na nossa sociedade, isso é mera utopia.

Os interesses da coletividade devem, como regra, prevalecer sobre os interesses individuais. Numa sociedade onde os direitos individuais são prevalentes, somente os mais fortes conseguem se beneficiar desses direitos, pois tem dinheiro e poder para conseguir os melhores advogados, comprar decisões judiciais, aproveitar-se de todas as brechas jurídicas e mazelas do aparato policial e judicial, para ficar impunes. Isso lembra algum país que conhecemos?

A segunda finalidade da pena é de natureza educativa. Através da pena, deve-se procurar fortalecer na sociedade o senso de cidadania, o respeito a valores éticos mínimos, em especial o respeito ao próximo. Esse objetivo é importante, dada à crise ética que o Brasil vive. Essa crise, infelizmente, é o grande obstáculo à implantação desse objetivo.

Deve-se ter em mente que esse objetivo somente será alcançado em termos de longo prazo. Uma nova medida nunca terá eficácia educativa imediata, seus efeitos somente serão sentidos nas próximas gerações. Para os adultos, que já formaram sua personalidade e seu caráter, com seus vícios e virtudes, tal medida educativa não terá eficácia; alguma mudança de comportamento nessas pessoas somente poderá ser conseguida através da intimidação.

Alguém que tenha conseguido chegar até este ponto na leitura pode perguntar: e o condenado, não tem nenhum benefício com a pena? Cabe a ele simplesmente a função de ameaça contra a qual a pena deve atuar?

A resposta é sim e não. Não vejo como a pena, que é intrinsecamente um mal, possa ser convertida em um bem ao apenado. Ninguém aufere nenhum benefício sendo privado de sua liberdade. Mas não há outra maneira. Em muitos casos, o que está em jogo são vidas humanas, muitas mais além das vidas dos condenados.

No entanto, é fundamental que o Estado propicie as condições mínimas de dignidade ao cumprimento da pena. Assim, entendo que a pena, em relação ao condenado, deverá ter as seguintes características:

1. Ser justa, considerando a sua periculosidade, baseada no tipo de delito praticado, na sua primariedade ou não, e na sua condição física ou psicológica diferenciada, se for o caso;

2. Ser cumprida em estabelecimento salubre, dotado de condições adequadas à existência humana, preferencialmente em celas individuais, ou onde haja espaço físico adequado;
3. Proporcionar atividade laboral, educativa, física, cultural e recreativa, na medida em que forem compatíveis com o regime de cumprimento da pena e com a segurança do estabelecimento, de forma a manter a sua sanidade física e mental;
4. Ser baseada na disciplina, implantando-se um sistema de recompensas e punições;
5. Evitar que os presos se reunam em facções, que possibilitem a eles estabelecer relações de poder e se associar para cometer delitos ou infrações disciplinares.

Em relação às penas alternativas, elas são uma medida eficaz e recomendável para aqueles crimes de menor potencial ofensivo, sem a ocorrência de violência ou grave ameaça. Para uma maior eficiência da Justiça, deveria ser implementado um verdadeiro “rito sumaríssimo” onde, assim que o suspeito fosse pego em flagrante praticando o delito, já fosse encaminhado à presença do juiz, juntamente com o condutor e com as testemunhas, e a sentença já fosse proferida na hora.

Sobre esse aspecto, para finalizar, deve-se destacar a banalização do direito penal, no sentido de que existe uma infinidade de condutas de pouca ou nenhuma lesividade, e que poderiam ser resolvidas em esfera cível ou administrativa, que foram criminalizadas, sendo uma das causas da morosidade da Justiça criminal. Esses procedimentos abarrotam delegacias e foros, tomando o tempo que poderia ser dedicado a dar andamento a crimes muito mais graves.

Para concluir, nunca é demais recordar as geniais palavras de Ruy Barbosa, infelizmente mais atuais do que nunca:

**De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.**

## CONCLUSÃO

Como vimos, existem três teorias gerais sobre a finalidade das penas: a teoria retributiva ou absoluta, as teorias preventivas, divididas em geral e especial, e as teorias mistas ou unificadoras.

A teoria retributiva via a pena como a justa retribuição ao delito. A pena não possuía outra função que não pagar o mal com o mal. Posteriormente, Kant e Hegel desenvolveram essa teoria, afirmando que essa retribuição era devida devido à violação de valores éticos da sociedade, para o primeiro, e da norma jurídica, para o segundo.

A teorias prevencionistas defendiam que a pena deveria ter uma função para a sociedade. De acordo com a teoria da prevenção geral, a primeira função da pena consistia em inibir a prática criminosa na sociedade, através da intimidação gerada pela pena. A pena também deveria ter como objetivo neutralizar a periculosidade do delincente.

A teoria da prevenção especial tinha seus objetivos voltados para a pessoa do condenado. A pena deveria visar à correção do condenado, ou na sua impossibilidade, a sua intimidação ou a sua neutralização.

Derivadas da teoria da prevenção geral, as teorias de prevenção geral positiva fundamentadora viam na imposição da pena as funções de garantir a vigência de valores ético-sociais (para Welzel), ou da norma (para Jakobs). A corrente limitadora tentou unir essas funções a de prevenção especial.

As teorias unificadoras ou mistas, por sua vez, tentaram unir a teoria de prevenção geral negativa, com a teoria retributiva. Num primeiro momento, somente fizeram a sobreposição de ideias. Posteriormente, passaram a ver na função retributiva somente um papel limitador da função preventiva.

Dentro dessas, eu conclui que as finalidades da pena devem ser as seguintes: em primeiro, proteger a sociedade de qualquer lesão ou ameaça de lesão injusta aos bens jurídicos de seus integrantes, através da neutralização do perigo representado pelo infrator; e, de forma educativa, fortalecer na sociedade o senso de cidadania, o respeito a valores éticos mínimos e o respeito ao próximo.

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 10ª ed. rev. e acresc. - Rio de Janeiro: Forense 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril S.A. Cultural, 1984.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. rev. - São Paulo: Malheiros, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Aulas da disciplina de Filosofia do Direito**. Faculdade de Direito da UFRGS. 2º semestre de 2010.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marquês de. **Dos delitos e das penas**. Versão para ebook: [www.ebooksbrasil.com](http://www.ebooksbrasil.com). Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>.

BENTHAM, Jeremy, **An introduction to the principles of morals and legislation**. Batoche Books, 2000. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. **The rationale of punishment**. Published by Robert Heward, MDCCCXXX. Disponível em <<http://books.google.com>>.

BERNARDES, Helton Fonseca. **Estratégias punitivas e legitimação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005.

BISSOLI FILHO, Francisco. **A sanção penal e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. - 16ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5ªed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 14ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 18ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal: parte general – volume II**. Bogotá: Libreria Editorial Temis Ltda, 19xx.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 3ª ed. Ver. e atual. - São Paulo: Método, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>.

ISERHARD, Antônio Maria Rodrigues de Freitas. **Caráter vingativo da pena**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Yuri Restano. **Aulas das disciplinas de Direito Romano I e II**. Faculdade de Direito da UFRGS. 2º semestre de 2005 e 1º semestre de 2006.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. - São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau (Nicoló Machiavelli). **O Príncipe**. LLC Publicações Eletrônicas. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal: volume I – parte geral**. 8ª ed. corr. ampl. e atual. - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, v. 1. parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 20ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. 3ª tir. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PACKER, Herbert L. – **The limits of the criminal sanction**. Stanford: Stanford University Press. 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. – 2ª ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. 6ª ed. rev. e ampl. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Do contrato social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br>>.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral**. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade de São Paulo, 2008. Disponível em <<http://www.teses.usp.br>>.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio sobre a pena de prisão**. Curitiba: Juruá, 2009.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. 1ª ed. (2003), 7ª reimp. - Curitiba: Juruá, 2010.



VILLEY, Michel. **Direito romano**, prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha, tradução de Fernando Couto. Porto, Portugal: Rés, 19xx.

VON LISZT, Franz. **Tratado de derecho penal: tomo tercero**. Cuarta edicion. Madrid: Editorial Reus, S.A., 1999.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de direito penal**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.