CELSO GOMES POLAINO

ADEQUAÇÃO DA PENA: REFLEXÕES E SUGESTÕES

Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR VICENTE GRECO FILHO

FACULDADE DE DIREITO DA USP SÃO PAULO 2.011

À minha família, por todo apoio e amor nos momentos mais difíceis da minha vida;

Aos meus amigos e amigas, pela generosidade com que me acolhem.

Agradecimentos.

Em primeiro lugar, deve agradecer aos meus pais, José e Vilma, pelo pouco que conquistei até hoje e por toda convivência harmônica que uma família deve ter.

À Eliane, pelo tempo de convivência durante o curso de mestrado, desde a expectativa pelo ingresso à conclusão do trabalho.

Ao professor Vicente Greco Filho, orientador sempre prestativo, sempre acessível, por toda a ajuda dispensada e pala paciência na elaboração do trabalho.

Ao amigo e professor Paulo Sérgio Domingues, que desde os tempos de graduação, sempre estimulou o estudo e a pesquisa, bem como nunca negou ajuda quando foi preciso.

Aos amigos João Paulo Orsini Martinelli e Luis Greco, por todo auxílio prestado, discussões e ideias sugeridas ao longo do curso de mestrado.

À Dalva Veramundo Bizerra de Souza pela amizade e atenção, em todos os momentos da minha vida, principalmente quando mais precisei.

Aos professores Antonio Scaranse Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, Miguel Reale Junior, Janaina Conceição Paschoal, Renato de Mello Jorge Silveira, Sérgio Salomão Shecaira, Alvino Augusto de Sá, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Ana Elisa Liberatore S. Bechara e Pierpaulo Cruz Bottini, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Largo de São Francisco, bem como aos professores Antonio Carlos da Ponte, Alessandra Orcesi Pedro Greco e Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelos ensinamentos e discussões sempre produtivas.

Aos professores e alunos da Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI, com quem muito aprendi, por todo carinho dispensado.

Por fim, a todos os amigos, de hoje e sempre, Maurício, Robson, Rodrigo Cabrera, Luís Gustavo, Paulo Dias, Paulo Freitas, enfim, a estes e àqueles que não foram nominados, mas que fazem parte da minha vida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 – PANORAMA HISTÓRICO DA PENA	8
1.1 Explanações preliminares	8
1.2 A Antiguidade	10
1.3 A Idade Média e a Idade Moderna	17
1.4 Iluminismo	23
1.4.1 O absolutismo	28
1.4.2 Princípios e Estruturas	31
1.4.3 A reforma penal do Iluminismo: codificações	34
CAPÍTULO 2 - ESCOLAS PENAIS	45
2.1 Escola Clássica	46
2.2 Escola Positiva	49
2.3 Escola Correcionalista	55
2.4 Terza scuola italiana	57
2.5 Escola alemã	57
2.6 Escola Técnico-Jurídica	60
2.7 Defesa Social	62
CAPÍTULO 3 – A EVOLUÇÃO DA PENA NO BRASIL	64
3.1 Período indígena e colonial	64
3.2 Período Imperial – O Código Criminal de 1.830	67
3.3 República – O Código Penal de 1.890	69
3.4 O Código Penal de 1.940	72

3.5 O Código Penal de 1.969	76
3.6 A Lei n° 6.416, de 24 de maio de 1.977	78
3.7 O Código Penal de 1.984	79
CAPÍTULO 4 – DA PENA	84
4.1 O conceito de pena	84
4.2 A medida da pena	86
4.3 O princípio de medida na pena	92
4.4 Princípios de direito material explícitos na medida da pena	99
4.5 Princípio de direito material implícito: proporcionalidade na medida da pena	104
4.6 Das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal Brasileiro de 1.984	105
4.6.1 Culpabilidade	106
4.6.2 Antecedentes	106
4.6.3 Conduta social	109
4.6.4 Personalidade do agente	110
4.6.5 Motivos	112
4.6.6 Circunstâncias do crime	113
4.6.7 Consequências do crime	114
4.6.8 Comportamento da vítima	116
4.7 Personalidade e a culpabilidade na medida da pena	117
4.8 Reincidência e medição da pena	125
4.9 A medida da pena na lei e na sentença (Graduação judicial da pena)	136
4.10 Da fixação da pena	139
CONCLUSÃO	150
BIBLIOGRAFIA	165

INTRODUÇÃO

Na presente dissertação de mestrado com o título "adequação da pena: reflexões e sugestões" será estudada a sanção numa breve história da pena, partindo da Antiguidade, passando pela Idade Média e Moderna, até chegar ao Iluminismo, bem como observando as Escolas Penais, a evolução da pena no Brasil e, por fim, uma análise sobre a punição.

Neste estudo há como escopo a verificação de alguns tipos e adequações da pena, tendo como concepção as realidades nos períodos mais importantes da história das sanções, estudando a origem e aplicação delas, num contexto "humano" e "desumano", mas explicados estes segundo uma concepção de realidade da época, isto é, analisa-se a pena com potencialidade necessária ou útil para a existência e o desenvolvimento individual e social.

Será examinado o fim e a medida da pena como asseguradora do sistema jurídico, no aspecto retributivo e preventivo da elaboração da norma, bem como a importância das punições ao longo do tempo até a sociedade atual brasileira, passando por seus Códigos Penais que existiram, bem como chegando ao atual Código Penal brasileiro de 1.940, reformado na sua parte geral pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1.984.

A proposta desta dissertação é estudar o fim e a medida da pena como formas de asseveração do ordenamento jurídico, observando a funcionalidade do conteúdo e da forma, bem como as consequências da punição ao longo da história da humanidade em alguns de seus períodos considerados importantes para esse trabalho.

Dessa forma, de um ponto de vista retributivo e preventivo, a punição será compreendida como uma resposta séria às infrações das regras sociais ou legais de um determinado período, suscitando a autoafirmação do ordenamento jurídico dentro de um conceito de "ordem" e em conjunto com a medida da pena.

No entanto, ao encontrar na doutrina a afirmação de que o Direito Penal deve ser visto como uma efetiva proteção de bens jurídicos, isto nada diz acerca da forma como esse objetivo deverá ser alcançado, fazendo-se necessário um estudo dos fins e adequações das sanções para se conseguir essa pretensão.

Por conseguinte, será observado que a medida da pena está sujeita a importância da lesão dos bens jurídicos e da amplitude da energia criminal. Nesse sentido, constatar-se-á que o princípio da culpabilidade, no que se refere à fundamentação da pena, corresponde numa mera função de limitação evitando que se aceitem todas aquelas

situações que o autor de um delito não tem como conhecer e que, por tanto, não lhe podem recriminar.

Na adequação da pena será visto o princípio da legalidade, como garantia individual que determina o máximo da punição. Além disso, observar-se-á o princípio da individualização da pena, legislativa e judiciária, bem como os princípios explícitos e implícitos da medida da pena.

Ainda, no que se refere à fixação da pena será analisado o artigo 59 do atual Código Penal brasileiro, já que este estabelece o quê deve ser estudado no criminoso, como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e comportamento da vítima. A partir disso, constatar-se-á uma crítica no que tange à abordagem da personalidade do delinquente.

Também, apresenta-se nesta dissertação uma crítica à ideia de que uma grave e continuada reclusão ao delinquente é capaz de produzir um melhoramento nele, com o fim de salvá-lo.

Em seguida, observa-se a situação da reincidência num contexto com a culpabilidade do autor do delito, bem como a verificação da medição da pena nessas condições.

Não obstante, no que tange à qualidade da pena, pode-se chegar às modernas teorias unificadas, a pena como retribuição e prevenção, uma fusão das funções declaradas ou manifestadas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal.

Assim, diante do caráter imperativo do Direito Penal como garantidor do ordenamento jurídico, numa ordem jurídica de proteção aos direitos humanos e, também, frente à instabilidade social gerada pela crescente criminalidade, em razão da ineficaz prevenção e aplicação das penas, bem como dos diferentes problemas sociais do País, entende-se que há necessidade da adequação da pena ao sistema de sanções, em que se almeja realizar uma reflexão sobre a punição ao longo da história da humanidade, bem como a medição da pena utilizada frente à realidade jurídica penal atual.

CAPÍTULO 1 – PANORAMA HISTÓRICO DA PENA

1.1 Explanações preliminares

A dissertação sobre a adequação da pena terá como início o exame das origens punitivas, para que se compreenda a evolução da pena ao longo dos tempos e a sua necessidade de adaptação movida por fatores políticos, sociais e culturais. Por conseguinte, verificar-se-á as transformações gradativas das punições para um poder central, designado em geri-las e aplicá-las conforme os fatos ocorridos, passando pelo total desconhecimento de limites estabelecidos nos direitos humanos até a consagração de princípios constitucionais democráticos.

Nesse sentido, a história da pena criminal demonstra a concepção de vida dos homens num determinado contexto social e político, no que se refere à tutela e à garantia da conservação no grupo por meio da injunção de castigos a determinadas infrações. Nas observações atuais, encontra-se todo um sistema de regras que comparado com os documentos antigos sobre os povos bárbaros e os selvagens de hoje, há uma semelhança quanto à configuração de controle social, como a similaridade entre as práticas penais dos silvícolas não civilizados e o existente nas comunidades primitivas, de tal forma que é vista com fundamento nas diferenças entre o homem urbano e o indígena¹.

Portanto, comparando-se o homem primitivo com o citadino, averígua-se que o primeiro habita num mundo de mistérios e riscos efetivos ou fantasiosos, para os quais não dispõe de explicações racionais; falta-lhe segurança porque não tem consciência das próprias forças e sua formação de imagens se conduz pela afetividade; e, para atender o espontâneo anseio de explicações, o pensamento se volta para o fantástico. Em contrapartida, o segundo dispõe de grande massa de informações que lhe confere límpida e tranquilizadora percepção dos fenômenos naturais².

Enfim, o homem primitivo, não compreendendo a verdadeira natureza dos fatos que o circundavam, associava os efeitos revelados a causas místicas, sobrenaturais, que, todavia, poderiam ser controladas mediante a prática de rituais ou oferecimento de dádivas e sacrifícios³.

³ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Estudos e Pareceres de Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 2.

¹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena.** 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 06 e 07.

² GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena.** São Paulo: Max Limonad, s/d, pp. 71e 72.

Dessa forma, qualquer acontecimento natural, como raios, trovões ou tempestades era conferido a divindades, e a estas havia rituais próprios para venerá-las, destacando-se o líder espiritual da tribo, bem como os oráculos, responsáveis em responder consultas, e tais seres eram denominados *totens*. Detentores de fé e infalibilidade pelos membros da comunidade, esses seres sobrenaturais estavam vinculados de um modo especial aos indivíduos que faziam parte do grupo ou de uma família, uma casta ou um setor específico dessa jerarquia⁴.

Para o homem civilizado é difícil interpretar os fenômenos pertencentes às culturas primitivas, em razão da lógica especada nos discursos racionais sobre acontecimentos sociais e naturais de um mundo urbano inteiramente diferente, em que classifica como paradigma do irracional a confiança na magia ou a prática de consultas a oráculos, comuns nas tribos de cultura primitiva⁵.

Logo, constata-se que nessas comunidades selvagens surgiram regras proibitivas como uma forma de organização social e o descumprimento das mesmas representava um desrespeito ao convívio mútuo, bem como um ataque às divindades cultuadas que norteavam as compreensões organizacionais existentes, em que a punição era cruel. A efetivação da pena em algumas aldeias era coletiva, sendo que a *lapidação* foi uma das mais remotas formas de execução coletiva, ou seja, a participação de todo o grupo concentrava-se no fato de que era necessário acalmar a ira divina, que recairia sobre todos, caso não participassem da execução. Desta forma, pretendia-se inibir a desforra dos deuses e a aplicação da reprimenda tinha como fim principal apaziguar o ente divino, sem o cuidado de restituir a harmonia afetada que, a partir disso, aliada ao poder despótico da classe sacerdotal, trazia, como consequência, a extrema crueldade da pena em tal período⁶.

Portanto, na sociedade primitiva o delito é transgressão de uma gerência divina e ofende, primeiramente, a divindade, e, deste modo, nasce um poder de vida e de morte sobre os membros do grupo social, conferido ao chefe da organização, que assume também a autoridade sacerdotal, em que esta distribui as penas extremamente cruéis sem qualquer proporção entre o caráter da desobediência e o castigo⁷.

⁴ PESAGNO, Rodolfo G.; BERNARDI Humberto P. J. **Temas de História Penal.** Buenos Aires: Perrot, 1953, p. 10.

⁵ WINCH, Peter. **Comprender uma Sociedad Primitiva.** Tradução Maria José Nicolau e Gloria Llorens. Barcelona: Paidós Ibérica, 1994, p. 32.

⁶ COIMBRA, Mario. **Tratamento do injusto penal da tortura.** Coordenação Luiz Regis Prado. Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 15.

⁷ PALLADINO, Alfonso. **Introduzione allo Studio della pena.** Milão: Dott. A. Giuffrè, 1959, p. 15.

Contudo, no que se refere às várias sociedades humanas, com as diferentes crenças e costumes, primitivos ou não, com o passar dos tempos as penas ou sanções penais evoluíram, consoante o pensamento dominante em cada período da história, consubstanciadas especialmente nas diferenças de compreensão de vários fenômenos sociais e naturais, em que há princípios universais e imutáveis, como a dignidade humana, a igualdade de todos perante a lei, o direito à liberdade e a reconhecimento da crueldade pela tortura⁸.

Afinal, em moldes racionais e condizentes com a atualidade, conclui-se que a verdadeira pena é a pena pública que surge com a sociedade contemporânea, sob comando de um chefe capaz de aplicá-la e de fazê-la executar conforme as leis ou usos admitidos. Não se pode reconhecer o caráter de penas nas reações primárias, instintivas, grosseiras e bestiais, mais de essência emocional do que ético-social, exercidas coletivamente e cujas primeiras formas teriam sido o sarcasmo, o banimento, ou a vingança excessiva, com formulações religiosas ou mágicas, que elevavam a punição ao plano divino⁹.

Por conseguinte, a justiça determina a melhor composição de toda a pretensão vingativa ao conferir proporção razoável entre delito, culpabilidade e pena; ao qual esta deve inspirar-se numa concepção de justeza em que a vingança propenda ao passado e a justiça tenda ao futuro¹⁰.

Assim, como não há uma data certa de cisão na história das penas, em que termina uma fase e começa outra, uma vez que as diferentes fases permaneceram interligadas¹¹, faz-se necessário o estudo em períodos, que seriam: da vingança privada, da vingança divina, da vingança pública, humanitário e científico¹². Nesse compasso, analisar-se-á a evolução histórica da pena criminal sob o ponto de vista da legislação de cada Estado, e em cada momento histórico.

1.2 A Antiguidade

Inicialmente, vale destacar que alguns autores cognominam este período como fase da vingança privada, uma vez que a punição seria imposta unicamente como

⁸ WINCH, Peter. Comprender uma Sociedad Primitiva, cit., p.11.

⁹ BASTOS, Lidia. **O sitema de aplicação de penas.** Revista do II Congresso Nacional do Ministério Público. Guarapari: s.e., 1973, s.v., p. 08.

¹⁰ FUNES, Mariano Ruiz. **Actualidad de La Venganza.** Buenos Aires: Lousada, 1943, p. 37.

¹¹ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1975, v.1, p. 20.

¹² LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. II, p. 12.

vingança, sem que existisse qualquer medida com a pessoa do delinquente ou com o delito empreendido¹³. A pena, na maioria dos casos, repousava sua justificativa em fundamentos religiosos e tinha por escopo agradar a divindade afrontada pelo criminoso, ou seja, devido à importância da religião a imposição da pena passou a ser empregada pelos sacerdotes¹⁴.

As maneiras confirmadas de punição, por estudos, do homem primitivo eram a *perda da paz* e a *vingança de sangue*; esta versava na lesão retributiva entre tribos rivais quando um membro do grupo fosse ofendido por alguém do outro; aquela consistia na expulsão do agressor, que perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa; e, sendo assim, demonstram reações coletivas, e não vinganças pessoais¹⁵.

Destarte, não há como confundir a pena com a simples vingança, uma vez que esta tem bases diversas daquela, isto é, a punição tem sua origem no instituto da conservação singular, que se manifesta com instituto da vingança. A privação da paz social, a *vindita*, não é simples reação do indivíduo, mas *reação de agregado social* como ordem da paz e do direito; e as ações, contra as quais a reação se dirige, constituem sempre, direta ou indiretamente, uma ofensa aos interesses comuns do grupo, uma perturbação da paz, uma violação do direito¹⁶; assim sendo, a pena é uma reação social contra as ações antissociais, desde a sua origem nos agrupamentos mais elementares como instrumento de intimidação pessoal¹⁷.

Logo, não há discussão sobre a existência de atos vingativos entre os homens da antiguidade; mas, ressalta-se se o sentimento individual que levava à prática desses atos era um precedente válido da pena, ou se esta depara sua origem na reação social do grupo contra o agressor da ordem e dos seres divinos. Vale ressaltar que a partir do momento da divisão dos grupos em secundários, a vingança surge como punição ao agressor dentro da comunidade, ou seja, se um membro de grupo distinto agride outro de

¹⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 31.

¹³ MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal.** Tradução José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1954, v. II, p. 243.

¹⁴ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 23.

¹⁶ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Tradução José Higino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, tomo I, p. 07.

¹⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito penal.** 5ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, t. III, p. 03.

tribo diferente, ocorre à reação vingativa por parte da comunidade afrontada, originando uma vingança coletiva¹⁸.

Nesse período surge a Lei Mosaica (Talião), já com um indicativo do princípio da proporcionalidade entre a pena e o crime ao preceituar a máxima "olho por olho, dente por dente", com o destaque de que a pena restringia-se a retribuição proporcional ao mal causado. Enfim, no meio de tantas penas cruéis, proporcionais ou não, surge a *composição*, que substituía o cumprimento da pena pelo pagamento e consequente reparação do dano ocorrido¹⁹.

Com a composição, o culpado restituiria o roubo, ou aquilo que foi retido violentamente, ou o depósito dado em guarda, ou os bens perdidos que achou de outra pessoa, ou tudo aquilo sobre o qual jurou falsamente, acrescentando o quinto àquele de quem é o dará no dia de sua expiação²⁰.

O mais antigo monumento da legislação criminal que se tem conhecimento foi o Código de Hamurabi (XXIII A.C.), na Babilônia, no qual a composição era admitida em pequenos delitos; porém, evidencia-se o princípio do "olho por olho, dente por dente", do talião, ou seja, se alguém tirar o olho de outro, perderá o seu igualmente; se alguém quebrar um osso de outro, partir-se-lhe-á um também; se o mestre de obras não construir solidamente a casa e esta, caindo, mata o proprietário, o construtor será morto e, se for morto o filho do proprietário, será morto o filho do construtor²¹.

Ademais, podem-se mencionar ainda as *cinco penas* impostas na China, em que para o homicídio punia-se com a morte, para o furto e as lesões punia-se com a amputação de um ou ambos os pés, ao estupro com a castração, à fraude com a amputação do nariz, e para os delitos menores com uma marca na testa; também, era empregado penas mais cruéis, destacando-se o abraço a uma coluna de ferro incandescente, o esquartejamento, a tortura, o açoitamento, o espancamento, o furo dos olhos com ferro quente, além da extensão do castigo à família do criminoso²².

No direito egípcio, os monarcas eram reverenciados como deuses ou concebidos como agentes divinos, como aconteceu na Pérsia e Assíria, em que eram

¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 25 e 26.

¹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 26.

²⁰ CARVALHO NETO, Inacio de. **Alicação da pena.** São Paulo: Método, 2008, pp. 24 e 25.

²¹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 07 e 08.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 181.

rodeados por funcionários administrativos e apoiados pelos sacerdotes, forças que exerciam decisiva influência no espírito das gentes e, de fato, detinham algumas vezes o governo do Estado²³.

Nesse direito havia diversas formas de pena, como a pena de morte para delitos religiosos ou que ameaçassem o Faraó, bem como as penas de mutilação, desterro, confisco, escravidão e o trabalho forçado em minas. Além disso, verifica-se a punição da falsificação com a amputação das mãos, o perjúrio com a morte, a revelação de segredos com a amputação da língua e o estupro com a castração. A justiça era administrada pelos sacerdotes escolhidos pelas principais cidades das três regiões em que se dividia e, nas decisões penais, em caso de condenação, os culpados eram mantidos na prisão até que o Faraó decidisse a punição a ser imposta²⁴.

No século V A.C. ou no século XIII A.C., surge o Código de Manu, na Índia, configurando a forma cruel dos castigos, porém com uma interpretação de purificação para os homens daquela época, isto é, a pena limpava o transgressor. De tal modo, conforme a infração cortava-se os dedos dos ladrões e, havendo reincidência, alongava-se a punição para os pés e mãos; em outras situações, surgia o corte da língua para quem insultasse um homem de bem; ou a queima do adúltero em cama ardente; ou a entrega da adúltera para os cães²⁵.

De acordo com o Código de Manu, a punição tinha caráter obrigatório, ou seja, o rei deveria punir o ladrão com a morte para a culpa não recair sobre ele, consoante artigo 313. O Código de Manu distinguia os crimes de furto e de roubo, conforme seu artigo 329 que dizia que "a ação de tirar uma coisa com violência, à vista do proprietário, é um roubo; em sua ausência é furto, do mesmo modo que o que se nega ter recebido" ²⁶.

Além disso, importante aludir que o direito hindu preceituava três espécies de sanções: purificação, expiação e pena propriamente dita, isto é, as penas corporais em sua maioria, embora as pecuniárias fossem também aplicadas. O aspecto religioso nas sanções penais era bem marcante na pena de morte, aplicadas àqueles que

²³ GETTELL, Raymond G. **História das ideias políticas.** Tradução Eduardo Salgueiro. Rio de Janeiro: Alba, 1941, p. 35.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, cit., p. 182.

²⁵ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**, cit., p. 08.

²⁶ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime plástico.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

praticavam crimes mais graves, ao qual refletia uma espécie de penitência espontânea, aceita pelo culpado, como forma de purificação²⁷.

No direito hebraico, conhecido como mosaico, confundia-se com a religião, em que as fontes desse direito estão engranzadas nos cinco livros da Bíblia, que contêm a Lei revelada por Deus aos israelitas, ou seja, os Dez Mandamentos de Moisés. Também fundado no princípio do talião, destacava-se a pena de morte que mudava apenas as formas de execução e, além dessa, havia prisão, excomunhão, privação de sepultura, multa, possibilidade de composição, para o caso de homicídio culposo e asilo²⁸.

Ademais, apesar das penas ainda apresentarem um caráter desumano, vale destacar que ocorreu um avanço na legislação hebraica ao distinguir o homicídio doloso do culposo, quanto ao tratamento penal e, mesmo a legislação sendo muito arcaica, já manifestava preocupação com o aspecto subjetivo do crime, em uma época em que praticamente predominava a responsabilidade de cunho objetivo²⁹.

Destarte, merece realce a civilização asteca e inca, na América antiga, em que os astecas utilizavam a pena de morte, a escravidão, o desterro, o confisco, a destituição do emprego e a prisão; os incas, por sua vez, baseavam suas normas sociais no poder da divindade, o que resultava enorme severidade nos castigos dos transgressores desta ordem teocrática³⁰.

Na Grécia, o ponto de vista de justiça encontra sua essencial fonte nos poemas épicos de Homero, bem como o caráter sacral das obras dos grandes trágicos gregos, como Ésquilo, que relatam um Estado teocrático em que não se distinguia religião e direito; no qual a fonte suprema de autoridade estava nas vontades dos deuses, representada pelos reis, elaboradores das leis, e os juízes eram simples instrumentos da vontade divina³¹.

A pena, na mitologia grega, detinha um caráter de expiação sagrada, na qual cabia a ela resguardar a ordem social e acoimar os criminosos, responsáveis pela perturbação da ordem familiar e social³², isto é, o crime contra o Estado ou a religião era punido com maior rigor, e o crime contra o particular com menor rigor. Enfim, destacam-

³⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 28.

²⁷ FAULCONNET, Paul. **La Responsabilité**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1920, pp. 150 e 151.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, cit., p.183.

²⁹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 31.

³¹ ESTAL, Gabriel Del. **La Orestiada y su Genio Jurídico: Justicia de sangre y espíritu urbano.** Madri: El Escorial, 1962, p. 58.

³² GUIMARÃES, Ruth. **Dicionário da mitologia grega.** São Paulo: Cultrix, 1995, p. 139.

se Sócrates, Platão e Aristóteles com suas reflexões envolvendo os fundamentos do direito de punir e sobre as finalidades da pena como maiores contribuidores para o Direito Penal³³.

Por conseguinte, em Roma, na época de sua fundação (753 A.C.), a pena tinha caráter sagrado; as instituições romanas não conheceram nenhum delito sagrado ou religioso, se bem que as penas públicas tinham sido idealizadas na origem como expiação sagrada. A execução capital constituía sacrifício aos deuses, mas por delitos públicos, cometidos, portanto, contra a comunidade³⁴.

Logo, foi a partir da Lei das XII Tábuas surgida no período republicano (451 – 449 A.C.) que o Direito Penal romano tornou-se independente da religião, distinguindo os crimes públicos dos crimes privados, isto é, o primeiro se apresentava em dois tipos, o perduellio (constituía a traição ou a conspiração contra o Estado) e o parricidium (morte do pater famílias, não simplesmente de um pai), e eram punidos de forma mais severa, através da pena de morte ou do desterro. No mais, o segundo, os delitos privados (delicta), eram punidos pelos próprios ofendidos, que deveriam buscar a composição na justiça civil³⁵. Os tribunais especiais, através do magistrado, julgavam os crimes públicos, que eram de atribuição do Estado, cuja sanção aplicada era a pena de morte. Porém, o julgamento dos crimes privados era confiado ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado somente para regular a sua execução³⁶.

Ainda permaneciam os vestígios da vingança privada, administrada pelo poder central; porém, apenas duas ou três décadas antes de Cristo é que a vingança privada foi substituída pela administração estatal por meio do jus puniendi³⁷. O legislador deixou de manifestar-se em nome dos deuses e passou a exercer seus poderes em nome do próprio povo; dessa forma, a lei deixava de ser tradição sagrada e a punição passa a interessar exclusivamente à comunidade afrontada pelo delito. Os indivíduos que não pertenciam à sociedade romana estavam fora do direito e com relação aos inimigos da pátria era importante proteger-se³⁸.

Mesmo com a vingança privada presente em determinadas normas, o legislador desse período preocupa-se em estabelecer um novo e mais humano costume, isto

³³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 29.

³⁴ MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano.** Tradução esp. P. Dorado. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 25.

³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 29.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 49. ³⁷ Idem, pp. 49 e 50.

³⁸ MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano**, cit., p. 555.

é, a *vindita* era proporcional à ofensa e, além disso, era facilitada a composição voluntária em dinheiro, quando esta composição não era infligida legalmente³⁹.

Nesse sentido, a composição autorizava a transferência do aspecto pessoal para o patrimonial, em que haveria um valor econômico para indenizar a vítima e sua família pelo dano sofrido, com a preocupação de existir uma proporcionalidade entre o dano e a reparação. Por outro lado, quando não se era aplicada a compensação, pode-se dizer que a pena de prisão praticamente não existia, pois servia apenas como depósito de execrados aguardando o término de sua tortura e mutilação para, em seguida, serem executados⁴⁰.

No Direito Romano, a pena recebeu diversas finalidades, dentre estas estão o castigo, a emenda, a satisfação à vítima e prevenção geral, pela intimidação. Assim, para Sêneca havia a necessidade da punição para a segurança social. Porém, para Marcianus, Ulpianus e Saturninus, a pena era o *exemplum*, demonstrando a sua finalidade de prevenção geral. Também, Justiniano buscava, com a intimidação da pena (*metu poenae*), afastar os que estivessem propensos às práticas de infrações⁴¹.

Enfim, na Antiguidade a administração da pena foi pouco a pouco transferida do particular ao poder central, e durante esse período a punição não perdeu a característica de vingança, no aspecto divino e público, ou seja, a vingança transforma-se, passando a ser praticada pelo poder social, que, mais forte que o indivíduo, exerce sua proteção e o vinga⁴².

Assim, verifica-se que no elemento histórico das instituições do Direito Penal, destaca-se, em regra, à influência do Direito Romano, Germânico e Canônico, sendo excessivas as palavras de Francesco Carrara ao afirmar que os romanos eram os gigantes em Direito Civil e os pigmeus em Direito Penal, uma vez que foram de grande importância para a evolução jurídico-penal⁴³.

⁴³ ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos.** 4ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964, p. 80.

³⁹ GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 06.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 04 e 05.

⁴¹ LOPES, João Batista. **Processo romano: instrumento da eficácia jurisdicional.** Belo Horizonte: Líder, 2004, pp. 20 – 22.

⁴² FUNES, Mariano Ruiz. **Actualidad de La Venganza.** Buenos Aires: Lousada, 1943, p. 51.

1.3 A Idade Média e a Idade Moderna

Com o início da Idade Média, também conhecida como *Idade das Trevas*, a partir da queda do Império Romano (em 476 D.C.) e a invasão da Europa pelos *povos bárbaros*, o Direito Germânico e Canônico tiveram grande aplicação no âmbito do Direito Penal, com as influências dos *ordálios ou juízos de Deus*, trazidos pelos povos germanos e marcados pelas superstições e pela crueldade, sem chances de defesa para os acusados⁴⁴ e com predomínio absoluto das penas corporais⁴⁵.

Nesse período, ocorre a prática da composição pecuniária (*Verhgeld*), sendo a origem do instituto da reparação do dano, incorporada pelos germanos ao ordenamento da época, que substituía, com melhores resultados, a vingança privada, evitando a matança entre os grupos ou as famílias em conflito⁴⁶.

Mas, deve-se mencionar que nesse tempo o Direito Penal Canônico exerceu grande influência, uma vez que a Igreja adquiria cada vez mais poder e as decisões eclesiásticas eram executadas por tribunais civis, em que a pena apresentava característica sacral, com fundamento retribucionista, porém com preocupações de correção do infrator. Nesse sentido, constata-se a consolidação da punição pública como a única justa e correta, em aversão à prática individualista da vingança privada empregada pela doutrina germânica⁴⁷.

Destarte, observa-se que grande parte dos pensadores da época apoiava a forma de punir, uma vez que compreendiam a pena como resposta ao mal do crime e, ao mesmo tempo, visava reconciliar o transgressor com Deus⁴⁸. Consequentemente, imperativo compreender-se esse momento histórico penal, já que com o trânsito do mundo greco-romano para o medieval, a fé religiosa marcou a unidade e a estabilidade entre os povos.

Portanto, na visão do homem medieval, todas as coisas eram derivadas de Deus, não só o poder como o direito de punir eram delegações divinas e, nesse raciocínio, a pena versava em uma espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação como forma de salvação da alma para a vida eterna; chegava-se ao entendimento de que a morte não concedia libertação da penitência, ou seja, se um homem morria antes de

⁴⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 31.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 3ª ed. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 60.

⁴⁵ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**, cit., p. 05.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas, cit., p. 57.

⁴⁸ TASSE, Adelo El. **Teoria da pena.** Curitiba: Juruá, 2003, p. 29.

completar a penitência a ele imposta, isso era interpretado como condenação divina, bem como a sua sentença não fora suficientemente severa aos olhos de Deus⁴⁹.

Logo, na Idade Média o delito passou a significar ofensa a um Deus único, em que o transgressor das normas deveria prestar contas, diferentemente dos primórdios da antiguidade, em que a pena tinha por fim a satisfação de diversas divindades, isoladas ou não. Dessa forma, existia confusão entre crime e pecado, ou seja, o delituoso era visto, ao mesmo tempo, como pecador e, por meio do acoimo, salvar-se-ia para a vida eterna⁵⁰.

Nos séculos VIII a XV, o cristianismo estabeleceu-se em toda a Europa Ocidental e o Direito Canônico foi o único escrito durante quase todo o período medieval, já que a Igreja, considerada mandatária de Deus, uniu-se ao poder secular e passou a ter influência decisiva nas questões de Estado⁵¹. Nesse sentido, a fé religiosa constituía interesse do próprio Estado, que passou a utilizar a Inquisição, surgida no século XIII, para fins políticos, variando a disciplina eclesiástica conforme as circunstâncias de cada momento histórico e, além disso, considerava a heresia como um dos crimes mais graves, passível de penas mais severas⁵².

Com a doutrina política firmada na concepção das *duas espadas*, isto é, a da Igreja e a do rei, delegadas ambas por Deus para o exercício da autoridade nas duas esferas, espiritual e temporal, com supremacia da Igreja, a Inquisição une mais fortemente os dois Poderes e reafirma-os, fazendo com que a Justiça comum e a canônica trabalhem conjugadamente, somando esforços no sentido de manter a fé, a ordem e a moralidade públicas⁵³.

A punição sofreu grande influência da filosofia desenvolvida pela Igreja e pelo poder secular da época, cuja primeira fase foi marcada pelo pensamento de Santo Agostinho (354 – 430) em sua obra *A Cidade de Deus*. As ideias refletem o sentimento do homem medieval com relação à justiça divina, e a pena terrena significava para ele uma espécie de penitência, no sentido de conduzir o pecador (criminoso) ao arrependimento, antes de submeter-se ao juízo final. A retribuição penal, para ele, deveria ser proporcional

⁴⁹ BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição.** Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 50.

⁵⁰ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 49.

⁵¹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 113 – 114.

⁵² GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 20.

⁵³ Idem, p. 98.

ao mal praticado pelo infrator, ou seja, essa proporção estaria fundada não no tempo de duração do crime, mas no de sua intensidade, em que o mal da ação será expiado pelo mal da pena⁵⁴.

Na obra *A Cidade de Deus*, Santo Agostinho manifestou-se contrário à tortura, que seria utilizada durante a Idade Média, nos processos da Inquisição e durante a Idade Moderna, advertindo da possibilidade de inocentes morrerem⁵⁵; mas, infelizmente, os juízes inquisidores não deram a devida atenção às preocupações de Santo Agostinho, haja vista que a tortura foi formalmente aprovada pelo Papa em 1480, com a injustificável justificativa de que o Direito Canônico visava à reconciliação do indivíduo com Deus por meio da expiação⁵⁶.

Em seguida, surge Santo Tomás de Aquino (1225 – 1274), na segunda fase da filosofia cristã católica da Idade Média, ao considerar que Deus investiu a autoridade civil do direito de castigar, e a execução de tal privilégio deveria ajustar-se o máximo possível à justiça divina, isto é, aparece a *teoria da delegação divina*, empregada depois no absolutismo. Portanto, para Santo Tomás de Aquino, a pena era a justa retribuição para promover o fim moral, atribuindo um caráter de intimidação em que os homens permaneceriam distantes das infrações e tornar-se-iam melhores⁵⁷.

Por conseguinte, Santo Tomás de Aquino pregava na *Suma teológica* uma disciplina a ser seguida pelos homens para a vida em sociedade, direcionada para o bem, a qual se impunha pelo temor do castigo, à força do poder coercitivo imposto pelo Estado. Por outro lado, ele defende a pena de morte, escrevendo que é louvável e salutar, para a manutenção do bem comum, pôr à morte aquele que se tornar perigoso à comunidade e causa de perdição para ela⁵⁸.

Nesse sentido, o Tribunal do Santo Ofício julgava de forma impetuosa aqueles que eram considerados hereges, aplicando-lhes duríssimas punições, em geral a morte, mas, não sem antes toda uma série de torturas, a causar-lhes um sofrimento físico e psicológico culminante⁵⁹.

⁵⁷ COSTA, Fausto. **El Delito y La Pena em La História de La Filosofia.** Tradução esp. Mariano Ruiz Funes. México: Uthea, 1953, p. 51.

⁵⁴ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., pp. 52 e 53.

⁵⁵ SANTO AGOSTINHO. **A Cidade de Deus contra os pagãos.** 2ª ed. Tradução Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 1990.

⁵⁶ TASSE, Adelo El. **Teoria da pena**, cit., p. 29.

⁵⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. 2ª Parte da 2ª Parte. Questões 47 – 79, 1956, Questão LXIV, artigo II, p. 442.

⁵⁹ TASSE, Adelo El. **Teoria da pena**, cit., p. 29.

Ademais, o Santo Ofício iniciava o processo investigatório com a simples provocação de uma carta anônima, sendo suficiente, apenas, meros indícios ou presunções para o desenvolvimento da perseguição ao suposto herege. Quando se tratava de falta grave, o réu era preso e submetido a longos interrogatórios e, caso se mostrasse teimoso em não confessar a acusação que lhe fora feita, era submetido à tortura. Além disso, quando o Santo Ofício considerasse a prática herética de extrema gravidade, como o relapso, o que determinava a entrega do acusado à Justiça secular para a execução da pena de morte, este podia ser, ainda, torturado, a fim de que indicasse os nomes dos seus cúmplices⁶⁰.

No mais, importante constar que no período medieval não se deve relacionar a tortura somente com a inquisição, já que constituía um aparato estatal, ou seja, era utilizada também contra aqueles que cometessem infrações comuns e não apenas crimes considerados religiosos. E, também, existiram religiosos que sofreram castigos corporais, sendo empregada a pena de morte com requintes de crueldade para prolongar o sofrimento do criminoso, como, por exemplo, a utilização de instrumentos que matavam através do lento esmagamento dos ossos, ou cozinhavam o condenado vivo, ou, ainda em vida, o levavam à fogueira⁶¹.

Na Idade Média, há ainda que se mencionar que foi produzido o primeiro antecedente daquela que seria a maior substituta da pena capital, ou seja, a Igreja do século IV, para punir clérigos faltosos, aplicava como pena a reclusão em celas ou a internação em mosteiros; era o surgimento da privação da liberdade como pena e, ainda, existia a prisão de Estado, empregada àqueles que cometessem delitos de traição e aos adversários políticos dos governantes da época⁶².

Com o século XVI em diante, devido à queda de Constantinopla e o desaparecimento do feudalismo, surge a Idade Moderna com inúmeras guerras religiosas, além da pobreza generalizada pelo continente europeu, bem como o aumento do número de criminosos. Nesse período o Direito Penal foi empregado como instrumento de segregação social por meio das penas de expulsão, trabalhos forçados em encanamentos para esgotos ou galés. Entretanto, a partir da segunda metade do século XVI, ocorreu um grande movimento de criação e construções de prisões para a correção dos condenados por delitos menores, conhecidas como *houses of corretion* ou *bridwells* (alusão ao Castelo de

⁶⁰ COIMBRA, Mario. **Tratamento do injusto penal da tortura**, cit., p. 51.

⁶¹ TASSE, Adelo El. **Teoria da pena**, cit., pp. 30 e 31.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**, cit., p. 09 e 10.

Bridwell, concedido pelo rei inglês em Londres para abrigar ladrões e mendigos) e, após, de *workhouses*; no mais, o sistema de penas continuava fundamentado em penas pecuniárias, penas corporais e na pena capital⁶³.

A pobreza se generalizou por todo o continente europeu na Idade Moderna, aumentando o número de pessoas miseráveis e criminosas, tudo isso crescera sem controle e por razões de política criminal da época era claro que ante tanta delinquência, a pena de morte não era uma solução adequada, uma vez que não se podia aplicar a tanta gente. Portanto, com o aumento da criminalidade e a ineficácia da pena capital como forma de controle social, surge a pena privativa de liberdade como um instrumento que deu fim a crise da sanção mortífera⁶⁴.

Perante tal situação, destacam-se algumas causas explicativas do surgimento da prisão como pena nesse momento, quais sejam: I) valorização da liberdade e destaque para o racionalismo a partir do século XVI; II) necessidade de ocultação do castigo para evitar a disseminação do mal causado pelo delito; III) aumento da pobreza e da mendicância causadas pelas mudanças socioeconômicas, e ineficácia da pena de morte; IV) razões econômicas da classe burguesa em ascensão, que precisava ensinar o modo de produção capitalista e, ao mesmo tempo, controlar os trabalhadores, além de garantir mão-de-obra barata em época de pleno emprego e altos salários ⁶⁵.

Ao mesmo tempo, em Portugal, as penas apresentavam-se desproporcionais com o fato, em resumo, eram cruéis, desiguais e variáveis conforme a classe dos réus, isto é, cuidava-se de uma escandalosa diferença, aos quais essas características advinham do direito consuetudinário; crimes e penas foram introduzidos nas Leis e Posturas, e, em seguida, nas Ordenações Afonsinas, publicadas em nome de D. Afonso V por volta de 1446, tratando dos delitos e das penas no Livro V⁶⁶.

Por conseguinte, vale destacar a análise feita pelo Conselheiro Batista Pereira sobre a parte geral contida no Livro V das Ordenações: Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspiradas em falsas ideias religiosas e políticas, que, invadindo as fronteiras da legislação divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão

⁶³ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., pp. 31 e 32.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**, cit., pp. 15 e 23.

 $^{^{65}}$ Idem, pp. 27 – 31.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, cit., p. 196.

de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim, a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés, e com a mesma severidade com que se punia a heresia, a blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de El-Rei e dos Prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar freiras e pernoitar com elas. A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua inflição; certos criminosos, como os bígamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos, eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura se pudesse haver memória. Com a volúpia pelo sangue, negação completa do senso moral, dessa lei que, na frase de Cícero, é "in omnibus diffusa, naturae, congruens, constans", eram supliciados os réus de lesa-majestade, crime tão grave e abominável, e os antigos sabedores tanto o estranharam, que o compararam à lepra, porque, assim como esta enfermidade enche o corpo, sem nunca se poder curar, assim o erro da traição condena o que a comete, e impede e infama os que da sua linha descendem, posto que não tenham culpa. A este acervo de monstruosidade outras se cumulavam: a aberrância da pena, o confisco dos bens, a transmissibilidade da infâmia do crime⁶⁷.

Logo a seguir, em 1.521, na mesma linha das normas das Ordenações Afonsinas, com mínimas alterações, nascem as Ordenações Manuelinas, publicadas em nome de D. Manuel, o Venturoso, em que a prisão aparece como pena incomum, servindose na maioria dos casos como recurso necessário à execução da pena de morte⁶⁸.

Enfim, em 1603, são publicadas as Ordenações Filipinas, em nome de D. Felipe II (III de Espanha), caracterizando-se como uma tentativa de combate à justiça privada e fortalecimento da justiça pública; porém, vale mencionar que, a pena de morte imperava variando apenas a forma de execução (*morte cruel; morte atroz; morte simples; morte civil*) e, além disso, não existia o princípio da legalidade da pena, admitindo ao juiz a fixação da pena conforme bem entendesse ou, consoante o Livro V, título CXVIII, §1°, das Ordenações Filipinas, *segundo a qualidade da malícia*⁶⁹.

⁶⁹ Idem, pp. 36 e 37.

⁶⁷ MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** 1ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997, v. I, pp. 115 e 116. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, cit., pp. 207 e 208. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. I, p. 11. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 37 e 38

⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 36.

Assim, até a Revolução Francesa o direito repressivo permanece desumano, com os bárbaros de toga, segundo Voltaire, e a indeterminação legal das penas que eram entregues ao *merum arbitrium* dos juízes⁷⁰.

Contudo, com o movimento do Iluminismo e todas as novas ideologias advindas do Renascimento, e com obras preconizadoras de ideias liberais e humanizantes como a do Marquês de Beccaria, bem como dos ideólogos Montesquieu, Rousseau, Diderot, D'Alembert e outros, a pena ganha um fim utilitário, abandonando a fundamentação teológica⁷¹.

Inicia-se, assim, o período Iluminista, conhecido como século das luzes, com o movimento de reforma penal iniciado no século XVIII, o qual originou o conhecido período humanitário da pena, que será analisado em tópico seguinte.

1.4 Iluminismo

Ao mencionar a expressão *Iluminismo*, esta nos envia à ideia de um movimento filosófico intelectual ocorrido na Europa do século XVIII, conhecido como século das luzes, isto é, entende-se como a culminação de um processo, ou um início que constituiu o primeiro momento de uma experiência arriscada intelectual. Porém, como ponto de chegada, o iluminismo surge como o grau máximo de um percurso em que os começos se coligam com o Renascimento, no entanto isso se consolida com a revolução científica do século XVII⁷².

O ideal do iluminismo traz em seu bojo a secularização do pensamento e da sociedade, marcado pela confiança no progresso e na razão, com profundas repercussões nos tempos modernos, já que o ponto central do seu programa foi libertar o mundo da magia. Enfoque principal no liame entre esse objetivo e outro mundo caracterizado pela política, religião, sociedade, direito, arte, ciência, filosofia e moral⁷³.

Portanto, os pensadores dos séculos XVII e XVIII renunciaram às razões externas que conferiam embasamentos religiosos e buscaram o princípio da história em um ego transcendental da sua razão imanente, produzindo assim a supressão da divindade na

⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 319. ⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 32.

⁷² CALAZANS FALCON, Francisco José. **Iluminismo.** São Paulo: Ática. 4ª ed. 2.002.

⁷³ HORKHEINER, Max; ADORNO, Theodor Wisengrud. Dialettica dell'Iluminismo. Torino: Einaudi, 1.996.

origem humana, isso quando investiram o homem na sua própria vontade e, também, por fazê-los donos de seu destino⁷⁴.

Nesse sentido, observa-se a diferença existente na natureza, onde o conhecimento se explica por suas causas, e a ideia de uma entidade cultural que não é explicativa, versa em uma compreensão, ou seja, em seu apreço histórico, apreciando-a em seu devir no tempo e colocando-a em contato, ou, o que vem a ser igual, compreendendo-a pela mudança que repercutem nela, nas mais diversas manifestações de valor e de fazer humano⁷⁵.

O Direito é um aspecto da manifestação cultural e é nesta que sua compreensão requer ou beneficia-se de ter em conta todas ou as mais diversas dimensões existentes; além disso, o nosso direito, em qualquer época, não é senão um momento de um fluir incessante, que origina as que precedem e, por sua vez, os que as seguem⁷⁶.

Logo, o movimento do *século das luzes* surge como uma reação, em que o seu extremismo focado na igualdade é compreensível, pois tendia à elaboração de um corpo político de doutrina que poderia se opor com êxito teórico e prático a vigente sistematização da escravidão humana. Os objetivos práticos prevaleceram sobre a percepção da realidade, isto é, uma vez mais na história do direito ou poder da valoração sobrepujou a da comprobação, e as conclusões científicas levaram mais a carga afetiva de postulados éticos que a fria evidência de uma lei natural descritiva e neutra.

Consequentemente, o Iluminismo foi uma das *causas* da Revolução Francesa, pois teria sido a expressão ideológica da crise do *Antigo Regime* que acabou por, em 1.789, fixar um grande marco civilizador com seus direitos e garantias do homem, como uma efetiva realidade do Estado moderno.

Todavia, essa concepção de ideias e valores não apresenta características idênticas às de outros movimentos intelectuais, ou seja, se não foi um sistema acabado ou *escola* de pensamento, isto não confere a classificação de invenção ou construção pura e simples. No mais, quando envolve uma diversidade gigantesca de compreensões e de estudo, não aceita, por outro lado, nenhuma ideia: há a excluída, a criticada que, a partir desta, inicia-se a definir as *luzes* aos olhos dos seus contemporâneos. Dessa forma, é com

⁷⁴ CAPEL, José Sáez. Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución em el Derecho penal. El penalista liberal: controvérsias nacionales e internacionales em Derecho penal, procesal penal y Criminologia. Buenos Aires: Hammurabi SRL. 1ª ed. 2.004.

 ⁷⁵ RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. **Doctrina Penal: Teoria y Prática en las Ciencias Penales.** Buenos Aires: Depalma, año 11, num. 41 a 44, 1.988.
 ⁷⁶ Ibidem.

essa autoconsciência que se compreende os objetivos, até porque estabelece algo de real no Iluminismo⁷⁷.

Assim, constata-se que a nossa vinculação com o século XVIII é diferente, mas ao mesmo tempo fundamental e vital. Pode-se dizer que somos a sua obra, uma vez que estão entrelaçados no mundo atual as ideias e princípios que se vislumbrou naquela época com a filosofia iluminista, e nesta nos encorajamos, somos e vivemos⁷⁸.

As ideias do Iluminismo começam a ser formadas em duas ordens de questões, as quais geram muitas indagações e divergências, com inúmeras dificuldades, já que a primeira diz respeito ao compasso da história econômica geral do *setecentos* e à desarmonia referente à economia francesa de então, isto é, uma época de progresso até 1.730, seguida de uma depressão ao longo da década de trinta, uma reabilitação nos anos quarenta com uma expansão até os anos de setenta e, enfim, nos últimos vinte e cinco anos um ciclo de altos e baixos na economia⁷⁹.

Nessa óptica, pode-se assegurar que *a curva do setecentos, com seus altos e baixo, é a curva da Ilustração*⁸⁰, em que não se pode negar um aumento demográfico, um crescimento da produção agrícola e industrial, bem como a expansão comercial, em termos globais. Ademais, vale ressaltar que na Itália, na Espanha, em Viena, em Berlim e em Paris, a partir de 1.740, com a difusão dessa filosofia analítica inspirada nas esperanças e expectativas, surge a *Europa das Luzes*.

Por outro lado, imperativo notar uma segunda questão que se refere a associar o início do Iluminismo com a revolução científica do século XVII, ou a *crise da consciência europeia*⁸¹, entre 1.680 e 1.720, ou como uma *etapa preparatória*⁸², de 1.720 a 1.740, e uma *Ilustração propriamente dita*⁸³, de 1.740 a 1.780.

Destarte, foi nos anos sessenta que esse movimento envolve a Europa inteira, da Rússia à península Ibérica⁸⁴, abrangendo intelectuais, políticos e o povo; este se

⁸⁴ VENTURI, Franco. *Cronologia e geografia dell'illuminismo. Op., cit.*, pp. 155-157.

⁷⁷ GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo.** Repensando a História. Coordenador: Jaime Pinsky. São Paulo: Contexto, 2.003.

⁷⁸ RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. **Prólogo** a su traducción de las **Observaciones sobre la tortura**, de Pietro Verri. Buenos Aires: Depalma, 1.977, p. L. *Apud*. RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. **Doctrina Penal: Teoria y Prática en las Ciencias Penales.** Buenos Aires: Depalma, año 11, num. 41 a 44, 1.988, p. 232.

⁷⁹ LABROUSSE, Ernest. **Flutuaciones econômicas e historia social.** Madrid: Tecnos, 1.962, p. 339.

⁸⁰ VENTURI, Franco. Cronologia e geografia dell'illuminismo. *In:* VENTURI, Franco. **Utopia e riforma nell'Iluminismo.** Torino: Einaudi, 1.970, p. 145.

⁸¹ HAZARD, Paul. La pensée européenne au XVIII siècle. T.1. Paris: Boivin, 1.946, pp. 58-77.

⁸² VALJAVEC, Fritz. **História de la Ilustración em occidente.** Madrid: Rialp, 1.964, p. 27.

⁸³ HAMPSON, Norman. **O Iluminismo.** Lisboa: Ulisséia, 1.973, p. 12.

levanta em Nápoles, em 1.764, contra a carestia, em Madrid origina o *motim de Esquilace*, e em Londres move-se em torno de *John Wilkes* (17 de Outubro de 1.725 a 26 de Dezembro de 1.797), jornalista e político radical inglês que se notabilizou pela sua defesa do direito dos eleitores determinarem os seus representantes na *Casa dos Comuns* britânica e por ter obtido, em 1.771, o direito dos editores e jornalistas poderem publicar *verbatim* as intervenções proferidas durante os debates parlamentares.

Mas, é importante observar que na Inglaterra não havia um movimento iluminista nem um partido dos *filósofos*, isto é, as ideias das *luzes* desse período propriamente dito, em específico nas ilhas britânicas, só aparecem na Escócia, em Glasgow e Edimburgo, fugindo à regra⁸⁵.

Ademais, ao observar os motivos que culminaram na Revolução Francesa ocorrida em 1.789, constata-se que não foi um fato acidental, ou seja, as idéias do iluminismo francês estavam fundadas num processo de ordenação social e econômica, que teve como embrião os pensamentos de *John Locke*, considerado o representante principal do empirismo e ideólogo do liberalismo. É antecessor do Iluminismo.

A filosofia política de Locke baseia-se na ideia de governo aprovado pelos governados ante a autoridade constituída e o reconhecimento ao direito natural do ser humano, de vida, da liberdade e da propriedade. Em meio aos escritos políticos, os mais importantes foram *Ensaio sobre o entendimento humano* e *Dois tratados sobre governo*, ambos de 1.689, e o último dividido em duas partes. Na primeira parte há uma descrição sobre a condição corrente do governo civil e, na segunda, a justificação para o governo e os ideais necessários à viabilização. Igualmente, Locke ensina que todos são iguais e a cada um deverá ser permitido agir livremente desde que não prejudique outro ⁸⁶.

Portanto, influencia as modernas insurreições liberais, tais como: Revolução Inglesa, Revolução Americana e a fase inicial da Revolução Francesa, proporcionando-lhes uma justificação à rebelião e a forma de um novo governo. Dessa forma, John Locke costuma ser classificado entre os Empiristas Britânicos, ao lado de David Hume e George Berkeley, principalmente pela obra relacionada a questões epistemológicas; porém, em ciência política, normalmente é classificado na escola do direito natural ou jus naturalismo.

⁸⁵ Idem, pp. 162-165.

⁸⁶ DAVIS, David B. The Problem of Slavery in the Age of Revolution, 1.770–1.823. Ithaca: Cornell University Press, 1.975. *Apud:* LOSURDO, Domenico. **Contra-História do Liberalismo.** Aparecida: Idéias & Letras, 2.006.

De tal modo, em um relevante debate na Alemanha entre 1.783 e 1.784, *Immanuel Kant*, Professor da Universidade de Königsberg, definiu o Iluminismo como *ousa saber (sapere aude)*, isto é, *ousa servir-te do teu próprio entendimento*, sem imitar ou aceitar passivamente as ideias das autoridades reconhecidas e temidas⁸⁷.

Essa postura de Kant expressa o caráter generalizado de inconformismo com que se caracteriza o seu século, ou seja, consiste na convocação à autonomia intelectual perante os demais, abrangendo os grandes filósofos. É a independência ante os consagrados modos de vislumbrar o mundo, na presença de todo o conhecimento que se propõe como peremptório, diante dos pressupostos do conhecimento, com inclusão do próprio saber.

Para compreender a relação entre o Iluminismo e a Revolução, faz-se necessário verificar que não foi apenas uma insurreição e mais do que uma atitude mental aparece como um movimento de ideias, em uma análise filosófica daquele tempo, na acepção de um processo de constituição e aglomeração de saber renovado e capaz de ser modificado até nos embasamentos.

Além disso, a partir das interpretações que demonstram a ausência de homogeneidade no ideário iluminista, reconhece-se a ambiguidade, com sua unidade complexa e insuficiente, derivando em conflitos e tensões responsáveis por seu movimento, pelo desdobramento de conceitos e raciocínios latentes, apontados por meio de confronto com seus adversários⁸⁸.

No mais, o *século das luzes* aparece como uma oposição, no qual o seu extremismo igualitário é compreensível, pois convergia à elaboração de um corpo político de doutrina que poderia se contrapor com êxito teórico e prático a vigente sistemática da sujeição humana. Consequentemente, os fins práticos, que são considerados nobres nessa filosofia, prevaleceram sobre a concepção da realidade, ou seja, mais uma vez o poder da valoração sobressaiu ao da comprovação na história do direito, e as conclusões científicas conduziram mais a carga afetiva de postulados éticos que a uma lei natural descritiva e neutra⁸⁹.

Desse modo, perante um sistema social em que a pessoa surge às vezes sem nenhum direito, como simples objeto de um *organismo superindividual*, no qual só lhe cabe a serventia, inerente às coisas, ante a isso, o Iluminismo enaltece o ser humano numa

⁸⁷ GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo**. Op., cit.

⁸⁸ Idem. p. 17.

⁸⁹ SOLER, Sebastián. Ley, Historia y Libertad. Buenos Aires: Losada. 4 ed., 1.943, p. 56.

finalidade em si, não só na ordem transcendental, mas ainda no plano do concreto e histórico. Por conseguinte, sucedeu-se uma modificação substancial na sistemática valorativa, em atenção à pessoa, isto é, construiu-se toda uma teoria política e um sistema de normas em função do indivíduo. Logo, observa-se que durante muitos anos o sistema de normas aponta a entidade feudal, mas a partir do século XVIII, no centro de todo o sistema de normas, encontrar-se-á o indivíduo como fim último ⁹⁰.

Assim, com o Iluminismo conclui-se que a legislação terá como finalidade a transformação dos homens em seres mais felizes, unindo e harmonizando todas as atividades humanas⁹¹. Destarte, como primazia, a modificação dos códigos, dos processos, dos tribunais e das prisões, em que se refere a esse conjunto de preocupações o tratado *Dos delitos e das penas*, de *Cesare Bonesana*, com a luta pela abolição da tortura, e o projeto de prisão modelo, de *Jeremy Bentham*⁹².

1.4.1 O absolutismo

Nesse período, entre os séculos XV e XVIII, ocorrem uma série de transformações, em razão da transição do feudalismo para o capitalismo, com a sociedade europeia ocidental em que surgiram os Estados Nacionais, bem como as monarquias absolutas cujo poder originava-se do direito divino, conforme o reinado de Luís XIV e o magistério espiritual de Bossuet, na segunda metade do século XVII, na França⁹³.

Contudo, observa-se que ocorriam exageros e arbítrios no Estado absoluto, bem como a insuficiência das garantias individuais e a negação de direitos políticos dos súditos ensejava na alma das pessoas a luta pela liberdade, tornando-se isto cada vez mais provável no *século da luzes*⁹⁴.

Na fase do absolutismo havia uma constante reafirmação do poder do soberano por meio das expiações, sem existir um desígnio de restabelecimento da Justiça, ou seja, a punição era carregada de sofrimentos físicos e psicológicos, em que constituía uma ameaça, com o fim de que se obedecessem às ordens do rei. Destaca-se a morte em

⁹¹ GUSDORF, Georges. Les principes de la pensée au siècle des Lumières. Paris: Payot, 1.971, pp. 381 e 385.

⁹⁰ SOLER, Sebastián. Ley, Historia y Libertad. Op., cit., pp. 56-57.

⁹² FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1.975. *In:* FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Rio de Janeiro: Graal, 1.979, p. 129.

⁹³ LOPES, Marcos Antonio. A imagem da realiza. São Paulo: Ática, 1994, pp. 11 e 12.

⁹⁴ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000, t. IV, p. 19.

quarenta dias, isto é, cortava-se minuciosamente o corpo em pedaços para que a pessoa viesse a morrer no quadragésimo dia⁹⁵.

Um dos maiores teóricos do absolutismo, Jacques Bossuet (1627 – 1704), asseverava que todo poder do monarca originava de Deus, o qual mantinha sob sua proteção qualquer governo legítimo, não importando a forma como foi estabelecido, e aquele que tenta derrubá-lo é ao mesmo tempo inimigo do povo e inimigo de Deus⁹⁶.

Bossuet entendia que, por pior que fosse um príncipe, a revolta dos seus súditos é sempre infinitamente criminosa e, além disso, afirmava que aquele que deu reis aos homens quis que eles fossem respeitados como seus *lugar-tenentes*, reservando para si o direito de examinar-lhes o proceder. Assim, pretende que todo aquele que nasceu súdito obedeça sem discussão; e essa lei não se destina apenas a favorecer os príncipes, mas é salutar para os próprios povos a que é imposta, e que jamais a podem violar sem expor-se a males muito mais terríveis do que aqueles contra os quais pretendem proteger-se⁹⁷.

Portanto, as punições rigorosas previstas nas Ordenações do Reino tinham o objetivo de intimidar a população e reafirmar o poder soberano, bem como o crime de lesa-majestade, reafirmada por Bossuet, representava ofensa direta à pessoa do rei, no qual versava numa traição em que os culpados eram punidos com morte cruel e tinham seus bens confiscados⁹⁸. Dessa resulta a gravidade dos suplícios em nome da vingança pública, representada, no Brasil, nas punições previstas no Livro V das Ordenações Filipinas, que vigoraram até 1830, se bem que na Constituição Imperial de 1824 já estavam incluídos diversos princípios de direitos fundamentais, convencionados na Declaração Francesa de 1789.

Destarte, em termos de proporção, a punição sempre ultrapassava a gravidade do crime cometido e os suplícios integravam o próprio cerimonial da justiça penal daquela época, em que os cadáveres eram queimados e as cinzas jogadas ao vento; os corpos dos condenados eram arrastados e depois expostos à beira das estradas. Em resumo, o corpo do condenado não deixava de ser perseguido pela justiça, mesmo após a morte⁹⁹. No Brasil, o maior exemplo que se tem notícia, é a execução de Joaquim José da Silva

⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Tradução Raquel Ramalhete. 25^a ed. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 09 e 10.

⁹⁵ MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Penas Restritivas de Direito.** Campinas: Impactus, 2006, p. 29.

⁹⁶ BOSSUET, Jacques. **Politique Tirée de L'Écriture Sainte**. Paris: Chez Delestre-Boulage, ano MDCCC XXII, t. I, p. 113.

⁹⁷ CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político.** Tradução Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982, t. I, pp. 380 e 381.

⁹⁸ BOSSUET, Jacques. **Politique Tirée de L'Écriture Sainte**, cit., p. 136.

Xavier, o Tiradentes, acusado da Conjuração Mineira foi enforcado, esquartejado e seus membros espalhados pela cidade de Vila Rica, em Minas Gerais, pela condenação do Acórdão de 19 de abril de 1792.

Ainda no Brasil, além da Inconfidência Mineira, houve a Conspiração dos Alfaiates, em 1798, na Bahia, ambas inspiradas nos ideais da Revolução Francesa. A conspiração era contrária à submissão à autoridade colonial de Portugal, na qual requeriam os revoltosos a criação de uma República e a abolição da escravatura. Em todo caso, constata-se que nenhuma medida prática foi adotada para que fosse atingido algum objetivo mais concreto que pudesse transformar em realidade os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade 100.

Nessa época, a pena continuava impregnada de fundamentos religiosos, como uma espécie de *vindita* à transgressão divina; da mesma forma que acontecia no período medieval, ou seja, o sofrimento tinha o objetivo de salvar a alma do pecador para a vida eterna; mas, no absolutismo, além disso, ainda visava abrandar suas culpas ou absolvê-lo perante Deus, como uma forma de penitência¹⁰¹.

A pena moderna ainda continuou fundada na intimidação e na teoria da delegação divina, elaborada por Santo Tomás de Aquino, mas os protestos contra os suplícios até então praticado começam a surgir, com a ilustração do século XVIII, mais precisamente a partir da segunda metade deste século, entre os filósofos e teóricos do direito, a expiação tornou-se rapidamente intolerável¹⁰².

Assim, como a própria sociedade da época não mais aceitava os suplícios impostos, além dos problemas econômicos e sociais vividos, nasce, a partir disso, a filosofia do Iluminismo; ao qual se destaca a obra *Dos delitos e das penas*, de Beccaria, publicada em 1764, em que a pena privativa de liberdade surge como uma necessidade de redução da barbárie, proporcionando, desse modo, a prisão como forma de reduzir, mitigar e racionalizar as penas brutais até então aplicadas¹⁰³.

NASCIMENTO, Anna Amélia Vieira. Introdução da obra Autos da devassa da Conspiração dos Alfaiates. Salvador: Arquivo Público do Estado da Bahia, 1998, v. I.

¹⁰¹ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p.77.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, cit., p. 63.

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 330.

1.4.2 Princípios e Estruturas

O Iluminismo foi o *prelúdio à realidade tecno-social do mundo contemporâneo, a sociedade industrial de tipo liberal*, entre outros acontecimentos, a origem do pensamento liberal, em que inventa ou reelabora temas que formariam posteriormente o fundamento teórico do liberalismo, como a doutrina da tolerância de *Voltaire*, ou das garantias contra o Estado com *Montesquieu*, também a ideia de progresso com *Condorcet*, ou a função da ciência no aprimoramento material e moral dos homens com *Diderot*, isto é, em geral, os ensinamentos dos direitos humanos em maior ou menor grau dos principais autores¹⁰⁴.

No conhecido *século das luzes*, o principal objetivo se constituiu em atingir a liberdade e a felicidade, pretensões essenciais que sem procrastinar o poder absoluto se justificou a si mesmo, ou trata de se justificar, como é o mais favorável para promover e resguardar a liberdade e a prosperidade dos súditos. A razão e a crítica estavam a serviço de uma modificação e renovação, ou de um escopo de mudança e renovação, desde o fundamento até a sua concretização, no mundo e, especialmente, na vida ¹⁰⁵.

Ademais, a filosofia da natureza presente no Iluminismo delineava uma inclinação ou vertente que produziu as diversas ideias, conhecidas como *materialismo do século XVIII*¹⁰⁶. Dentre os vários materialismos do século XVII, os últimos eram tidos como mecanicistas ao passo que os do século XVIII eram em geral vitalistas ou biológicos, como os pensadores *Lamettrie*, *Diderot*, *D'Holbach*, *Maupertuis* e *Helvétius*¹⁰⁷.

Nessa época, vale ressaltar que para as ideias atingirem o seu público, o discurso iluminista inventa formas novas, como as cartas, os dicionários e os contos filosóficos, ou seja, é uma criação narrativa e enunciativa seguida de uma procura da legitimidade, em que o homem do Iluminismo não para de se interrogar sobre o seu direito à palavra e sua vinculação com a verdade e, pelas menções de *Voltaire*, percebe-se que é na imagem de si mesmo que os iluministas legitimam o seu combate, fundamentando a verdade de suas proposições na razão, na demonstração e na observação, aliando-se um dom da natureza, um método e um trabalho 108.

ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger. Da Renascença ao Século das Luzes. **História da Vida Privada.** V. 3. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 11 reimpressão, 2.006, p. 397.

¹⁰⁴ ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do Iluminismo.** São Paulo: Companhia das Letras. 2ª ed., 2.008.

¹⁰⁵ RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. *Op., cit.*, pp. 234 e 235.

¹⁰⁶ GUSDORF, Georges. **Introduction aux sciences humaines.** Paris: Ophrys, 1.974, p. 229 e 243.

¹⁰⁷ CALAZANS FALCON, Francisco José. **Iluminismo**. *Op.*, *cit.*, p. 58.

Além disso, importante observar que nesse período o filósofo do Iluminismo continua muito subordinado a uma concepção religiosa com a verdade, chegando, até mesmo, a ir mais a frente de suas afirmações, como se esse filósofo fosse um inspirador, haja vista Diderot em *Ensaio de M. A... sobre o mérito e a virtude (Essai de M. S... sur le mérite et la vertu*), quando concebe uns e outros empossados de missões comparáveis. Todavia, somente com *Jean-Jacques Rousseau* e sua refutação radical é que a filosofia modifica essa imagem de suas relações com a verdade, no qual se procura definir moralmente a posição do enunciado filosófico¹⁰⁹.

De tal modo, Rousseau compreende que a reflexão moral é para a verdade filosófica o que o raciocínio é para a precisão filosófica, isto é, passou-se do privado para o íntimo e, nesse sentido, a moral é considerada menos como um fator de união das relações entre os indivíduos que como um sentimento de pureza do eu¹¹⁰.

Outrossim, esse remanejamento de critério de verdade de normas exteriores, como validade do raciocínio ou conformidade à razão, para uma persuasão íntima e uma compreensão do eu, fez-se válida no século XIX, permanecendo minoritária no século XVIII; mas, essa ideia inseriu um rompimento fundamental na lógica do Iluminismo e no sistema de ideias do escritor e da escritura dominante nos séculos XVII e XVIII, ou seja, a partir dessa percebe-se a organização de uma ideologia e uma representação do escritor-pensador, em total desacordo com o ideal clássico 111.

Nesse contexto de desenvolvimento de ideias e conceitos, constata-se que o Iluminismo ocasionou um vasto impacto na vida política e intelectual da maior parte dos países ocidentais, tais como a consolidação de Estados-nação, a expansão de direitos civis, e a redução da influência de instituições hierárquicas como a Nobreza e a Igreja. Também, exerceu influência na incitação da Revolução Francesa, na Constituição Polaca de 1.791, na Revolução Dezembrista na Rússia em 1.825, nos movimentos de independência na Grécia e nos Bálcãs em 1.829, bem como a emancipação nacional ocorrida no continente americano a partir de 1.776¹¹².

Contudo, na evolução histórica do pensamento humano, destacaram-se iluministas notáveis que com a alma inquieta interferiram na formação das ideias e nos

_

¹⁰⁹ Idem, pp. 397 e 398.

¹¹⁰ Idem, p. 399.

ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger. Da Renascença ao Século das Luzes. *Op., cit.*, p. 399.

¹¹² HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções: Europa 1.789 – 1.848.** Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 22ª ed., 2.007.

conceitos existentes até aquele período, originando a base de toda estrutura filosófica das luzes e consolidando os princípios inerentes.

De todos os pensadores dessa época vale destacar o nome de Beccaria (Cesare Bonesana. Marquês de Beccaria, nasceu e faleceu em Milão: 1.738 – 1.794), que foi um jurista, filósofo, economista e literato italiano; com uma educação sólida e de elevada qualidade oferecida pelos jesuítas, em Paris, Beccaria dedicou-se ao estudo da literatura e da matemática. Posteriormente, ao conhecer as obras de Montesquieu (em especial: Lettres Persanes) e de Helvétius (L'Esprit), bem como os demais escritos de Rousseau, Diderot e Buffon, todas as suas apreensões se voltaram para o estudo da filosofia. A problemática das injustiças dos processos criminais daquele tempo e as complexas dificuldades que envolvem essa matéria ocuparam o jurista-filósofo e, a partir disso, em 1.763, aos 26 anos, inicia a escrever o livro Dos delitos e das penas (Dei delitti e $delle\ pene)^{113}$.

Por conseguinte, com esse documento Beccaria denuncia à truculência dos suplícios, os julgamentos secretos, as torturas utilizadas como meio de colher a prova do crime, a prática de confiscar os bens do condenado, as penas desproporcionais aos delitos e, ainda, apresenta uma de suas teses, ou seja, a igualdade dos criminosos que cometem o mesmo delito perante a lei, pois em sua época o sistema penal adotado considerava a distinção entre as classes sociais. Outrossim, propõe a divisão entre o Poder Judiciário e o Legislativo, bem como institui fronteiras entre a justiça divina e a justiça dos homens, no que se refere aos castigos e as penas¹¹⁴.

Nesse sentido, observa-se que para esse filósofo das luzes o direito de punir fundamenta-se na segurança geral da sociedade e, aliás, a aplicação das penas não deve traduzir vingança coletiva, mas, sim, uma justiça preocupada com a prevenção do crime e a recuperação do criminoso, ou seja, é o cuidado com o bem comum que deve visar apenas à defesa da coletividade e à utilidade pública; com este raciocínio Beccaria afirma a inutilidade da pena de morte e do direito de vingança¹¹⁵.

Essa obra, Dos delitos e das penas, proporcionou uma repercussão fantástica no mundo, em especial com os filósofos ligados ao Iluminismo, o quê ocasionou as traduções, discussões e comentários em praticamente todos os idiomas; por exemplo, o

¹¹³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret,

¹¹⁴ Ibidem.
115 Ibidem.

Abade Morellet fez a tradução para o francês, país em que recebeu notas de *Diderot* e comentários de *Voltaire, D'Alembert, Buffon*, entre outros. No século XIX, o reconhecido criminalista *Mittermaier*, autor de *Tratado da Prova*, fez comentários elogiosos sobre o livro, o qual também influenciou os trabalhos de *Feuerbach*, *Carmignani*, *Rossi*, *Filangieri*, isto é, os predecessores da *Escola Clássica*¹¹⁶.

A partir dessa sublevação do pensamento, em suma, é a legislação que deverá conter em sua essência os princípios da igualdade, fraternidade e solidariedade; para tornar os homens mais felizes, unidos e harmonizados entre si, numa estrutura que se baseia na humanização das condutas e decisões do *Estado* frente aos seus cidadãos, com início na reforma dos códigos, dos processos, dos tribunais e das prisões. Dessa forma, diz respeito a essa ordem de preocupações o tratado de *Beccaria*, a luta pelo banimento da tortura e os projetos de prisões-modelo de *Jeremy Benthan*¹¹⁷.

Consequentemente, o *reino da crítica*, entenda-se o *século das luzes*, demonstrou que a Revolução Francesa em 1.789 foi uma consequência, historicamente necessária, da reprovação dos iluministas ao Estado e à sociedade do Antigo Regime¹¹⁸. *Jiménez de Asúa* menciona que a revolução, primeiro nas ideias (Enciclopédia e *Aufklärung*) e em seguida na realidade política, gerou um novo modo de ser¹¹⁹.

Assim, verifica-se que *Beccaria* e outros iluministas, ao reformularem todo um sistema com princípios e estrutura filosófico-político-social, propondo uma relação humana entre Estado e pessoa, mais que arquitetar um Direito Penal e carcerário novo, reprovaram o existente, procurando destruir o já ultrapassado; por isso são revolucionários. A Revolução Francesa veio apadrinhar de modo decisivo o andamento da reforma penal.

1.4.3 A reforma penal do Iluminismo: codificações

O Iluminismo exerceu forte influência no Direito, basta examinar as questões referentes ao sistema da teoria da lei, a doutrina dos direitos naturais e a possibilidade de resistência à opressão do Estado. Em um primeiro momento há uma

¹¹⁶ Ibidem.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 25ª ed., 2.002.

KOSELLECK, Reinhart. **Critica illuminista e crisi della società borghese.** Tradução italiana de Giuseppina Panzieri e de Vanna Polacchini. Bologna: Il Mulino, 1.972.

¹¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** Tomo I. Buenos Aires: Losada, 3ª ed., 1.964, p. 263.

sensação de que o homem deposita no direito todas as suas ânsias vitais e espera a solução dos problemas essenciais da vida, sem balançar, nesse escopo, nem ante a necessidade de torturar a natureza desse instrumento social, para adequar nele, não somente a autoridade, mas o mesmo homem¹²⁰.

Do mesmo modo, vale ressaltar a posição inteligente de *Leonard Woolf* quando menciona a nova característica do *Estado Democrático Moderno* após o *século das luzes*, isto é, o pensamento de que o objeto da organização política é a felicidade de todas as pessoas¹²¹, seguindo as bases filosóficas daquela época. Logo, ao entender-se que a doutrina penal humana se inicia com a célebre publicação de *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, constata-se que esta não foi um tratado de matéria criminal apenas, mas, além disso, foi uma intensa denúncia contra as barbaridades do direito penal do antigo regime¹²².

O direito penal em consonância com as estruturas e princípios do Iluminismo se propõe a um fim de utilidade comum e estabelece as bases para determinar a responsabilidade penal, em que não se deve medir esta pela vontade do criminoso nem na gravidade do delito, pois isso é um erro de critério porque na maioria das vezes a melhor intenção causa danos relevantes à sociedade e às vezes a pior intenção causa grandes bens. Desse modo, o único critério para medir a responsabilidade penal é o dano causado à sociedade 123.

Ainda, ao examinar a pena, esta não tem um fim de vingança e nem anula o crime cometido, segundo *Beccaria*, pois sua finalidade é puramente preventiva, ou seja, coibir que o réu cometa novos delitos e evitar que outros façam o mesmo. Mas, para *Jeremy Benthan* (1.748 – 1.832) a pena se justifica por sua necessidade, é a imposição de um mal em razão de um fato cometido ou omitido, com a finalidade de prevenção geral¹²⁴.

No ritmo das mudanças ocorridas no século XVIII, em 1.751, ainda o *Código Bávaro* detém a pena de morte na fogueira e o delito de comércio sexual com o diabo. Após, em 1.768, a *Constituição Criminal Teresiana* continua aceitando a tortura em consonância com o espírito racionalista e legalista da época, prescreve com minuciosidade e cuidado as formas de aplicá-la, servindo-se de quarenta e oito tábuas ilustradas para isso. Em 1.773, *Maria Teresa*, por meio de um regulamento suspende a sua aplicação e, em

¹²⁰ SOLER, Sebastián. **Ley, Historia y Libertad**. *Op.*, *cit.*, pp. 64 e 67.

WOOLF, Leonard. **After the Deluge.** Bristol: Pelican Books, 1.937, p. 155.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal: parte general. Tomo I. Barcelona: Bosh, 11ª ed., 1.953, p.
 44.

¹²³ Idem, p. 45.

¹²⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal: parte general. Op., cit., p. 45.

seguida, no ano de 1.776, há o decreto geral e sem limitação que a abole em todos os Estados do Império¹²⁵.

Porém, essa medida não era obrigatória para os Estados italianos, onde a tortura estava presente em quantidade maior do que nos Estados alemães e, inclusive, com a aprovação nos respectivos órgãos governamentais supremos, como por exemplo, o Senado de Milão e o Conselho de Mantua; e, enquanto este se mostrou propício ao desaparecimento do sofrimento, aquele se pronunciou contra, mas com vigência e aplicação até o ano de 1.784, pois, a partir disto, *José II* a extinguiu sem contemplação ¹²⁶.

Em 1.786, acontece a Reforma da legislação criminal toscana de Pedro Leopoldo, porque até essas mudanças o Código Toscano, bem como o Código Austríaco, punia a blasfêmia e a feitiçaria. Depois, em 1.787, José II dita a Constituição Criminal Josefina do Império, encontrando-se com as reformas penais da Ilustração. Entretanto, é imperativo mencionar que Catalina II quis atrair Beccaria com a finalidade de adotar na Rússia um novo direito punitivo e que Carlos III almejou, igualmente, reformar as leis penais da Espanha¹²⁷.

Aliás, o raciocínio proporcionado pelas palavras de Beccaria influenciou várias mudanças, haja vista o entendimento de que o rigor da prisão não precavia os delitos com maior segurança, mas sim a certeza de punição, bem como a atenção do juiz e essa austeridade inalterável como uma virtude do magistrado quando as leis são brandas, já que o homem estremece à ideia dos menores males, ao visualizar a impossibilidade de evitá los^{128} .

Contudo, evidencia-se em Immanuel Kant uma censura a Bonesana em seu sentimento de humanidade mal entendido, mas Guido de Ruggiero e Piero Calamandrei fizeram um manifesto dizendo que a obra Dos delitos e das penas se antecipa ao imperativo categórico do filósofo Koenigsberg e ao profundo respeito que envolve a pessoa humana em sua inalienabilidade como entidade moral, quando no parágrafo XXVII de seu escrito diz que a liberdade deixa de existir sempre que as leis permitam que em

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁵ RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. Op., cit., p. 243.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2.001, p. 64.

determinadas circunstâncias um cidadão deixe de ser um homem para vir a ser uma coisa¹²⁹.

Portanto, ao analisar essa frase, constata-se que em matéria de política criminal *Beccaria* ressalta o valor de se elaborar leis tratando o homem como pessoa e não como instrumento de persecução de certos e determinados objetivos, mesmo que o fim seja o valor contra fático da norma e, dessa forma, o Estado deve servir a pessoa com o único fito de assegurar *a máxima felicidade repartida pelo maior número* (Introdução) ¹³⁰.

A reforma penal proporcionada pelo Iluminismo apresentou três grandes princípios que foram determinantes para o seu desenvolvimento e realização, como, no primeiro momento a configuração e consagração do dogma ou axioma da legalidade, consignado no artigo oitavo da *Declaração Francesa dos Direitos do Homem*; em segundo lugar, surge a exclusão ou atenuação dos delitos que já não condizem com as valorações da ocasião, ou seja, desaparece na *Reforma toscana* o delito de lesa majestade com as excrescências absurdas, bem como as tipificações sobre a magia, feitiçaria e outras condutas parecidas, fruto da racionalização e laicização do direito criminal. Enfim, o terceiro princípio reformador aparece com a humanização ou mitigação das penalidades, opondo-se a pena de morte, a mutilação, a confiscação, a marca e a infâmia, consagrando-se o princípio da personalidade e das punições, os quais estabelecerão a proporcionalidade das diversas gravidades dos respectivos delitos. Por outro lado, o *Código Leopoldino* ainda mantinha as penas de exposição e açoites em público, no entanto, utiliza com preferência as penas restritivas e privativas de liberdade¹³¹.

Nesse período surge uma nova ideia para as multas, isto é, *Gaetano Filangieri* propõe a imposição desta nos delitos originados pela cobiça e, além disso, não deveria ser expresso em quantidade de dinheiro fixo e igual para todos, salvo na proporção dos bens do réu. Ademais, vale frisar que *Vidaurre* no projeto de código para o Chile e Peru de 1.828, apresenta um moderno sistema de dias multa.

Mas, no fluxo dessas mudanças há aquelas destinadas às regras processuais, ocorridas no século XVIII, que não foram menos importantes, pois as maiores ameaças para a liberdade e direitos fundamentais do indivíduo estavam nas carências dos

¹³⁰ FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. **Boletim da Faculdade de Direito.** Vol. LXXIV. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1.998, p. 92.

¹²⁹ KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos do direito.** Tradução de Lizárraga, Libréria de Victoriano Suárez. Madrid, 1.873, § XLIX, "Del derecho de castigar y de perdonar", p. 201. *Apud:* RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. *Op.*, *cit.*, p. 244.

¹³¹ RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. *Op., cit.*, p. 245.

procedimentos e regulações criminais, ou a falta desta e o abandono da execução das penas¹³².

Consequentemente, *Marat* apresenta com elocução a questão da administração da justiça em público, até, então, longe dos olhos do povo e que, segundo *Beccaria*, todo criminoso deveria ser *julgado na cara do céu e da terra*, dedicando o parágrafo *IX* para denunciar a barbaridade das *acusações secretas*, um verdadeiro abuso que *torna os homens faltos e pérfidos*, devido à impotência da constituição de diversos governos naquela época. Entretanto, vale mencionar que na *Reforma toscana* foi proibido com vigor tais acusações e qualquer ato secreto nos processos, bem como ordena categoricamente a publicidade de todos os atos processuais ¹³³.

Também, a necessidade da *independência dos Tribunais e Juízes* foi tema para *Marat*, isto é, os tribunais criminais devem ser completamente independentes, já que do contrário estariam sempre às *ordens do patrão* que os originam, e nunca os consultariam sem sua vontade. No mais, foi abordado o *princípio da inocência*, em especial no artigo nono da *Declaração revolucionária*, no qual todo homem é inocente até que tenha sido declarado culpado e, ainda, *Marat* explica que se não resultou provada aos olhos dos juízes a responsabilidade do acusado, não há direito para tratá-lo como culpado¹³⁴.

Com relação ao rigor do encarceramento dos processados, este deve persistir no menor tempo possível, isto é, deve ser na medida necessária entre o fato ocorrido e o suficiente para impressionar o espírito rude de um povo como, também, para impedir a fuga, bem como para não haver ocultação das provas dos delitos, consoante *Beccaria* no parágrafo *XV* da sua obra.

Destarte, no tocante às provas, não era eficiente o juramento de dizer a verdade exigida ao réu, vindo a ser proibida de forma absoluta na *Reforma toscana*, assim como os outros tipos de juramentos realizados pelas testemunhas e, além disso, também é vedada a contumácia do réu como uma forma de confissão e descreve o uso das provas chamadas privilegiadas (aquelas admitidas em certos delitos, por sua natureza)¹³⁵.

¹³² Idem, pp. 245 - 247.

¹³³ Plan de législation criminelle. Texte conforme à l'edition de 1.790. Introduction, notes et postface de Daniel Hamiche, Aubier Montaigne. Paris, 1.974, p. 161. *In:* RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. *Op., cit.*, pp. 248 - 250. ¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Plan de législation criminelle. Texte conforme à l'edition de 1.790. Introduction, notes et postface de Daniel Hamiche, Aubier Montaigne. Paris, 1.974, p. 161. *In:* RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. *Op.*, *cit*.

Contudo, de todas as mudanças, a abolição da tortura foi a mais importante, em 1.754 e 1.756 por *Frederico II*; mas, *Voltaire* a admitia excepcionalmente para aqueles que assassinassem um pai de família ou da pátria e, ainda, a defende só para o caso do assassinato de Enrique IV, enunciado como *amigo da nossa república*, *da Europa* e *do gênero humano*. Ademias, *Joseph von Sonnenfels* se opõe a ela sem exceções ¹³⁶, e *Pietro Verri* escreveu, entre 1.770 e 1.777, a sua forte oposição contra esse instrumento selvagem, vindo a publicá-la somente em 1.804, sete anos depois de sua morte, para evitar um confronto agressivo com seu pai Gabriele Verri (Senador da Lombardia), pois, em 1.776, a imperatriz da Alemanha, Maria Teresa de Áustria, decretou a abolição da tortura em todos os Estados integrantes do Império e foi solicitado ao pai de *Verri* que acolhesse a nova disposição e formalizasse por lei em seu território; porém, o Senador opinou contra a abolição, por entender conveniente manter a tortura legal no ducado, seguido pela maioria dos senadores, manteve essa forma bárbara de punição-inquirição¹³⁷.

Do mesmo modo, a *Reforma toscana* proibiu e aboliu o *bárbaro e detestável* abuso da faculdade que as legislações outorgavam de matar impunemente e com promessa de uma recompensa a certos delinquentes em rebeldia. Em seguida, há também as penas de privação da liberdade executadas em prisões, na qual *Marat* assevera a importância da vista por um magistrado respeitável, no sentido de regular o tratamento dos diferentes criminosos, bem como comprovado o envolvimento injusto de alguém em um processo criminal, que seja este indenizado. Isso originou as *penas de multa* responsáveis por um *caixa de indenizações* às vítimas processadas sem motivo (entenda-se processadas ou encarceradas e logo soltas sem dolo nem culpa por nada), ou quando estas não alcançam a reparação do agressor por escassez de recursos ou por ter fugido ¹³⁸.

Todavia, isso demonstra a evolução do pensamento humanista ao longo do tempo nas codificações penais, basta retornar à época de *Immanuel Kant* quando o direito penal era um direito que afirmava o poder do soberano perante seus súditos, por meio do sofrimento nos casos de delito; em seguida, *Ludwig Feuerbach* ao expor a doutrina da intimidação da coletividade mediante coação psicológica originada por cominação legal da pena e por sua execução quando aquela não seja suficiente para conter o criminoso; após, *Roeder*, Professor na Universidade de Heidelberg (formulou uma

¹³⁶ SONNENFELS, Joseph von. Über die Abschaffung de Tortur, Zurich, 1.775. *In:* RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. *Op.*, *cit.*, p. 251.

_

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura.** Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari. Tradução de Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes. 2ª ed., 2.000.

¹³⁸ RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. *Op., cit.*, pp. 252 – 254.

doutrina penal que não teve repercussão em seu país e nem no estrangeiro, com exceção da Espanha, onde suas teorias penetraram e se difundiram com a filosofia krausista, de sua direção), que considerava a pena como um tratamento puramente correcional para reformar a injusta vontade do delinquente sem se limitar a alcançar a mera legalidade externa das ações humanas, sendo a íntima e completa justiça de sua vontade; até chegar a doutrina clássica do direito penal, entre os quais se destacam com maior relevo os nomes de *Francesco Carrara, Pelegrino Rossi* e *Carmignani*, em uma viva contradição, ou seja, para uns predominava o princípio moral como base do direito penal e para outros o fundamentava sobre o princípio político, e ainda, para uns a pena tinha um sentido exclusivamente retributivo, enquanto outros acreditavam em uma finalidade puramente preventiva¹³⁹.

Aliás, surge na sequência a escola positivista italiana como uma nova etapa do direito penal, isto é, diferenciada especialmente pelo deslocamento do critério repressivo fundamentado na apreciação objetiva do delito e sua substituição, pelo preponderante apego à personalidade do culpado. Os juristas que mais se destacaram nessa escola foram: *César Lombroso, Enrique Ferri* e *Rafael Garofalo*; bem como os princípios fundamentais dessa escola foram: o delito como um fenômeno natural e social produzido por causas de ordem biológica, física e social; o delinquente é biológica e psiquicamente um anormal; a vontade humana está determinada por fluxos de ordem física, psíquica e social, em que o livre-arbítrio da liberdade humana é uma ilusão; a responsabilidade penal deixa de fundamentar-se na imputação moral construindo-se sobre a responsabilidade social; a função penal tem como fim a defesa social¹⁴⁰.

Posteriormente, aparece a *terza scuola*, denominada *escola crítica*, destacando-se *Alimena* e *Carnevale*, como uma oposição à doutrina da escola positiva mesmo que aceito alguns de seus princípios fundamentais. Logo, os princípios básicos dessa escola formam: a imputabilidade baseada na dirigibilidade dos atos do homem; a natureza da pena enraizada na coação psicológica; a pena tem por fim a defesa social. Por outro lado, contra a doutrina alemã (*Binding*, *Hälschner* e outros) fundamentadas no livre arbítrio com base na imputabilidade e na pena de retribuição surgiu a doutrina de *Von Liszt*, em que o delito não é fruto do livre-arbítrio, mas também se origina do influxo de causas de diversas índoles, umas de caráter individual, outras de caráter externo, físicas,

¹³⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal: parte general.** Tomo I. *Op.*, *cit.*, pp. 46 – 51. Idem, pp. 52 – 54.

sociais e especialmente econômicas; desse modo, a ideologia de *von Liszt* seguiu os seguintes traços fundamentais: repudiação da pena retributiva; afirmação da pena finalística; predomínio da finalidade de prevenção especial¹⁴¹.

Enfim, a *direção técnico-jurídica*, basicamente italiana, com *Arturo Rocco* inicialmente e, após, seguido por *Manzini, Massari, Battaglini, Petrocelli* e outros, onde formulou uma diretiva sobre a construção da direção técnico-jurídica¹⁴², na qual a ciência penal não aspira indagação filosófica de um direito penal natural e nem à formação do direito penal do futuro. O delito se idealiza como uma pura relação jurídica prescindindo de seus aspectos pessoais e sociais. A pena é uma reação jurídica contra o delito realizado por imputáveis, porém, os inimputáveis são submetidos a medidas de segurança de caráter administrativo e desprovidas de sentido penal¹⁴³.

Assim, o sistema formado pelas estruturas e princípios do Iluminismo foi se transferindo de *pensador a* pensador, conforme o entendimento de cada um dos diversos *iluminados*, onde as regras e os regulamentos tinham que ser firmes, únicos, unitários e, devido a isto, apresentar uma ordenação, ou seja, com normas que ofereçam proteção e garantias as pessoas, ao Estado e aqueles contra este; consoante uma filosofia humanista e a construção de modelos dogmáticos defendida por Miguel Reale¹⁴⁴, em que o desenvolvimento científico trará um respaldo.

O Iluminismo foi a origem do pensamento liberal cunhando temas que estabeleceram no futuro o alicerce teórico do liberalismo; foi a doutrina da burguesia europeia durante sua batalha contra o feudalismo e, depois de convertida em classe dominante, rejeitou o sistema militante transformando-o em ideologia legitimadora, não deixando de existir as *liberdades* iluministas, mas transfigurando-as em simples aparências formais ¹⁴⁵.

De tal forma, a Revolução Francesa não foi um fato acidental, isto é, as ideias do iluminismo francês estavam fundadas em *John Locke*, em um processo de ordem social e econômico; é o viés do culturalismo que nos leva a compreender todo o processo, uma conjuntura de circunstâncias que se caracterizaram na análise filosófica daquele tempo envolvendo as ciências, artes, filosofias, direitos e outros, mas não numa revolução.

145 ROUANET, Sergio Paulo. As razões do Iluminismo. Op., cit.

-

¹⁴¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal: parte general.** Tomo I. *Op.*, *cit.*, pp. 56 – 57.

¹⁴² Il problema e il método della scienza del diritto penale, en Riv. di direito e procedura penale, 1.910, pág. 497, y sigts. y 571 y sigts.

¹⁴³ CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal: parte general.** Tomo I. *Op.*, *cit.*, p. 58.

¹⁴⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** São Paulo: Saraiva. 25ª ed., 2.000, pp. 323 – 328.

Portanto, é o caos social e os movimentos de rebeldia cultural que levam a um novo regime de ordem econômica e social. No plano dos costumes, do cotidiano, essas alterações não faziam sentido, pois as diferenças estavam no fortalecimento da burguesia, já que a terra significava um valor econômico, devido a concorrência da *terra* com o comércio mercantilista, no qual este ficou marcado pelo forte desenvolvimento urbano e científico. Há toda uma modificação de ideias e no plano de fundo da vida, bem como é a partir dos sentidos que se conclui a razão humana como um "dom"; porém, este é um instrumento para obtenção da verdade e com *Montesquieu*, devido aos estudos dos costumes e geografia dos povos, constata-se que a *razão humana* é imutável, inalterável.

O Iluminismo torna-se histórico e o homem se apresenta como alguém idêntico em todos os momentos, encontrando o seu destino e verdade enquanto *experimenta*; a ilustração acredita na evolução do ser humano e do mundo, com o aspecto econômico fortalecedor da burguesia e enfraquecedor da nobreza, que gerou consequência na economia.

Além disso, há uma contestação das ideias religiosas por meio do raciocínio da liberdade de consciência, ressaltando-se *Voltaire* ao desenvolver contra esse conservadorismo radical, o espírito de intolerância religiosa que lhe anda associada e as estruturas judiciais mais arcaicas do Antigo Regime, o escrito intitulado *Tratado sobre a tolerância* (1.763). Tomando a defesa da família *Calas* perseguida com a maior crueldade pelas autoridades de *Toulouse*, Voltaire empenha-se pessoalmente no processo de revisão da sentença que levara *Jean Calas* ao patíbulo e acaba por redigir essa obra.

Há no Iluminismo um espírito de *crítica permanente*, uma vez que se apresentava como uma obra de demolição em três etapas, segundo a versão *conservadora* de *Taine*, isto é, a desmoralização da religião por *Voltaire*, dos costumes por *Diderot* e da ordem social por *Rousseau*¹⁴⁶.

Logo, existia a busca da liberdade, esta era o direito de escolher o pensamento, a convicção religiosa, ou seja, é a *segurança* e o *modo* para efetivar a vontade íntima de cada um. Em 1.778 já tinha germinado a ideia de *Montesquieu* e de *Voltaire* que veio a desembocar na Revolução Francesa juntamente com a crise financeira da época

¹⁴⁶ ROUANET, Sergio Paulo. As razões do Iluminismo. Op., cit.

(pior colheita; falta de pão, trigo etc.), além de Luis XVI ter financiado a Revolução Americana, fato este que piorou a crise francesa¹⁴⁷.

Luis XVI sofria críticas relacionadas à fragilidade de como enfrentava os nobres e, além disso, todo esse processo já havia abocado influências no Direito, em todas as áreas. Nos séculos XVI e XVII houve uma perseguição enorme que atingiu a consciência do indivíduo perante o Estado, isto é, as constituições e as declarações de direitos assumem um significado de *limites*, não sendo possível ultrapassa-la. Isso significou a busca de segurança e certeza, originando um direito único.

As leis devem ser simples, diretas, representativas, imparciais e aplicadas. Nesta, o juiz deveria ser apenas aquele que examina os fatos, pois se o magistrado analisar e interpretar a lei irá corrompê-la, segundo *Voltaire*. O medo não era do rei e, sim, agora do juiz. Consequentemente, ao se tratar da aplicação da lei o maior temor era da interferência subjetiva do juiz chegando, em um determinado momento, a entender-se que o Judiciário deveria existir sem interpretações; mas, isto é impossível, porque os profissionais assim o fazem em todos os ofícios. Porém, os iluministas entendem que o juiz não deve interpretar, isto é, *o juiz é do fato*¹⁴⁸. *Beccaria*, em *Dos delitos e das penas*, diz como deve ser a lei e o processo, havendo a *presunção de inocência* para salvar o inocente das arbitrariedades do Estado em sua volúpia de punir.

Igualmente, é necessário unidade e ordenação para que as matérias possam ser contestadas e não existam antinomias; precisa-se elaborar uma lei que dê garantias ao indivíduo. Essa ordenação deve se desenvolver numa ordem doutrinária, na construção jurídica, o que significa a construção de modelos dogmáticos, consoante os ensinamentos de Miguel Reale¹⁴⁹. É a busca da construção científica do direito penal com a necessidade de aprofundamento de diversos institutos, originando-se os Códigos, no qual se destaca como o primeiro moderno o *Código Criminal Josefino*, com a parte geral; assim, surge a necessidade de existir parte geral nos Códigos.

A parte geral representa o limite de incidência da parte especial, estabelecendo-se garantias, e a construção científica do Direito, no sentido de atender os anseios da liberdade, determinam à construção da parte geral, pois nesta há uma ideia de ordenação, unidade e certeza. O sistema tinha que ser firme, único e unitário, bem como o

¹⁴⁷ HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções: Europa 1.789 – 1.848.** Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 22ª ed., 2.007.

¹⁴⁸ VOLTAIRE. **O preço da justiça.** Apresentação de Acrísio Tôrres. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes. 2ª ed., 2.006.

¹⁴⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. *Op.*, *cit*.

juiz apreciaria o fato sem interpretações, tudo isso para alcançar a *segurança*, já que esta era o objetivo de todo o sistema iluminista.

Assim, observa-se que não existe Justiça sem incertezas e é da natureza do Direito a interpretação, bem como a decisão ser fruto de uma perspectiva geral do juiz. Portanto, mesmo havendo um amor a Justiça sem um apego ao formalismo no Iluminismo, a concretização plena do *sonho das luzes* é absolutamente inalcançável.

CAPÍTULO 2 - ESCOLAS PENAIS

Com a evolução da humanidade, principalmente com a filosofia do século XVIII, bem como a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a sociedade deveria encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre a transgressão e o castigo, ocasionando, assim, a mitigação das penas¹⁵⁰.

Portanto, com o fim do absolutismo, as penas deixaram de reafirmar o poder do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade, bem como perdiam o seu caráter religioso, afastando o caráter de penitência, ou seja, o poder de castigar já não seria justificável como um atributo do mais forte ou por questões religiosas; mas, deveria justificar-se como se fora conveniente para a sociedade¹⁵¹.

A partir *Dos delitos e das penas*, de Marquês de Beccaria, constata-se o ideal de abolir a pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral, no que se refere aos que têm firme determinação de praticar o crime; assim como a impossibilidade dessa sanção com base no contrato social¹⁵².

Ainda, Beccaria também defende a atenuação das penas, estabelecendo um rol dialético entre a necessidade da pena para prevenção geral, e a liberdade individual, consoante o princípio da máxima segurança e da máxima liberdade; isto é, do princípio utilitarista da máxima felicidade do maior número e da ideia do contrato social segue-se que o critério da medida da pena é o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual que ela implica¹⁵³.

Por conseguinte, o artigo 8º da Declaração de 1789, devido a influência da obra de Beccaria, preceituou que a legislação só deve estabelecer penas estritas e necessárias, passando a constituir um dos fundamentos do Direito Penal contemporâneo, como, por exemplo, o atual Código Penal Brasileiro ao determinar no artigo 59 que a pena seja fixada segundo o critério de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime¹⁵⁴.

¹⁵⁰ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p.79.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Contradicciones y Dificultades de las Teorías Del Castigo en el Pensamiento de La Ilustración. In: Mitologías y Discursos sobre el Castigo: Historia del presente y posibles escenarios. Coordenação Iñaki Rivera Beiras. Barcelona: Anthropos, 2004, p. 26.

¹⁵² DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 81.

¹⁵³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 34.

¹⁵⁴ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. Fundamentos da pena, cit., p. 83.

Enfim, Beccaria também era contra a tortura, posicionando-se como sendo um meio inútil, uma vez que o inocente para escapar dos sofrimentos, admitiria sua culpa, enquanto o responsável permaneceria isento de punição, caso os suportasse e, sendo assim, concluía que a tortura seria um meio de condenar o inocente débil e absolver o criminoso forte¹⁵⁵.

O Marquês de Beccaria é considerado o incentivador da Escola Clássica, estado a sua obra inserida no período humanista como uma das precursoras dessa orientação penal.

2.1 Escola Clássica

Na segunda metade do século XIX, os princípios da Escola Clássica foram consolidados por Francesco Carrara (1805 – 1888) em seu *Programa del corso de diritto criminale*, publicado em 1859, porque, até então, a produção científica dessa escola não apresentava homogeneidade, não tendo o cunho de sistema, posto que os doutrinadores possuíam opiniões divergentes, posições contrapostas¹⁵⁶.

Nesse *Programa* Carrara entendia que o delito é um *ente jurídico* movido por duas forças: a física, compreendido no movimento corpóreo e o dano do crime, e a moral, formada pela vontade livre e consciente do criminoso. Afinal, o livre arbítrio é um pressuposto da afirmação da responsabilidade e da aplicação da pena; é o ponto central do sistema carrariano¹⁵⁷.

Há que se verificar a importância de Carrara quando se deu o enfrentamento dos positivistas com todo o pensamento penal anterior, no qual Enrico Ferri teve a ideia fantasiosa de agrupá-los no rótulo de *escola clássica*, considerando que Beccaria havia sido o fundador e Carrara seu maior expoente. Portanto, semelhante escola jamais existiu, o que não retira de Carrara seu mérito de grande edificador, que seguindo os passos de Giovani Carmignani, desenvolveu suas ideias com bem maior amplitude¹⁵⁸.

Giovani Carmignani escreveu a *Teoria della legge dela sicurenzza* sociale (1832), que se tornou a sua obra fundamental, isto é, ele parte do *contrato social*,

¹⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

¹⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. 23ª ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2006, p. 20.

¹⁵⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2ª ed. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão da tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 69.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal.** Parte general. 6ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1997, p. 221.

de Jean-Jacques Rosseau, para reafirmar ser o objetivo fundamental da existência em sociedade o alcance da felicidade coletiva, distinguindo, assim, o plano moral daquele reservado ao Direito, falando, desta feita, em Direito natural e em Direito político. Carmignani faz uma clara distinção entre a *ciência do direito criminal político*, ou seja, a política criminal (a cujo campo pertencia Beccaria) e a *jurisprudência criminal*, ou seja, a ciência do direito penal já constituído. Não fundamenta a necessidade de punição dos delitos em nenhuma razão de justiça absoluta, mas sim em considerações estritamente práticas¹⁵⁹.

Não havia nada de extra-sensorial em seu conceito de pena, que se constitui em obstáculo político à prática dos crimes. A pena objetiva, em Carmignani, é a preservação pela intimidação, o que representa a desconsideração de qualquer caráter retributivo 160. Por outro lado, haverá em Pelegrino Rossi opção pela mistura entre Justiça e Direito na medida em que desenvolve seus estudos, chega, a uma importante sistematização do Direito Penal, considerado um dos primeiros trabalhos desse gênero, ou seja, para Rossi a pena não representa nada mais que retribuição, sendo, em resumo, o mal pelo mal 161.

Em seguida, vale destacar o pensamento classicista alemão de Paulo Anselmo de Feuerbach, em que a pena constitui um instrumento para a conservação da ordem e da segurança social, uma vez que o autor a avalia como eficaz na eliminação do desejo delituoso no criminoso potencial, ou seja, a pena não tem cunho retributivo, mas preventivo. Feuerbach visualizou na prevenção verdadeiro sentido de ameaça, que chamou de coação psicológica, para intimidar as pessoas, impedindo-as de cometerem o crime. Portanto, o fundamento jurídico dessa ameaça é a necessidade de segurança do Direito. A execução da pena é só a realização prática da ameaça, o ato que a afirma e lhe dá seriedade, demonstrando a todos que não se trata de uma ameaça vã. Mas o fundamental é a ameaça da pena que é motivo inibidor que neutraliza o ímpeto criminoso. Por meio dessa ameaça e da coação psicológica que dela resulta, cumpre o Estado a sua função de manter a convivência social¹⁶². Enfim, é atribuído a Feuerbach o princípio da reserva legal, conhecido por sua fórmula latina *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*¹⁶³.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal, cit., p. 221

¹⁶⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 99.

¹⁶¹ LUISI, Luiz. Tiberio Deciani e o sistema penal. **Direito e Democracia**. Canoas, v. 1, n. 2, 2000, p. 196.

¹⁶² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 106.

¹⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 60.

Com efeito, constata-se que a partir do Iluminismo houve o predomínio de duas teorias contrapostas, ou seja, a teoria da retribuição (absoluta) e a teoria da prevenção (relativa). A primeira, defendida por Carrara, Rossi, Kant, Hegel e outros, nomeada *absoluta*, pregava que a pena tinha finalidade retributiva, voltada ao castigo do criminoso. O fundamento da pena era a justiça e a necessidade moral, pouco interessando sua efetiva utilidade. Kant defendia que a pena era a retribuição justa desprovida de finalidade, representando a causação de um mal como compensação à infração penal cometida. Se o ser humano pode ser considerado moralmente livre, com capacidade de autodeterminar-se, natural se torna sofrer punição pelo que faz de errado. Hegel, por outro lado, embora incluído na mesma corrente, detinha posição diferenciada, ou seja, afirmava que a pena deveria ser considerada retribuição apenas no sentido de que se contrapunha ao crime. A segunda, defendida por Beccaria, Feuerbach, Carmignani, entre outros, considerada *relativa*, compreendia que a pena deveria ter um fim utilitário, consistente na prevenção geral e especial do crime¹⁶⁴.

A escola clássica encontrou seu grande representante e consolidador em Francesco Carrara, manifestando-se contrário à pena de morte e às penas cruéis, asseverando que o crime seria fruto do livre-arbítrio do ser humano, devendo haver proporcionalidade entre o crime e a sanção aplicada¹⁶⁵. Dessa forma, a pena constitui uma sanção ao preceito fixado pela lei de natureza divina; sendo assim, o crime não é um ente fático, uma vez que está presente tão-somente no campo jurídico, ou seja, o crime é um ente jurídico¹⁶⁶.

Contudo, observa-se nesse período duas correntes que surgiram a partir das construções jurídicas de Carrara, ou seja, a *jusnaturalista* e a *contratualista*, na qual consideram o direito penal não tanto em função do Estado, mas sim em função do indivíduo, que deve ser assegurado contra toda intervenção estatal não propensa pela lei e contra toda limitação despótica da liberdade, apresentando-se como uma conquista essencial em relação ao domínio do Estado absoluto presente até o momento 167.

Para Carrara, a pena é resultado do desejo de reação ante a violação do direito, isto é, não se reserva a fomentar a correção do condenado, mas a exercer seu papel

¹⁶⁴ LESCH, Heiko H. **La función de La pena.** Tradução Shánchez Javier. Madri: Dykinson, 1999, p. 09.

¹⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** Parte geral e especial. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 62.

¹⁶⁶ CARRARA, Francesco. **Programa del curso de Derecho Criminal**: dictado em la real universidad de Pisa. Buenos Aires: Depalma, 1944, v.II, p. 138.

¹⁶⁷ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 18.

de tutela jurídica. O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja reparado o dano sofrido, ou que se atemorizem os cidadãos; mas, sim, que seja restituída a disciplina externa social, pois o delito ofende todos os cidadãos e não apenas as vítimas, e com a pena, restabelece-se a ordem perturbada pela desordem do crime¹⁶⁸.

Nesse sentido, verificam-se as características principais da Escola Clássica, que são: I) o delito é um ente jurídico; II) a ciência do Direito Penal é uma ordem emanada das leis moral e jurídica; III) a tutela jurídica é o fundamento legítimo da repressão e também o seu fim; IV) a quantidade da pena, que é repressiva, deve ser proporcional ao dano que com o delito se causou ao direito ou o perigo que este correu; V) a responsabilidade criminal funda-se na imputabilidade moral, já que não há agressão ao direito se a ação não procede de uma vontade inteligente e livre; VI) o livre-arbítrio, aceito como dogma, porque sem ele o Direito Penal, ao ver dos clássicos, careceria de base ¹⁶⁹.

Portanto, para a Escola Clássica, o método utilizado no Direito Penal é o dedutivo ou lógico-abstrato, uma vez que se trata de uma ciência jurídica, e não experimental, inerente das ciências naturais. No mais, com relação à pena, é entendida como uma tutela jurídica, isto é, como proteção aos bens jurídicos protegidos penalmente. A sanção não pode ser despótica; ajusta-se ao dano ocorrido e, mesmo sendo retributiva, existirá ao mesmo tempo um fim de defesa social¹⁷⁰.

Assim, pode-se observar que os conceitos defendidos por essa Escola Clássica foram acolhidos pelo afamado Código Zanardelli, de 1889, bem como nos códigos penais da Áustria (1852); da Bélgica (1867); da Hungria (1871); da Suécia (1864); de Portugal (1886)¹⁷¹.

2.2 Escola Positiva

No final do século XIX, com a influência no Direito Penal do movimento naturalista advindo desde o século XVIII, que defendia a hegemonia da investigação experimental em oposição às indagações de cunho filosófico, puramente racional, surge a

¹⁶⁸ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal.** Parte geral. Tradução José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957, v. II, p. 76.

¹⁶⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 09. DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**, cit., p. 153. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 61. TASSE, Adelo El. **Teoria da pena**, cit., p. 43.

¹⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, cit., p. 21.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 62.

chamada Escola Positiva, uma nova corrente que diferentemente da Escola Clássica buscou na observação e na experiência científica os instrumentos apropriados para resolver a problemática criminal¹⁷².

O marco inaugural de passagem do pensamento da Escola Clássica para a Escola Positiva ocorreu com a publicação do livro *L'uomo delinquente studiato in rapporto, all'antropologia, alla medicina legale e alle discipline carcerarie,* em 1876, de Cesare Lombroso, médico italiano e professor em Turim (1836 – 1909); ele inaugurou a fase antropológica da Escola Positiva ao sustentar em sua obra que o ser humano poderia ser um criminoso nato, submetido a características próprias, originárias de suas anomalias físico-psíquica¹⁷³. Portanto, não haveria livre-arbítrio e sim um retorno atávico a formas primitivas da humanidade.

Na compreensão de Lombroso, tornam a aparecer no criminoso sentimentos religiosos e associações criminosas, inerentes dos selvagens primitivos, que não passaram pelo processo de civilização¹⁷⁴. Deste modo, a Escola Positiva deslocou o estudo do Direito Penal para o campo da investigação científica, proporcionando o surgimento da antropologia criminal, da psicologia criminal e da sociologia criminal¹⁷⁵.

Com a filosofia de Augusto Comte, as ideias de John Stuart Mill e Spencer, bem como as teorias evolucionistas de Darwin e Lamarck, Lombroso sofre profundas influências, principalmente com a teoria de Darwin, o médico italiano percorre incansavelmente hospitais e estabelecimentos prisionais, em busca de caracteres morfológicos que lhe permitissem encontrar explicações científicas para o fenômeno do crime¹⁷⁶.

Outrossim, Lombroso formula as seguintes ideias: I) o crime é um fenômeno biológico, não um ente jurídico, como afirmava Carrara. Por essa razão, o método que deve ser utilizado em seu estudo é o experimental, e não o lógico-dedutivo dos clássicos; II) o criminoso é um ser atávico e representa a regressão do homem ao primitivismo. É um selvagem e nasce delinquente como outros nascem sábios ou doentios, fenômeno que, na Biologia, é chamado de *degeneração*; III) o *criminoso nato* apresenta características físicas e morfológicas específicas, como assimetria craniana, fronte fugidia,

¹⁷⁴ LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso.** Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983, p. 492.

-

¹⁷² DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 105.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, cit., p. 62.

¹⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, cit., p. 63.

¹⁷⁶ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**, cit., p. 153.

zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barba escassa etc.; IV) o criminoso nato é insensível fisicamente, resistente ao traumatismo, canhoto ou ambidestro, moralmente insensível, impulsivo, vaidoso e preguiçoso; V) a causa da degeneração que conduz ao nascimento do criminoso é a *epilepsia* (evidente ou larvada), que ataca os centros nervosos, deturpa o desenvolvimento do organismo e produz regressões atávicas; VI) existe a *loucura moral*, que deixa íntegra a inteligência, suprimindo, porém, o senso moral; VII) o criminoso é, assim, um ser atávico, com fundo epiléptico e semelhante ao louco moral, doente antes que culpado e que deve ser tratado e não punido 177.

Ademais, o agrupamento dos estudos de Lombroso sobre a antropologia e a psicologia do comportamento criminoso principiaria o caminho para a reformulação positivista acerca do sistema punitivo. Além disso, sua obra, concentrada no estudo do homem delinquente, motivou o surgimento da criminologia e das ciências a ela relacionadas, como a psicologia, a biologia e a sociologia¹⁷⁸.

De tal modo, embora haja incoerência na definição do criminoso nato e dos exageros a que chegou, os seus estudos ampliaram os horizontes do Direito Penal, devendo-se a ele o mérito de ter iniciado o estudo do criminoso a ponto de Gross, afirmar que, se Lombroso não tivesse existido, nós teríamos um vazio na evolução lógica das ideias do pensamento da humanidade ¹⁷⁹.

Nada obstante, é importante destacar a fase da Sociologia Criminal da Escola Positiva, ao qual se destaca Enrico Ferri (1856 – 1929), discípulo de Lombroso e considerado como o maior vulto dessa escola, com os seus livros *La Sociologia Criminale* e *Principii di Diritto Criminale*¹⁸⁰.

Em *La Sociologia Criminale*, Ferri elabora uma crítica à filosofia tradicional do classicismo penal, a qual justifica o direito de punir no livre-arbítrio do homem, que pode ansiar o bem ou o mal, ou seja, sua responsabilidade deriva exatamente da eleição livre do mal, embora o livre-arbítrio, além de indemonstrável, seja pura fantasia, segundo sua concepção. Além disso, na obra ele defende que deve ser iniciada uma fase sociológica, com medidas sociais preventivas e repressivas, com o escopo de preservar a existência da sociedade¹⁸¹.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 109.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., pp. 109 e 110.

-

¹⁷⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, cit., p. 22.

¹⁷⁹ SOUZA JUNIOR, Ney Fayet. *Apresentação in* LOMBROSO, César. **O homem delinquente.** Porto Alegre: Ricardo Lens, 2002, p. 05.

¹⁸⁰ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal**, cit., p. 36.

Portanto, Ferri entendia que a pessoa seria responsável pelos danos que causasse simplesmente porque vivia em sociedade; negou categoricamente o livre-arbítrio e propôs a substituição da responsabilidade moral, próprio deste, pela responsabilidade social, na qual a reação punitiva fundava-se nas medidas preventivas de defesa social. De tal modo, a finalidade da pena unificava-se, primeiramente, na prevenção de novos crimes¹⁸².

Destarte, Ferri dividiu os criminosos em cinco categorias: o *nato*, conforme indicara Lombroso; o *louco*, portador de doença mental; o *habitual*, produto do meio social; o *ocasional*, indivíduo sem firmeza de caráter e versátil na prática do crime; e o *passional*, homem honesto, mas de temperamento nervoso e sensibilidade exagerada. Além disso, do mesmo modo, dividiu as paixões em *sociais* (amor, piedade etc.), que devem ser amparadas e incentivadas, e *antissociais* (ódio, inveja, avareza etc.), que devem ser rigorosamente reprimidas¹⁸³.

Assim, Enrico Ferri demonstrou maior atenção com a prevenção do que com a repressão, em defesa da sociedade, contribuindo para o nascimento dos *substitutos penais*, isto é, medidas direcionadas à alteração nos elementos sociais que influenciam na execução do delito¹⁸⁴. Deste modo, a *pena-castigo* dos clássicos é substituída pela *pena-defesa* e pela *pena-educação*, com vistas a desenvolver o tratamento penitenciário, alicerçado no trabalho, proporcionando a educação moral e técnica, por ele considerada como recurso mais seguro de retorno à vida social¹⁸⁵.

Em contrapartida, aparece ao lado de Ferri, o também discípulo de Lombroso, Raffaele Garofalo (1851 – 1934), com sua obra *Criminologia* (1885), em que se usou pela primeira vez essa terminologia para as ciências penais, inaugurando a fase jurídica do positivismo italiano, sustentando que existem no homem dois sentimentos básicos, a *piedade* e a *probidade* (ou justiça), e que o delito é sempre uma lesão desses sentimentos. Além disso, ele estuda o delito, o delinquente e a pena, enfatizando a *temibilità*, que é a perversidade constante e ativa do criminoso e a quantidade do mal que se deve temer por parte do mesmo ¹⁸⁶.

Garofalo também desenvolveu em seu estudo o conceito de *delito natural*, importante em qualquer período e sociedade, ou seja, é o delito caracterizado pela

¹⁸⁵ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 110.

¹⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, cit., p. 23.

¹⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, cit., p. 63.

¹⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, cit., p. 23.

¹⁸⁴ TASSE, Adelo El. **Teoria da pena**, cit., p. 46.

ofensa ao senso moral, composto pelos sentimentos de piedade e de probidade; e o criminoso, para ele, é um ser completamente carente de altruísmo, isto é, alguém sem instintos de bondade e misericórdia ¹⁸⁷.

Esse discípulo de Lombroso, acreditando na anormalidade inata do delinquente, sustenta a impossibilidade da recuperação por meio do trabalho nas prisões e defende a falta de livre-arbítrio do criminoso, bem como ao abordar a reincidência, Garofalo aduz que não se deve permitir ao egresso de um estabelecimento penal volver ao seu antigo ambiente. Ademais, ele crê na necessidade de se distinguir o transgressor apto ao ajustamento social daquele não suscetível a ela, defendendo, até mesmo, a imposição da pena de morte para os criminosos habituais e incapazes de sofrerem os efeitos preventivos da sanção penal¹⁸⁸.

Desse modo, a pena em Garofalo tem um enorme conteúdo repressivo, diferentemente de Ferri, a ponto de afrontar os postulados humanistas, ao defender a extinção do delinquente; mas, foi graças aos seus estudos que se chegou a uma sistematização jurídica dessa escola, estabelecendo a periculosidade como fundamento da responsabilidade. Com isso, entende-se que a prevenção especial funciona como um fim da pena e o delito-obstáculo apresenta um caráter preventivo; e a definição de delito natural; como a violação dos sentimentos altruísticos e fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade¹⁸⁹.

Com efeito, ao estudar esses autores, verifica-se que surgiu uma nova corrente que passou a preocupar-se com a pessoa do delinquente, o que originou o surgimento da criminologia, bem como a aproximação com outras áreas do conhecimento humano a ela vinculada, por exemplo, a sociologia, a psicologia e a medicina. De tal modo, o crime passa a ser estudado como um fato humano individual e com origem na estrutura biológica e social do criminoso, bem como se reconhece a importância da periculosidade. A segregação deixa de ser um instrumento de expiação, mas um meio de defesa social, ou seja, ao invés de aviltar o delinquente, objetiva-se elevá-lo, salvá-lo, reintegrá-lo ao ritmo normal da vida coletiva. Enfim, a ação contra o crime, a partir de Carrara, tomou novo

_

¹⁸⁷ GAROFALO, Raffaele. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal.** São Paulo: Teixeira e Irmão, 1893, p. 114.

¹⁸⁸ Idem, pp. 148 e 212.

¹⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 64.

rumo e, hoje, o cenário criminológico é diferente do que havia antes do surgimento da Escola Positiva¹⁹⁰.

Todavia, por mais que se perceba a Escola Positiva como uma continuação do raciocínio jurídico, e por isso importante, para a formação do atual cenário penal, há doutrinador contemporâneo entendendo que o positivismo paralisou o Direito Penal porque houve uma mescla da ciência causal-explicativa, como a Criminologia, com uma ciência cultural e normativa, que é o Direito, produzindo um resultado híbrido e consequentemente infecundo 191.

Outrossim, observa-se que existia um objetivo claro na Escola Positiva que era fazer da pena, não um castigo de culpabilidade, consoante a antiga reivindicação de retribuição, mas instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela sua segregação, no caso de desajustes invencíveis¹⁹². Portanto, essa defesa social justifica-se diante de indivíduos perigosos à comunidade, independente de terem ou não cometido alguma violação penal, ou seja, a partir do momento em que é evidenciado o perigo, passa a existir o direito de proteção da sociedade com os meios que ela entende como sendo adequados para evitar o crime¹⁹³.

Enfim, conclui-se que os princípios básicos da Escola Positiva são: I) o crime é fenômeno natural e social, estando sujeito às influências do meio e aos múltiplos fatores que atuam sobre o comportamento, exigindo, portanto, o método experimental ou positivo para explicação de suas causas; II) a responsabilidade penal é responsabilidade social, pois o homem vive em sociedade, tendo por base a periculosidade do agente; III) a pena é exclusivamente medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou à sua neutralização, nos casos irrecuperáveis; IV) o criminoso é sempre psicologicamente um anormal, de forma temporária ou permanente, apresentando também muitas vezes defeitos físicos; V) os criminosos podem ser classificados em tipos (ocasionais, habituais, natos, passionais e enfermos da mente)¹⁹⁴.

¹⁹⁰ CASTIGLIONE, Theodolindo. **Lombroso perante a criminologia contemporânea.** São Paulo: Saraiva, 1962.

¹⁹³ ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963, p. 269.

-

¹⁹¹ ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal.** 3ª ed. Buenos Aires: Losada, 1964-1965, t. II, pp. 82 e 83.

¹⁹² BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 108.

¹⁹⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal.** Parte Geral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 47.

2.3 Escola Correcionalista

Na teoria correcional a pena constitui um remédio no âmbito psíquico do criminoso, restabelecendo a força da legislação e garantindo a saúde social. Nesse período, destaca-se na Alemanha, Cárlos David Augusto Röder, em 1839, com a obra *Comentatio na poena malum esse debeat*, ao compreender a punição como meio de buscar, de forma racional e necessária, a organização de vontade do criminoso, para que esta possa ordenarse por si mesma¹⁹⁵.

Entretanto, tendo como fundamento o sistema filosófico de Krause, pertencente ao movimento do idealismo romântico alemão, durante a primeira metade do século XIX, foi na Espanha o local onde encontrou os seus principais seguidores, que cultuaram o *correcionalismo espanhol*, destacando-se Pedro Dorado Montero, Rafael Salillas, Concepción Arenal, Alfredo Calderón e Giner de los Ríos¹⁹⁶.

Desses, aquele que mais se destaca, apesar de não pertencer à Escola Correcionalista, mas a desenvolveu e a aperfeiçoou na Espanha, foi Pedro Dorado Montero, com a obra *El Derecho Protector de los Criminales*, que ressalta que Roeder entendia a correção moral e a transformação interna dos criminosos como a base e a finalidade exclusiva de toda a atividade penal, o *nisus formativus* de todo o sistema penal¹⁹⁷.

Com a presente crise da pena retributiva, a Escola Correcionalista propõe a imposição de métodos corretivos durante a execução penal, não com o fim de acoimar, mas com o de recuperar o criminoso e torná-lo útil à comunidade; pois, não há criminosos incorrigíveis, mas apenas não corrigidos, ou seja, a finalidade única da pena para essa escola é a de fixar a correção ou emenda do delinquente ¹⁹⁸.

Para os correcionalistas, a pena não se destina ao homem em abstrato, mas ao homem real, vivo e concreto, que se tornou responsável por um determinado crime, revelador de uma determinação defeituosa da vontade ¹⁹⁹. Nesse sentido, extrai-se que a sua finalidade é trabalhar sobre a causa do delito, ou seja, a vontade defeituosa, buscando

_

¹⁹⁵ RÖDER, Cárlos David Augusto. **Las Doctrinas Fundamentales Reinantes sobre el Delito y la Pena em SUS Interiores Contradicciones.** 3ª ed. Tradução Francisco Giner. Madri: Victoriano Suarez, 1876, pp. 235-236 e 253.

¹⁹⁶ RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. El correcionalismo penal. Buenos Aires: Córdoba, 1989, pp. 22 e 26.

¹⁹⁷ MONTERO, Pedro Dorado. El Derecho Protector de los Criminales. Madri: Victoriano Suárez, 1915, p. 189.

¹⁹⁸ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 116.

¹⁹⁹ RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. El correcionalismo penal, cit., p. 32.

convertê-la segundo os ditames do direito e, além disso, os encarregados da execução penal, segundo Concepción Arenal, devem conhecer os antecedentes do preso para compreender seus problemas e ajudá-lo²⁰⁰.

Logo, o criminoso para essa escola é visto como um ser anormal, incapaz de uma vida jurídica livre, constituindo-se num perigo para a convivência social, sendo indiferente a característica de se tratar-se ou não de imputável. Por conseguinte, o delinquente é limitado por uma anomalia de vontade, encontrando no delito o seu sintoma mais evidente, e, por essa razão, a pena é vista como um bem. De tal modo, o delituoso tem o direito de exigir a sua execução e não o dever de cumpri-la. Ao Estado cabe a função de assistência às pessoas necessitadas de auxílio. Portanto, o órgão público deve atuar de dois modos: I) restringindo a liberdade individual; II) corrigindo a vontade imperfeita. O importante não é a punição do delito, mas sim a cura ou emenda do criminoso²⁰¹. A pena funciona como uma espécie de tratamento de saúde da alma, motivo pelo qual deve ser boa em sua natureza²⁰².

Assim, o juiz severo, inacessível e temível deve desaparecer, para ceder lugar ao médico carinhoso e experiente (...) o médico, por seu turno, do corpo e da alma, cuja única preocupação consistirá em erguer o abatido e auxiliar o necessitado a afastar de seu redor as causas e as ocasiões que possam fazê-lo dar novos tropeços e a fortalecerlhes para que possam e saibam resistir às influências nocivas²⁰³. A administração da Justiça deve visar o saneamento social (higiene e profilaxia social) e o juiz ser entendido como médico social.²⁰⁴

Por fim, para aplicação e adequação da pena, esta deve se utilizar de outras ciências que estudam o comportamento humano, como a antropologia criminal, a psicologia criminal e a sociologia criminal; dessa forma, será alcançado um tratamento adequado ao transgressor da ordem social, com permanência condicionada a sua recuperação, ou seja, com duração indeterminada, mas com função preventiva e de tutela social²⁰⁵.

²⁰⁰ ARENAL, Concepción. **El Visitador Del Pobre.** Buenos Aires: Emecé, 1941, pp. 133 e 136.

²⁰¹ MONTERO, Pedro Dorado. **Bases para um nuevo Derecho Penal.** Buenos Aires: Depalma, 1973, pp. 63

²⁰² ARENAL, Concepción. Estudios Penitenciarios. In: Obras Completas de Da. Concepción Arenal. Madri: Librería de Victoriano Suárez, t. 5, v. 1, 1895, pp. 130 e 131.

²⁰³ MONTERO, Pedro Dorado. **Bases para um nuevo Derecho Penal**, cit., 66.

 $^{^{204}}$ Idem, pp. 63 - 76.

²⁰⁵ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 119.

2.4 Terza scuola italiana

Posteriormente às Escolas Clássica e Positiva, surgiram outras correntes que buscaram uma conciliação dos postulados dessas duas antecessoras e, dessa forma, surgiu a *Terza scuola italiana*, também conhecida como escola crítica, com início em 1891, a partir do conhecido artigo publicado por Manuel Carnevale, *Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia*²⁰⁶.

Essa escola marcou o início do positivismo crítico, destacando-se como integrantes: Bernardino Alimena, com a obra *Naturalismo Crítico e Diritto Penale*, e João Impallomeni, com o livro *Istituzioni di Diritto Penale*²⁰⁷.

A *Terza scuola* aceita o princípio da responsabilidade moral e a distinção entre imputáveis e inimputáveis; porém, não admite que a responsabilidade moral fundamenta-se no livre-arbítrio, acreditando apenas no *determinismo psicológico*, ou seja, o ser humano é determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável quem tiver capacidade de se deixar levar pelos motivos²⁰⁸.

Logo, a quem não tiver tal capacidade de autodeterminação deverá ser aplicada medida de segurança e não pena. De tal modo, para João Impallomeni, a imputabilidade resulta da *intimidabilidade* e, para Bernardino Alimena, resulta da *dirigibilidade* dos atos do homem²⁰⁹.

Assim, para essa escola, o crime é um fenômeno social e individual, dependente dos fatores assinalados por Enrico Ferri e o fim da pena é a defesa social, mas sem perder a sua característica aflitiva, e é de essência totalmente diversa da medida de segurança²¹⁰.

2.5 Escola alemã

A Escola Alemã, uma das mais notáveis correntes ecléticas, a qual representou um movimento análogo ao positivismo crítico da Terza Scuola Italiana, também de conteúdo eclético, recebeu a contribuição de Franz von Liszt. Essa escola, igualmente conhecida como escola de política criminal ou escola sociológica alemã,

²⁰⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., p. 61.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., p. 61.

_

²⁰⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral.** 14ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, pp. 60 e 61.

²⁰⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 49.

²⁰⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 111; PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 1, p.33.

contou até com o apoio imprescindível do belga Adolphe Prins e do holandês Von Hammel, que, conjuntamente com Von Liszt, criaram a *União Internacional de Direito Penal*, em 1888, que perdurou até a 1ª Guerra Mundial. Após, em 1924, o trabalho dessa organização foi retomado por sua sucessora, *Associação Internacional de Direito Penal*, a maior entidade internacional de Direito Penal atualmente em atividade, destinada a promover, por meio de congressos e seminários, estudos científicos sobre temas de interesse das ciências penais²¹¹.

Franz von Liszt (1851 – 1919) apresenta uma nova concepção de Direito Penal, conciliando de maneira eclética alguns princípios das Escolas Clássica e Positiva. Discípulo de Adolf Merkel e Rudolf von Ihering, Von Liszt compreende o fim da pena como instrumento intimidador previsto de forma abstrata, destinando-se a assegurar os preceitos proibidos pela ordem jurídica. Dessa forma, entende que às pessoas de propósitos corretos, a pena demonstra o valor que o Estado liga aos seus princípios; ao passo que aos homens de sentimentos inferiores, a pena coloca em perspectiva, como resultado do ato ilícito, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso às tendências criminosas²¹².

Portanto, numa natureza preventivo-geral, compreende-se que utilizando o Código Penal se pode motivar a generalidade da população a comportar-se de acordo com as leis, surgindo, atualmente, os movimentos conhecidos como *lei e ordem*; os quais defendem o fim da filosofia correcional e o retorno do sistema penal rigoroso, incluindo, até mesmo, a pena de morte para determinados atos praticados pelos transgressores da ordem social²¹³.

Para Von Liszt, a pena justa é a pena necessária, isto é, aquela capaz de proporcionar a *satisfação* da vítima em ver o criminoso punido, como uma forma de compensação afetiva, seja para o ofendido ou para a sociedade, ainda que não repare o dano causado pelo crime. O sistema penal atuará em defesa da ordem jurídica, desempenhando seu papel de substituir a vingança privada²¹⁴.

A execução penal apresenta a chance de converter o delinquente num elemento benéfico à sociedade, por meio de sua correção. Destarte, retira-lhe perpétua ou

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução José Higino Duarte Pereira, atual. e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, t. I, p. 143.

²¹⁴ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 122.

²¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral, cit., p. 48.

²¹³ ROXIN, Claus. *Sentido e limites da pena estatal*. In: **Problemas fundamentais de direito penal.** 2ª ed. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Ntscheradetz. Lisboa: Vega, 1993, p. 23.

temporariamente a possibilidade de cometer novas infrações, segregando o transgressor e reduzindo-o ao estado de inocuidade²¹⁵.

Primeiramente, Von Liszt não aceitava o livre-arbítrio, que substituía pela normalidade que deveria conduzir o indivíduo, e deixou em segundo plano a finalidade retributiva da pena, priorizando a prevenção especial²¹⁶.

No mais, importante ressaltar as críticas de Von Liszt às penas prisionais de curta duração, afirmando que elas não corrigem, não intimidam, nem põem o criminoso fora do estado de prejudicar e, ao contrário, muitas vezes encaminham definitivamente para o crime o delinquente novato e, por esse motivo, propõe sejam instituídos substitutivos penais, como a prisão doméstica e os trabalhos realizados fora da prisão. Além disso, como opção à pena de prisão, requer a condenação condicional ou a sanção pecuniária, para os transgressores de momento, bem como medidas educacionais, para os adolescentes violadores da norma²¹⁷.

Contudo, a pena continua a ser um mal infligido ao criminoso pelo Estado, em razão do delito por ele empreendido, ou seja, é um mal que o delinquente sofre, é *lesão de bens*, ofensa de interesses juridicamente protegidos pela mesma ordem jurídica que os protege. Por essa razão, a pena não se confunde com a indenização, pois esta é reparação da lesão, *deve curar ferida*, ao passo que a pena *abre uma nova ferida* e, sendo assim, garante a manutenção da ordem jurídica²¹⁸.

Por conseguinte, Von Liszt apresenta uma ampla concepção de ciências penais, incluindo nesta a Criminologia e a Penologia, isto é, a primeira teria a missão de explicar as causas do delito, ao passo que a segunda estudaria as causas e os efeitos da pena. Mesmo conhecedor das teorias de Lombroso, Ferri e Garofalo, com os quais não concordava, com o seu *Programa de Marburgo* (1882 – *A ideia do fim no Direito*) passou a defender a *prevenção especial*, ganhando grande repercussão internacional²¹⁹.

Ademais, a moderna escola de Von Liszt logo entraria em conflito com os seguidores da Escola Clássica, que tinham seu principal representante na Alemanha, Karl Binding (1841 – 1920), o mais autêntico seguidor das teorias de Kant e Hegel. Seguiram-lhe Radbruch e Ebherardt Schimidt, que se opunham durante aos adeptos da

_

²¹⁵ VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**, cit., p. 144.

²¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., p. 62.

²¹⁷ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**, cit., pp. 153 e 154.

²¹⁸ Idem, pp. 373 e 374.

²¹⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 114.

Escola Clássica, como Binding, Beling e Binkmayer. Entretanto, a luta de escolas perdeu importância na década de vinte, sendo lembrada mais por seu valor histórico²²⁰.

Logo, a escola alemã apresenta os seguintes traços identificadores: I) a distinção entre o Direito Penal e as demais ciências criminais – criminologia; II) o método lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; III) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; IV) a imputabilidade e a periculosidade; V) a pena e a medida de segurança como duplo meio de luta contra o delito; VI) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade do delinquente: é a denominada pena finalística ou pena de fim (*Zweckstrafe*)²²¹, em que coexistem a prevenção geral e a prevenção especial (intimidação/adaptação artificial), com prevalência da última. A ideia de mal – imanente à pena – pode ser valorada por sua referência direta a uma finalidade: a pena retributiva se transforma em pena determinada totalmente pela prevenção ajustada a um fim; VII) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas; VIII) o desenvolvimento da política criminal²²².

2.6 Escola Técnico-Jurídica

No período entre as duas guerras mundiais, o Direito Penal distanciou-se da corrente humanitária e apresentou-se muito repressivo, preponderando o tecnicismo jurídico, segundo o qual o Direito Penal deve desvincular-se de qualquer indagação de política criminal ou de apreciação filosófica, o que originou um retrocesso em face do positivismo crítico²²³.

Para essa escola, o Direito Penal não pode ter apreensões causais explicativas, uma vez que estas se situam no setor da Antropologia e da Sociologia. Dessa forma, não tem o Direito Penal a finalidade de perquirir a constituição ou a etiologia do delito, mas deve ocupar-se com seu estudo, como fenômeno jurídico. De tal modo, seu objeto é de definir, classificar e sistematizar conceitos existentes nas leis que se ocupam do crime²²⁴.

²²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., p. 62.

²²¹ VON LISZT, Franz. **Teoria dello scopo nel Diritto Penale.** Milano: Giuffrè, 1962, p.15 e ss.

²²² Idem, p. 05 e ss. VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução Luis Jiménez de Asúa. 3ª ed. Madrid: Reus, [s.d.]. t. II, p. 06 e ss.

²²³ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 125.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *O tecnicismo jurídico-penal. In:* **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.** Guanabara: Universidade do Estado de Guanabara. Instituto de Criminologia do Estado da Guanabara, ano 1, n. 1, abr./jun., 1963, p. 103.

Nesse sentido, Arturo Rocco profere na Itália, em 1905, sua célebre aula magna, na Universidade de Sassari (Il problema e il metodo della scienza Del Diritto Penale – Revista di Diritto e Procedura Penale, 1910), abordando o problema do método no estudo do Direito Penal, a qual continha as linhas gerais do que, por sugestão do próprio Rocco, passou a chamar-se Escola Técnico-Jurídica. E essa nova orientação configurou uma corrente de renovação metodológica, ao invés de uma escola, na medida em que procurou restaurar o critério jurídico da ciência do Direito Penal e apontar o verdadeiro objeto desta, ou seja, o crime como fenômeno jurídico²²⁵.

Rocco defende que o Direito sendo uma ciência normativa, seu método de estudo é o técnico-jurídico ou lógico-abstrato; sendo assim, sustentou-se que a Ciência Penal é autônoma, com objeto, método e fins próprios, não podendo ser confundida com outras ciências causal-explicativas ou políticas. Dessa forma, é entendido como uma exposição sistemática dos princípios que regulam os conceitos de delito e de pena, e da consequente responsabilidade, desde um ponto de vista puramente jurídico²²⁶.

Destarte, a influência do tecnicismo jurídico apresentou-se em várias legislações da primeira metade do século XX, como no Código Italiano de 1930 e na Constituição brasileira de 1937, a qual chegou a prever a aplicação de pena de morte para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade (art. 122, n. 13, letra j). Apesar disso, no Brasil, a pena de morte não chegou a integrar as sanções do Código Penal de 1940, graças ao sentimento humanitário dos legisladores, que desprezaram o mandamento constitucional²²⁷.

No mais, o delito, para a Escola Técnico-jurídica, é pura relação jurídica de conteúdo individual e social. A pena constitui uma reação e uma consequência do crime, com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis e refuta o emprego da filosofia do campo penal²²⁸.

Por conseguinte, as principais características da Escola Técnico-Jurídica são: I) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; II) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; III) a medida de segurança – preventiva – deve ser

²²⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 118.
 ²²⁶ ASÚA, Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal.** 3ª ed. Buenos Aires: Losada, 1964, v. 2, p. 126.

²²⁷ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 126.

²²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 72.

aplicável aos inimputáveis; IV) responsabilidade moral (vontade livre); V) método técnico-jurídico; VI) recusa o emprego da filosofia no campo penal²²⁹.

Portanto, destacam-se como os mais importantes defensores dessa Escola: Rocco, Manzini, Massari, Delitala, Vannini e Conti. Todavia, o tecnicismo jurídico iniciou-se na Alemanha, com os estudos de Karl Binding, que, com sua obra, conferiu sentido próprio à Ciência do Direito Penal moderno²³⁰.

Assim, pode-se concluir que a partir de Karl Binding, falecido em 1920, a doutrina alemã principia a desenvolver os estudos de dogmática jurídico-penal de forma insuperável, chegando até nossos dias como, incontestavelmente, a mais evoluída²³¹.

2.7 Defesa Social

No final do século XIX, com a revolução positivista, surge a primeira teoria de defesa social, mas, também, encontram-se precedentes do movimento defensivista na filosofia grega e no Direito Canônico medieval²³².

Os movimentos humanitários pós-guerra atraíram para o Direito Penal uma nova doutrina de defesa social, com sentido de proteção da sociedade contra indivíduos perigosos, que deveriam ser segregados por período indeterminado, segundo o positivismo criminológico, ou de proteção implacável da sociedade ou do povo, em detrimento do indivíduo, como ocorreu no Direito Penal nacional-socialista, na primeira metade do século XX²³³.

Para a doutrina de defesa social, em 1945, aparece o Professor Felippo Gramatica, na Itália, em Gênova, fundador do Centro Internacional de Estudos de Defesa Social (rebatizado em 1954 como *Nova Defesa Social* por seu principal pensador, Marc Ancel), objetivando renovar os meios de combate à criminalidade. Para Gramatica, o Direito Penal deve ser substituído por um *direito de defesa social*, com o objetivo de adaptar *o indivíduo à ordem social*²³⁴.

As suas recomendações estão introduzidas em seu livro *Princípios de defesa social* (1961), enfatizando-se, entre elas, a substituição da pena por medidas

²²⁹ PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. Elementos de Direito Penal, cit., p. 36.

²³⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 50.

²³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., p. 64.

²³² ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 29 e ss. PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal**, cit., p. 37.

²³³ ANCEL, Marc. **A nova defesa social**, cit., pp. 04 e 05.

²³⁴ GRAMATICA, Felippo. **Princípios de Derecho Penal Subjetivo**. Madrid: Ed. Reus, 1941, p. 124.

preventivas de defesa social, fundadas em estudos dedicados ao conhecimento da personalidade do infrator. Além disso, propõe em oposição à justiça penal tradicional, de sentido repressivo, substituir a pena por medidas de defesa social de ressocialização, em face do indivíduo considerado antissocial, em vez de delinquente ou criminoso²³⁵.

Em 1.954, Marc Ancel publica *A nova defesa social*, que constituiu em um verdadeiro marco ideológico, que o próprio Marc Ancel definiu como *uma doutrina humanista de proteção social contra o crime*²³⁶. Devido à nova concepção de defesa social, o Direito Penal afasta-se do tecnicismo jurídico, e o delito deixa de ser considerado somente sob um ponto de vista abstrato, para ser entendido e estudado com fundamento em pesquisas criminológicas, segundo a realidade subjetiva do agente. Somente com base nesse estudo pode-se alcançar a pretendida individualização da pena, com vistas à reinserção social do condenado, porquanto só é possível compreender os atos criminosos a partir do estudo da personalidade do infrator. A pena, então, deixa de ser exclusivamente retributiva, perdendo seu caráter de vingança ou de expiação, e passa ser utilizar medidas racionais de tratamento do criminoso, com a intenção de socializá-lo²³⁷.

Portanto, a Nova Defesa Social, mesmo destacando a necessidade de reação contra a criminalidade grave, que proporciona grande perigo à comunidade, não acredita que essa reação deva implicar o agravamento das penas. Dessa forma, propõe uma política criminal voltada, primeiramente, a investigar as causas dos fenômenos criminais, para desenvolver um trabalho de prevenção da delinquência, inclusive com a colaboração dos meios de comunicações sociais²³⁸.

Assim, os objetivos da Nova Defesa Social podem ser destacados como: I) a pena não tem somente caráter expiatório, mas interessa também para a proteção da sociedade; II) a pena, além de ser exemplar e retributiva, tem um fim de melhoramento senão mesmo de uma reeducação do delinquente; III) a justiça penal deve ter presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, a fim de que o tratamento penal seja sempre humano²³⁹.

²³⁸ Idem, p. 131.

²³⁵ ANCEL, Marc. **A nova defesa social**, cit., pp. 124 e 125.

²³⁶ Idem, p. 446.

²³⁷ DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**, cit., p. 128.

²³⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Estudos e Pareceres de Direito Penal**, cit., p. 16.

CAPÍTULO 3 – A EVOLUÇÃO DA PENA NO BRASIL

Para iniciar esse capítulo, é necessário retornar um pouco no panorama histórico das penas traçado nesse primeiro capítulo, ou seja, compreender o estudo da evolução da pena no Brasil a partir do período indígena e colonial, passando pelas Ordenações do Reino, o Código Criminal do Império (1.830), o Código Penal da República (1.890) até o sistema de penas no Código Penal de 1.984.

Dessa forma, com o cenário histórico europeu das penas visto até o momento, será fácil visualizar as influências que o Brasil sofreu ao longo dos anos, principalmente no período colonial com as inspirações absolutistas presentes na norma, bem como as leis monárquicas que regiam naquele período com as características penais já apresentadas.

3.1 Período indígena e colonial

Os portugueses quando chegaram ao Brasil subjugaram facilmente os povos indígenas que habitavam essas terras, uma vez que estes se encontravam em estágio primitivo de civilização comparado com aqueles, detentores de vida política mais organizada e com equipamentos bélicos incomparáveis aos nativos. Dessa forma, observase que as formas de punições aborígines daquele período não influenciaram na legislação penal brasileira, uma vez que suas sanções eram basicamente as mesmas do tempo da vingança penal²⁴⁰.

Nessa época, os indígenas desconheciam a prisão como forma de punição, utilizando-a para prender o transgressor das normas da tribo até o momento do castigo ou sacrifício. Além disso, encontram-se vestígios de pena na forma do Talião e da vingança do sangue para os delitos cometidos, bem como algo equivalente a *perda da paz*, que primava pela expulsão do grupo; mas, prevalecia a pena de morte por meio do tacape ou venenos, como, também, o sepultamento de pessoas vivas e as penas corporais nas tribos indígenas brasileiras²⁴¹.

Destarte, os índios brasileiros, devido ao seu primitivo modo de vida, com a reação pessoal ou familiar, como método de repressão aos males praticados,

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**, cit., p. 44; GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena**, cit., p. 123 – 128.

_

²⁴⁰ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 155. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 38.

envolvido com a roupagem mística, não ofereceram qualquer resistência aos colonizadores para impor suas novas regras e costumes, facilitando a tarefa de serem subjugados²⁴².

Portanto, a colonização do Brasil determinou a transposição da civilização europeia para a colônia portuguesa da América, ou seja, o direito lusitano nela se fixou, aplicando-se no campo do direito privado e adaptando-se, até com alguma originalidade, no do direito público, como não podia deixar de ser, no embate de duas civilizações, a bem dizer opostos, no mesmo território imenso, misterioso e selvagem, em que se defrontam o índio brasileiro, em estado primitivo, e o português que já estava afeito às conquistas de territórios asiáticos e africanos²⁴³.

Assim sendo, o Brasil adquiriu uma legislação penal exportada pela Coroa Portuguesa, constante nas famosas Ordenações do Reino, que eram muito severas e cruéis, com larga aplicação das penas corporais. O Livro V, seja das Ordenações Afonsinas como das Manuelinas, cuidava da privação da liberdade que era empregada apenas para garantir o julgamento ou como meio coercitivo no pagamento da pena pecuniária²⁴⁴.

Contudo, constata-se que na época do descobrimento do Brasil vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, seguidas pelas Manuelinas e, por fim, pelas Filipinas. Por conseguinte, no Brasil, as Ordenações Afonsinas não chegaram a ter aplicação, por ausência de organização estatal adequada; as Manuelinas, publicadas em 1.521, tiveram uma aplicação escassa, até que foram substituídas pelas Filipinas, publicadas em janeiro de 1.603 e revalidadas por D. João em 1643. Dessa forma, as Ordenações Filipinas foram aplicadas com todo seu rigor, no Brasil colonial, até o início da vigência do Código Criminal do Império, de 1.830²⁴⁵.

Ademais, vale ressaltar que estas Ordenações embora vigorassem formalmente, pouca importância tiveram, no Brasil, no período das capitanias hereditárias, já que prevalecia o arbítrio dos donatários, transformando o regime jurídico num verdadeiro caos²⁴⁶.

²⁴⁵ FARIA, Bento. **Código Penal Brasileiro (comentado).** 2ª ed. Rio de Janeiro: Récord, 1958, v. I, pp. 54 e 55.

_

²⁴² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.** São Paulo: Cultura Paulista, 2002, p. 96.

 ²⁴³ FERREIRA, Waldemar. História do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951, v. I, pp. 23
 24

²⁴⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 39.

<sup>55.
&</sup>lt;sup>246</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Esboço histórico do Direito Criminal luso-brasileiro.** Rio de Janeiro: Líder Júris, 1976, p. 89.

Enfim, o rigorismo punitivo apresenta-se claramente nas Ordenações Filipinas, cominando-se a pena de morte para a maior parte dos delitos. Logo, esta pena era de quatro espécies: morte cruel – tirar a vida, lentamente, através de suplícios; morte atroz - com acréscimo de circunstâncias agravantes à punição, como, por exemplo, confisco de bens, queima do cadáver, esquartejamento, proscrição da memória etc.; morte simples supressão da vida, por degolação, enforcamento (para as classes mais baixas, pois infamante) e morte civil – eliminação da vida civil e direitos de cidadania, podendo ocorrer outras penas, - como a deportação, a relegação ou prisão perpétua²⁴⁷.

Outrossim, verifica-se que nesse ordenamento não era acolhido o princípio da nulla poena sine lege, e, de acordo com o Livro 5°, Título CXVIII, § 1°, permitia-se a aplicação da pena crime arbitrária, que o julgador fixava, de acordo com a malícia do criminoso e a prova que existisse²⁴⁸.

Consequentemente constata-se que as primeiras legislações penais, no Brasil, originárias de Portugal, tinham o escopo de manter a autoridade a qualquer custo, estabelecendo um regime de terror, sem qualquer método ou sistematização, com influência moral e religiosa, espelho do despotismo imposto ao povo português e aos colonizados no Brasil²⁴⁹.

Com efeito, todo o Direito Penal anterior à Codificação é marcado pela intimidação geral, permitindo o arbítrio no emprego das punições, que, em muitos casos atingiam a família do condenado. Além disso, observa-se que nesse período a proteção do monarca e influência religiosas foram as marcas desta legislação. Finalmente, com o Iluminismo, em razão dos propósitos humanitários, restringiram-se as penas aos delinquentes e eliminaram as sanções infamantes, dando lugar ao debate e a pretensão de codificação, o que foi possível com a Independência, em 1.822, e, com o advento do Império, ocorreu à sustentação das Ordenações, apesar de ainda presentes as teorias liberais iniciadas com a Revolução Francesa e a Independência das 13 colônias inglesas ²⁵⁰.

²⁴⁷ Idem, pp. 99 e 100. ²⁴⁸ Idem, p. 103.

²⁴⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal,

²⁵⁰ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal, cit., p. 99; SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da pena, cit., pp. 39 e 40.

3.2 Período Imperial - O Código Criminal de 1.830

Em 07 de setembro de 1822 o Brasil conquistou a sua independência e, logo em seguida, em 1824 foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I a Constituição brasileira, com ideias liberais e múltiplas disposições penais, cujo texto previa a criação urgente de um Código Criminal, fundado nas sólidas bases de justica e equidade, conforme artigo 179, inciso XVIII. No mais, afirmava-se o fim dos suplícios e das penas infamantes, como, por exemplo, a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, além da proibição do confisco de bens e a declaração de infâmia aos parentes do réu em qualquer grau; anunciou-se que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente e que as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes²⁵¹.

Nesse sentido, essa Constituição adotava, no mencionado artigo 179, determinados princípios de concepção liberal, como o princípio da igualdade de todos perante a lei (§ 13); o da não-retroatividade da lei penal (§ 3°) e o de que a pena não passará da pessoa do criminoso (§ 20)²⁵².

Contudo, verifica-se que até a promulgação do Código Penal de 1.830, vários foram os projetos apresentados, a partir de 04 de maio de 1.827, com o de Bernardo Pereira de Vasconcelos, e, logo após, no dia 15 do mesmo mês, foi oferecido o Projeto de José Clemente Pereira, tendo optado a Comissão pelo projeto Vasconcelos, que levaria à perfeição com menor número de retoques²⁵³. Ademais, a influência de Jeremias Bentham é assinalada por todos os penalistas brasileiros, por ser uma legislação liberal, fundamentada no princípio da utilidade pública 254 , tornando-se o primeiro Código autônomo e característico da América Latina, servindo de base ao Código espanhol de 1.848, ao russo, e à legislação latino-americana em geral, consoante Roberto Lyra²⁵⁵.

Por outro lado, o número de penas previstas no Código continuava grande, como, por exemplo, morte (arts. 38 a 43); galés (arts. 44 e 45, § 1° e 2°); prisão com trabalho (art. 46); prisão simples (art. 47); banimento (art. 50); degredo (art. 51); desterro (art. 52), multa (art. 55), suspensão do emprego (art. 58); perda do emprego (art.

²⁵³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 89.
254 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 165.

²⁵⁵ MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade.** São Paulo: Atlas, 1996, p. 17.

DOTTI, René Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas, cit., p. 50.
 BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral, cit., p. 164.

59); açoites (art. 60); mas, vale mencionar que foram reduzidos os delitos punidos com morte de 70 para 03, quais sejam, a insurreição de escravos, o homicídio com agravante e o latrocínio²⁵⁶.

Todavia, é imperativo realçar a distinção feita pelo Código Criminal do Império que definia o banimento (art. 50) como a privação perpétua dos direitos de cidadão e de habitação em território nacional. Ainda, o degredo (art. 51) que obrigava o condenado a morar em lugar definido em sentença, lá ficando também por tempo determinado e, também, o desterro (art. 52) que forçava o réu a sair das cercanias do local do crime, de sua residência e da residência do ofendido²⁵⁷.

No mais, cumpre observar, a pena de morte acabou por ser tacitamente revogada por D. Pedro II, ou seja, no Brasil a pena de morte estava prevista no Código Criminal do Império; mas, ocorreu a sua revogação de fato, a partir de 1.855, quando foi, em cumprimento de sentença, executado o fazendeiro fluminense Mota Coqueiro e, após o enforcamento, ficou provado que Mota Coqueiro não fora o autor do delito que lhe havia sido atribuído, e que sempre negara; de tal modo, o Imperador Dom Pedro II passou sistematicamente a comutar as penas de morte em galés perpétuas²⁵⁸.

O Código Imperial foi elogiado em vários países, devido ao seu avanço no período em que foi elaborado, pois refletia as tendências de humanização e sistematização do Direito Penal, sob a influência do iluminismo e do contratualismo de Jean-Jacques Rousseau, já presentes na obra de Cesare Bonesana²⁵⁹.

Ademais, constata-se que ocorreram diversas modificações no Código Criminal do Império que foram importantes para a eliminação dos excessos que ainda continham, como, por exemplo: lei de 04 de setembro de 1.850, que reprimiu o tráfico de africanos; lei de 18 de setembro de 1.851, crimes militares; lei de 20 de setembro de 1.871, que definiu os crimes culposos e tratou do estelionato; lei de 04 de agosto de 1.875, sobre direito penal internacional; lei de 15 de outubro de 1.886, referente a crimes de dano, incêndio e outros; e, por fim, após essas várias modificações ocorridas no tempo, com a abolição da escravatura, em 13 de maio de 1.888, o Deputado Joaquim Nabuco apresentou

²⁵⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 121.

²⁵⁸ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 189.

-

²⁵⁶ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**, cit., p. 52.

²⁵⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 100.

projeto que autorizava uma nova publicação do Código, mas um projeto de João Vieira de Araújo, de 1889, que visava este fim, foi substituído pela reforma total do Código, por opinião da comissão encarregada de reformulá-lo, tendo o relator Batista Pereira sido incumbido da elaboração do projeto. Logo, um novo projeto foi sugerido como necessário e urgente para *reformar-se o atual regime de repressão*²⁶⁰.

Também, é importante notar que o Código Imperial inovou substancialmente no que se refere à pena de multa, instituindo um sistema próprio, muito além dos demais praticados nos diferentes países, a tal ponto de pôr em evidência o *sistema de dias-multa* para a pena pecuniária²⁶¹.

Assim, a legislação penal daquele período não ficou estagnada, perante as condições sociais e econômicas criadas pelo abolicionismo, nem mesmo imunes a novas ideias que influenciavam o debate filosófico. Por conseguinte, a proclamação da República estabelece a reforma para adaptar a legislação aos novos princípios científicos, bem como a evolução moral e material ocorrida com o povo brasileiro nessa época²⁶².

3.3 República – O Código Penal de 1.890

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1.889, houve a necessidade de se editar uma nova lei penal, que foi elaborada às pressas pelo Conselheiro Batista Pereira, nomeado pelo Ministro da Justiça Campos Salles, do Governo Provisório. O projeto foi apresentado em curto espaço de tempo e, em 11 de novembro de 1.890, transformado em lei, sob a influência do Código Italiano de Zanardelli, de 1.889, do Código Holandês e Venezuelano²⁶³.

O Decreto 774/1.890, que precedeu ao novo Código Penal de 1.890, já tinha abolido a pena de galés, bem como reduziu a 30 anos o cumprimento da prisão "perpétua", instituiu a prescrição das penas e estabeleceu o desconto, na pena de privativa de liberdade, do tempo de prisão preventiva. Situação essa que foi consolidada com a Constituição da República de 1.891, em sua Declaração de Direitos, em que ficava abolida

²⁶¹ PRADO, Luiz Regis. **Multa penal: doutrina e jurisprudência.** 2ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1993, p. 44.

²⁶² CÁMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 100.

²⁶⁰ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 91 – 93.

²⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, cit., p. 218 e 219.

a pena de galés e de banimento judicial (art. 72, § 20), bem como a eliminação da pena de morte, ressalvada a legislação militar em tempo de guerra (art. 72, § 21) ²⁶⁴.

No Código de 1890 a pena conservava seu caráter instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social. As penas aplicáveis, seus efeitos e modo de execução foram previstos nos artigos 43 a 70 do mencionado Código, estabelecendo o artigo 43 as seguintes espécies de penas:

"a) *prisão celular* que era aplicada a quase todos os crimes, e a algumas contravenções, consistindo no isolamento celular com trabalho obrigatório, e, de acordo com o artigo 45, as penas não excedentes a um ano isoladamente consistia na quinta parte; além deste prazo, quarta parte de duração da pena, não podendo exceder a dois anos; nos períodos sucessivos, o trabalho era comum, segregação noturna e silêncio durante o dia.

A progressão do regime prisional estava presente na pena celular, consistindo em cumprimento da metade da pena, quando excedente a seis anos, em penitenciária agrícola. Demonstrando bom comportamento, obtinha o condenado o livramento condicional (art. 45, § 2°);

- b) reclusão que consistia no encarceramento do delinquente em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares, e é considerada uma pena restritiva de liberdade;
- c) prisão com trabalho obrigatório aplicada aos vadios e capoeiras, nos termos dos artigos 400 e 403 do Código Penal e era cumprida em penitenciária agrícola ou em presídios militares;
- d) *prisão disciplinar* pena restritiva de liberdade, a ser cumprida em estabelecimentos industriais especiais, onde os menores seriam recolhidos até os 21 anos de idade (art. 49);
- e) interdição considerada uma pena relacionada à honra, conforme classificação de Von Liszt. No relatório do Ministro da Justiça, 1.891, página 18, estava indicado que esta pena era a consequência legal de graves penas, e importava na privação de cargos públicos e distinções honoríficas, além da suspensão de todos os direitos políticos;
- f) suspensão e perda de emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro que, de acordo com a classificação de Von Liszt é uma pena patrimonial. O artigo 57 previa a privação do condenado de todos os seus empregos, durante o tempo da

²⁶⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 41.

suspensão, salvo sendo de eleição popular, o que repetia o artigo 58 do Código Criminal de 1.830.

Saliente-se que o artigo 56 falava da perda de todos os serviços e vantagens, o que não incluía a assistência institucional de amparo à família, denominado de montepio. Este entendimento tinha por base o artigo 72, § 19 da Constituição Federal de 1890, onde estava expresso que *nenhuma pena passará da pessoa do delinquente*. O montepio foi instituído para amparar, também, a família do funcionário público e sua eliminação em razão da aplicação da pena, que era considerada inconstitucional;

g) *multa* – também relativa ao patrimônio, conforme a classificação de Von Liszt, consistia no pagamento ao Tesouro Público Federal ou dos Estados, de acordo com a competência e com o ganho do condenado *em cada dia por seus bens, emprego, indústria ou trabalho*. O não-pagamento por falta de meios, ou negativa de efetivá-lo, era convertido em prisão celular, na forma dos artigos 58 e 59 do mesmo Código"²⁶⁵.

Dessa forma, a base do sistema de penas do Código de 1.890 era a prisão celular, que foi criticada de maneira intensa por Enrico Ferri, como uma das aberrações do século XIX²⁶⁶. No mais, vale destacar que as penas de banimento e galés foram abolidas pelo artigo 72, § 20 da Constituição Federal de 1.890 (*fica abolida a pena de galés e a de banimento*)²⁶⁷.

Porém, após entrar em vigor o Código Penal, este já mereceu algumas reformas, que se prolongaram com outras leis, criando um verdadeiro emaranhado normativo, que conduziu, em 1.932, o Desembargador Vicente Piragibe a realizar um trabalho de incorporação da legislação subsequente, que alterou o Código então vigente. De tal modo, surgiu o Código Penal do Brasil, completado com as leis modificadoras em vigor, conforme o Decreto 22.213, de 14/12/1.932, denominado Consolidação das leis Penais de Piragibe, obra notável que facilitava a consulta e estudo do Direito Penal vigente e manteve as mesmas categorias de penas de privação da liberdade. Os preceitos inovadores foram colocados em parágrafos, com tipos gráficos diferentes, conservando-se a numeração dos artigos do Código²⁶⁸.

²⁶⁶ COSTA E SILVA, A. J. **Comentários ao Código Penal brasileiro.** 2ª ed., rev. e atual. por Luiz Fernando da Costa e Silva. São Paulo: Contasa, 1967, p. 163.

٠

²⁶⁵ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., pp. 102 e 103.

²⁶⁷ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 104.

²⁶⁸ MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**, cit., p. 18.

3.4 O Código Penal de 1.940

Com o passar dos anos, devido ao progresso técnico e industrial, o Código de 1890, bem como a legislação consolidada, não mais atendia aos reclamos sociais daquele período, exigindo a elaboração de novos tipos penais, além de estar defasado com relação aos movimentos doutrinários já concretizados em outros países europeus²⁶⁹.

A exposição de motivos redigida pelo Ministro da Justiça da época justificou a necessidade de se confeccionar um Código moderno, porque no então vigente havia erros e falhas, além de ser atrasado, devendo ser colocado em dia com as ideias dominantes no campo da criminologia, para, também, aplicá-lo com novas figuras delituosas, diante dos progressos industriais e técnicos²⁷⁰.

Em 09/12/1.937, o Professor Alcântara Machado, da Faculdade de Direito de São Paulo, recebeu do Ministro da Justiça Francisco Campos o convite para redigir o anteprojeto de um novo Código Penal para o Brasil²⁷¹. Logo, em menos de um ano após, em 1938, o Professor Alcântara Machado apresentou ao governo o anteprojeto que elaborou, isto é, em maio, a parte geral, e, em agosto o projeto completo²⁷².

A comissão revisora foi constituída pelos magistrados Vieira Braga, Nelson Hungria e Nacelio de Queiroz e pelo representante do Ministério Público Roberto Lyra, contando com a colaboração de Antonio José da Costa e Silva. Este enalteceu o projeto original, considerando-o um grande passo em relação aos projetos anteriores²⁷³, que foram de Galdino Siqueira, de 1.913 e projeto Sá Pereira de 1.927 e 1.928 que, submetido a uma revisão por comissão presidida por Sá Pereira era composta por Evaristo de Morais Bulhões Pereira, tendo os trabalhos, no Senado, sido interrompidos pelo golpe de Estado de 1.937²⁷⁴.

Observa-se que durante dois anos foram realizados os trabalhos da comissão revisora para, em 07 de dezembro de 1.940, ser publicada a versão definitiva do novo Código Penal brasileiro, que entrou em vigor em 01/01/1.942. Ademais, vale frisar

²⁷¹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal: curso completo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18 e 19.

²⁶⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 104.

²⁷⁰ Ibidem.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral, cit., p. 169.

²⁷³ COSTA E SILVA, A. J. Comentários ao Código Penal brasileiro, cit., p. 09.

²⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, cit., p. 221.

que à época não houve integral concordância de Alcântara Machado com os trabalhos de revisão do anteprojeto que formulara. Consoante Alcântara Machado a comissão revisora trabalhou mediante portas e janelas fechadas num esforço de alteração e mutilação de seu inicial texto, somente vindo ele próprio a tomar conhecimento do anteprojeto revisado por notícias na imprensa. Reconheceu, por outro lado, que embora as práticas que adjetivou como de mutilação e alteração do texto por si elaborado, permaneceu na essência o Código aprovado como a representação de suas ideias e de seu trabalho²⁷⁵.

O Código Penal de 1.940 recebeu influência marcante dos Códigos Italiano (Código Rocco) e Dinamarquês de 1.930 e do Suíço de 1.937, além do chamado *Projeto Ferri*; mas, apesar de sua origem em regime totalitário, não contrariou as tradições liberais, tendo influência decisiva dos postulados técnico-jurídicos, marcado pelas linhas do então neopositivismo jurídico que se opunha ao positivismo naturalista que havia se difundido em época anterior, inclusive no Brasil. Nelson Hungria, ao mencionar o assunto, disse, taxativamente, que não mais se tolerava, quanto à nova legislação, falar-se em ciência criminológica, como ciências penais²⁷⁶.

Por conseguinte, o debate daquele período, entre o positivismo naturalista e o tecnicismo jurídico, num dos aspectos, estava relacionado com a autonomia da vontade humana, ou seja, para os primeiros, o determinismo era a mola propulsora da prática do crime, representando um desvio moral, que deveria merecer a atenção do julgador, no momento da aplicação da pena ou medida de segurança. Para o tecnicismo-jurídico, a liberdade de vontade, não prescinde da responsabilidade moral, embora nem sempre deva prescindir a responsabilidade penal da plena condição do estado de imputabilidade psíquica²⁷⁷.

Contudo, esse Código manteve a pena privativa de liberdade como defesa avançada da sociedade e com relação aos tipos penais (260 deles) foram cominadas a pena privativa de liberdade e de detenção, algumas vezes, com a previsão de multa a ser aplicada concomitantemente ou, em alguns casos, alternativamente. Há, assim, poucos

²⁷⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Breves notas para a história da criminologia no Brasil.** In: *Ciência Penal.* N. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 41.

²⁷⁵ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1932, p. 81 e 82, nota 53.

²⁷⁷ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., pp. 105 e 106.

casos de conversão da pena de prisão em pagamento de multa (artigos 170; 171, § 1°; 175, § 2°) e há uma prevalência total da pena de prisão²⁷⁸.

Por conseguinte, verifica-se que o instrumento mais severo de que se valeu o Código Penal de 1.940 foi o instituto da reincidência numa tentativa de reprimir a criminalidade, de modo a dissuadir o criminoso à prática de novo crime. Além de todas as consequências, estava sujeito o criminoso, reincidente em crime doloso, à medida de segurança prevista no artigo 93, I, do Código Penal, consistente em internação em colônia agrícola ou instituto de trabalho, de reeducação ao ensino profissional (art. 88, III), pelo prazo mínimo de dois anos, após o cumprimento da pena, diante da adoção do sistema do *duplo binário* que compreendia a aplicação da pena e da medida de segurança, ou seja, um sistema em que aceitava a imposição das duas medidas, aplicando a pena privativa de liberdade e a medida de segurança; regra essa diferente do atual Código Penal que adota o sistema vicariante, aplicação de pena ou medida de segurança²⁷⁹.

O Código Penal de 1.940 adota um sistema de penas que é dividido em principais e acessórias, em consonância com o artigo 28, como as espécies de penas privativas de liberdade, são a reclusão e a detenção, e, ainda, a pena de multa é principal²⁸⁰.

Ademais, verifica-se que há vários aspectos que diferenciam a reclusão da detenção, ou seja, não se admitia o *sursis*, salvo para o menor de 21 anos e o maior de 70 anos; isolamento celular, até mesmo durante o dia, no início do cumprimento da pena, conforme as condições pessoais do recluso; o trabalho era imposto pela direção do presídio, e não de livre escolha do condenado e as penas acessórias e medida de segurança eram mais comuns e de maior prestígio. O máximo da pena privativa de liberdade previsto no Código Penal, artigo 55, era de trinta anos para o efetivo cumprimento e, além disso, fixava quantia para a multa²⁸¹.

Com efeito, o Código ressaltou o trabalho do condenado, como forma competente para a reeducação do preso, em que essa atividade apresentava três aspectos: ético, penal e econômico. Dessa forma, evitava a ociosidade, como exigência moral; as

²⁷⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 107.

²⁸⁰ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 107.

-

²⁷⁸ TASSE, Adelo El. **Teoria da pena**, cit., p. 58.

²⁸¹ REALE JUNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes & PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Penas e medida de segurança no novo Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 40.

forças individuais não poderiam ser utilizadas inutilmente como castigo, mas habituar o delinquente a um trabalho honesto, produtivo de valores e higiênico²⁸².

Em razão ao princípio da legalidade, constata-se que a pena pecuniária era a conferida à época dos fatos, e qualquer atualização era considerada inconstitucional. De tal modo, devido à cobrança, perdia todo o significado retributivo ou penoso ao preso. Dessa forma, quando aplicada isoladamente não correspondia a uma sanção efetiva pelo delito cometido e, quando cumulativa com a pena privativa de liberdade, esta era cumprida, embora a multa, no geral, deixava-se de lado, perante o valor irrisório que representava, impossibilitando qualquer medida judicial para sua cobrança. Enfim, a insolvência absoluta isentava o condenado do pagamento, mas o artigo 39 aceitava a exigência da multa, depois que a situação econômica do réu admitisse o adimplemento da pena pecuniária²⁸³.

Por conseguinte, vale observar as penas acessórias do Código Penal de 1.940, de acordo com o artigo 67, que são: I) perda de função pública eletiva ou de nomeação; II) as interdições de direito; III) a publicação da sentença. Essas penas eram acompanhadas de uma pena principal, e não tinham a característica de coibir a liberdade pessoal do preso, atuando como restritivas de perda de direitos, ou impeditivas de aquisição de direito. Isto era seguido pelas penas de perda da função pública ou de nomeação. No mais, a pena da função pública decorria, ou da prática de crime relacionado com o exercício da função pública, abuso de poder ou violação por mais de dois anos ou detenção por mais de quatro anos²⁸⁴.

Todavia, as penas acessórias desse Código já estavam em desuso, perante a contrariedade da doutrina na sua manutenção, por considerá-las infamantes ou que atingiam a dignidade humana do condenado, a sua atuação social e a sua honra, além do necessário para a punição pelo crime praticado. Assim, essas penas tendiam a desaparecer, para tornarem-se simples consequências da condenação, ou medidas de segurança²⁸⁵.

No mais, o tecnicismo-jurídico que orientou a elaboração do Código Penal de 1.940, com o acolhimento das ideias da escola clássica, e, quanto à periculosidade e medidas de segurança, a escola positivista-naturalista, durante o período de sua vigência,

²⁸³ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 109.

-

²⁸² COSTA E SILVA, A. J. Comentários ao Código Penal brasileiro, cit., p. 169.

²⁸⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 109.

²⁸⁵ BRUNO, Aníbal. **Das penas.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 207.

até 1.984, apesar de modificado em sua estrutura, pela Lei nº 6.416/77, demonstrou ser apenas repressivo, aplicando as penas a partir da avaliação do resultado, nos moldes do positivismo-jurídico, sem atentar para as novas tendências do Direito Penal, a partir do finalismo welzeniano, nos anos sessenta, que tanto influenciaram a dogmática penal europeia²⁸⁶.

Outrossim, é importante frisar que o rigorismo na aplicação do Código Penal de 1.940 determinou o acúmulo de condenados nas poucas prisões ou penitenciárias existentes, com a consequente impossibilidade de qualquer atividade por parte do preso, e a falta de higiene nestes estabelecimentos convertia a execução penal em incremento às tendências criminosas²⁸⁷.

Porém, apesar desses pontos negativos presentes no Código, constata-se que houve uma repercussão elevada, tendo sido traduzido, juntamente com a Exposição de Motivos do Ministro Francisco Campos, para o francês, por Niko Gunsburg, e para o espanhol, por Laureano Landaburu e Francisco Lapplaza, bem como por Ramiro Fernandez Pintado. Contemporaneamente, foi traduzido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Levene Hijo, formando a compilação dos Códigos Penais Latino-americanos²⁸⁸.

Assim, em 1.961, o Ministro da Justiça Pedroso Horta solicitou a Nélson Hungria a elaboração de um anteprojeto de Código Penal, juntamente solicitou a Hélio Tornaghi e Roberto Lyra a elaboração, respectivamente, do Código de Processo Penal e do Código das Execuções Penais²⁸⁹.

3.5 O Código Penal de 1.969

A comissão para a reforma do Código Penal formou-se (1.961), tendo aceitado a incumbência Nelson Hungria, que foi apresentado e publicado em 1.962. Em 1.965, a nova Comissão Revisora foi nomeada sendo composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra e Hélio Tornaghi, Aníbal Bruno (presidente) e Heleno Cláudio Fragoso²⁹⁰.

O Ministro da Justiça, Gama e Silva, durante o período de regime autoritário, desejou ver editado o Código Penal, e Nelson Hungria, antes de falecer,

²⁸⁶ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 111.

²⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1999, p. 65.

²⁸⁸ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81.

²⁸⁹ DOTTI, René Ariel. *História da legislação brasileira: A reforma do CP 1940 (1942 a 1984).* **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, nº 13, jan./mar. 1996, p. 308.

²⁹⁰ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**, cit., p. 79.

remeteu ao Ministério da Justiça os originais do anteprojeto revisto. Integraram Nova Comissão Revisora Heleno Cláudio Fragoso, Ivo D'Aquino e Benjamin Moraes. O Código Penal foi outorgado pela junta de Ministros Militares, quando o Congresso Nacional estava em recesso, através do decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1.969, que entraria em vigor no ano seguinte, 1.970. Sua vigência foi prorrogada em várias oportunidades, até que foi derrogado pela lei 6.578, de 11 de outubro de 1.978²⁹¹.

Por conseguinte, o anteprojeto de Código Penal de Nélson Hungria não alterava o panorama geral das penas, ou seja, mantinha a mesma estrutura do Código de 1940, procurando somente excluir os defeitos mais graves que aquele apresentava. Dessa forma, instituía o estabelecimento penal aberto e promovia o retorno da regra dos diasmulta (do Código Criminal do Império), mínima de um dia-multa e máxima de trezentos e sessenta dias-multa. A base era o maior salário mínimo vigente no país, ao tempo do fato (artigo 44 e parágrafos)²⁹².

Mas, com a instalação da ditadura militar e durante toda a década de setenta, as leis e decretos apresentados eram aprovados por um Congresso evidentemente submisso ao Poder Executivo, ou seja, o Direito Penal era considerado *um instrumento meramente pragmático de interesses do poder que recorria à pena de prisão como uma ameaça de rotina*²⁹³.

O Código Penal de 1.969 exerceu pouca influência na dogmática penal brasileira, isto é, reconheceu as objeções contra a manutenção das penas de reclusão e detenção, como formas da privativa de liberdade, mas, ao aceitar este sistema, justificou a medida com as consequências múltiplas que determinam, inclusive com relação ao processo penal, o que desaconselhava a unificação²⁹⁴.

No mais, esse Código previa, de forma expressa, a finalidade de prevenção especial, previsto no artigo 37, determinando que a execução da pena deveria promover a recuperação do delinquente. Ainda, havia a previsão do regime de semiliberdade para condenados a pena não superior a seis anos de escassa ou nenhuma periculosidade e a substituição da pena de detenção não superior a seis meses por multa, desde que o réu fosse primário, de pequena ou nenhuma periculosidade e tivesse reparado o dano antes da sentença. Todavia, depois do período de *vacatio legis* mais longo da

²⁹¹ Ibidem.

²⁹² PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução histórica**, cit., p. 82.

²⁹³ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**, cit., p. 85.

²⁹⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 112.

história nacional, o novo Código foi revogado em 1.978, não entrando em vigor em nenhum momento²⁹⁵.

Em resumo, o Código elaborado por Nélson Hungria foi terminado em 1963, foi revisado e promulgado pelo Decreto-Lei 1.004, de 21/10/1969, retificado pela Lei 6.016, de 31/12/1973 e, além disso, ficou conhecido como o Código Penal de 1969, em que teve a sua vigência sucessivamente postergada até que finalmente foi revogado pela Lei 6.578, de 10/10/1978²⁹⁶.

3.6 A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1.977

O projeto de lei que originou a Lei 6.016/73, analisado de modo amplo e fundamentado por Miguel Reale Júnior, confirmou que se almejava com a pena a justa retribuição, embebida com conteúdo ético²⁹⁷.

Desse modo, foram situados dois momentos para o emprego da pena, isto é, a fixação do quantum e a qualidade da sanção; a outra, determinação do grau de periculosidade, para se apurar o modo de execução, com a finalidade de ressocialização²⁹⁸.

Ainda, foi discutida nessa mesma lei, a amplitude das prisões fechadas, que se destinavam aos condenados com acentuada periculosidade. A adoção do estabelecimento aberto, que Nelson Hungria considerava benéfico à recuperação, constou no artigo 40, sendo considerado um momento de sistema progressivo²⁹⁹.

Contudo, com o projeto de lei nº 2, de 12 de março de 1.977, daria origem às modificações introduzidas pela Lei 6.416/77, que instituiu os diferentes regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade (aberto, semiaberto e fechado), surgindo num período em que emergia o problema da superpopulação carcerária, ao qual foi combatida por meio da aprovação de leis e decretos que tinham como finalidade à solução do problema, ou seja, a situação foi vista não como simples esvaziamento dos presídios, mas como uma forma de criar alternativas à pena privativa de liberdade³⁰⁰.

A Lei 6.416/77 apresentou pontos positivos, reconhecidos pela doutrina, ainda que denunciado algumas falhas e incoerências. Portanto, uma modificação

²⁹⁹ Ibidem.

²⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 45.

²⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, cit., p. 100.

²⁹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Das penas e sua execução no novo Código.** In: *Ciência Penal*. nº 1. São Paulo: Convívio, 1975, pp. 105 – 117.

²⁹⁸ Ibidem.

³⁰⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. Teoria da pena, cit., p. 45.

importante introduzida pela lei foi um sistema que reconhecia o caráter unitário da pena de prisão, mesmo que considerasse a dicotomia reclusão-detenção, em implicações importantes³⁰¹.

3.7 O Código Penal de 1.984

As Leis 6.016/73 e 6.416/77, com relação à parte geral do Código de 1.940, não conseguiram atingir seus objetivos referentes às exigências sociais da época³⁰². Observa-se que a partir de 1.979 vários encontros começaram a acontecer protestando por reformas na legislação penal. Dessa forma, destacou-se o I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários (1.970), no qual se lavrou a Moção de Friburgo³⁰³; o IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências afins, em Recife (1.970); o V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências afins, em São Paulo (1.975); o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, em Brasília (1.981); além da sensibilização do setor público, produzida pela publicação, já em 1.976, do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados que promoveu o levantamento nacional da crise penitenciária³⁰⁴.

Portanto, não havia mais dúvida de que a sociedade contemporânea não possuía a mesma fisionomia daquela do tempo de promulgação do Código Penal de 1.940 e suas reformas posteriores. A sociedade não mais se divide entre os bons ou maus, mas por pessoas que, em razão de vários motivos, agem com fidelidade ou infidelidade às regras estabelecidas por uma certa cultura³⁰⁵.

Nesse período, mesmo o Brasil sob o domínio de um regime autoritário, que já mostrava sua fragilidade, diante das vozes que contra ele se levantavam aos poucos, foi constituída, pelo Ministro Ibrahim Abi-Ackel, em 1.980, Comissão para elaborar anteprojeto de reforma do Código Penal, presidida por Francisco de Assis Toledo e

302 CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal, cit., p. 115.

315 - 317.

³⁰¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Das penas e sua execução no novo Código. Op. cit.*, pp. 20 – 22.

³⁰³ Moção de Friburgo: (...) as falhas do nosso sistema penitenciário são devidas, antes de mais nada, ao anacronismo da legislação penal e processual penal, presas, ainda, à ideia de ser a pena de prisão o remédio indispensável ao tratamento do criminoso, de qualquer grau de periculosidade e seja qual for a gravidade do delito praticado. ³⁰⁴ DOTTI, René Ariel. *História da legislação brasileira: A reforma do CP 1940 (1942 a 1984), Op. cit.*, pp.

³⁰⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**, cit., p. 63.

composta pelos juristas Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca³⁰⁶.

Em seguida, no ano de 1.981, foi nomeada a Comissão Revisora, constituída por Francisco de Assis Toledo, Miguel Reale Júnior, Dínio de Santis Garcia e Jair Leonardo Lopes, tendo sido remetido ao Congresso o projeto definitivo, em 09 de maio de 1.983, que se transformou em Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, e Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1.984, tendo ambas entrado em vigor em 13 de janeiro de 1.985, a primeira constituindo-se na parte geral do Código penal brasileiro, mantida a parte especial do Código da década de 40, elaborado por Alcântara Machado, enquanto a segunda, corresponde à atual Lei de Execuções Penais³⁰⁷.

Esse projeto demonstrou a formação humanista dos membros da Comissão e a nova parte geral do Código Penal apresentou como característica essencial a busca da redução da aplicação da pena de prisão, prevendo, além das penas privativas de liberdade, penas restritivas de direito aplicáveis para vários dos ilícitos previstos no Código, ou seja, houve uma preocupação em dotar o sistema penal brasileiro de legislação consentânea com os avanços da dogmática penal e da política criminal³⁰⁸.

A reforma da parte geral do Código de 1940, levada a termo pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1.984, foi extensa e realizada em clima de ampla discussão teórica e democrática, apesar de ainda se viver um regime autoritário; porém, destaca-se que forma abolidas as penas acessórias, que eram aquelas aplicadas conjuntamente com a pena privativa de liberdade, bem como extinguiu o sistema do duplo binário, substituindo-se pelo sistema vicariante, isto é, aplica-se apenas a pena criminal, ou apenas a medida de segurança, sendo a última aplicável apenas aos inimputáveis. Além disso, foi criado o sistema progressivo para cumprimento de pena, com o regime fechado, semiaberto e aberto, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena (sursis). De tal modo, a reforma de 1.984 alçou as penas restritivas de direitos à classe de penas principais e substitutivas das privativas de liberdade, apresentando uma tentativa de abrandar as sanções prisionais³⁰⁹.

O artigo 32 do presente Código, após a reforma, propôs as penas de privação de liberdade, restritiva de direitos e a multa. Dessa forma, manteve-se o dualismo

³⁰⁶ Idem, p. 67. ³⁰⁷ Idem, pp. 68 e 69.

³⁰⁸ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal,

³⁰⁹ MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Penas Restritivas de Direito**, cit., p. 50.

da reclusão e da detenção, com o artigo 33, podendo ser cumpridas em regime fechado, semiaberto e aberto; ademais, criou-se o regime progressivo conforme o comportamento do preso na execução da pena³¹⁰.

Outrossim, importante destacar, no sistema de penas, cinco pontos fundamentais, isto é, o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, a criação de novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança. Além disso, verifica-se a não-utilização da reparação do dano à vítima como pena criminal, que poderia ter sido utilizada por meio da pena de *multa-reparatória*³¹¹.

No mais, constata-se no artigo 38 do Código Penal o respeito à integridade física e moral do preso, mas, não é apenas isso que merece destaque, ou seja, assegurou-se, também, o trabalho remunerado do condenado, garantindo-se os benefícios da Previdência Social, consoante o artigo 39³¹².

Por conseguinte, esses artigos justificam-se na dignidade humana, o que alude à remuneração adequada, com a finalidade de assegurar ao condenado que esta atividade laborativa não pertencia à categoria de castigo ou locupletamento ilícito, como acontecia com o denominado trabalho escravo, conforme denunciado na vigência do Código Penal de 1.940³¹³.

Destarte, além das penas privativas de liberdade, há as restritivas de direito que inovaram o sistema e que consistiam na prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, consoante artigo 43, incisos I a III, do Código Penal, que, apesar de serem inovadoras, apresentam a possibilidade de conversão à pena privativa de liberdade, nos casos de injustificado descumprimento das restrições impostas³¹⁴.

Ainda, existe a inovação do Código Penal de 1.984 com relação à pena pecuniária, ao qual foi uma revalorização da pena de multa, que, devido à ineficácia, por problemas econômicos relacionados com a desvalorização da moeda, ficou ineficaz, enquanto sanção penal. Mas, como pena principal, deixa de ser cominada em quantias

³¹² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 121.

³¹³ REALE JUNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes & PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Penas e medida de segurança no novo Código Penal**, cit., pp. 105 – 107.

³¹⁰ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 120.

³¹¹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**, cit., p. 93.

³¹⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., pp. 121 e 122.

fixas, nomeada como multa tarifada, para adotar o sistema de dia-multa, incluindo a atualização através da correção monetária, conforme previsão no parágrafo 2º do artigo 49 do Código Penal³¹⁵.

De tal modo, os aspectos positivos da nova medida foram o dias-multa como base do cálculo da pena pecuniária e seus limites entre o mínimo de dez e o máximo de trezentos e sessenta dias-multa, a ser fixada na sentença, não podendo ser inferior a um trigésimo do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a cinco vezes este salário, alusivo no artigo 49, parágrafo 1°, do Código Penal de 1.984³¹⁶.

Portanto, com a chegada da Constituição Federal em 1.988, surgiram diversas garantias penais que passaram a usufruir da tutela constitucional, como os princípios da legalidade, da anterioridade da lei penal, da culpabilidade, da individualização, da personalidade, além do estabelecimento de penas vedadas com caráter absoluto no sistema pátrio, penas admissíveis, comandos criminalizadores expressos e implícitos, bem como regras de execução da pena³¹⁷.

Enfim, depois de quatorze anos da Reforma Penal de 1.984, e uma década após a promulgação da Constituição de 1.988, a Lei 9.714/98 iniciou um novo sistema de penas na legislação nacional, ampliando a adoção de penas alternativas para crimes punidos em até quatro anos de reclusão, sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, numa evidente demonstração da opção pela política criminal de maior utilização de penas diversas da prisão no território nacional³¹⁸.

Logo, essa Lei alterou a redação do artigo 43 do Código Penal, estabelecendo novas penas restritivas de direitos, como: prestação pecuniária, prestação de outra natureza, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, proibição do exercício de cargo, proibição do exercício de profissão, suspensão da habilitação para dirigir veículos, proibição de frequentar determinados lugares, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana, proibida a pena de recolhimento domiciliar³¹⁹. Destarte, ao adotar as penas de mula e restritivas de direito, verifica-se que não foi excluído a probabilidade de aplicação da pena privativa de liberdade, ou seja, a Lei 9.714/98 aceita a substituição da prisão por penas alternativas, desde que se trate de reprimenda penal fixada em no máximo de quatro anos, resta mantida

³¹⁵ Idem, p. 128.

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ TASSE, Adelo El. **Teoria da pena**, cit., p. 62.

³¹⁸ Idem, pp. 62 e 63.

³¹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., pp. 46 e 47.

a pena privativa de liberdade, quer para as infrações cuja pena seja superior a quatro anos, quer como meio coercitivo ao cumprimento das penas alternativas, pois a inobservância das regras instituídas para a execução das mesmas ocasiona a conversão em pena privativa de liberdade³²⁰.

Com efeito, a Lei 9.714/98 não se apresentou como uma fonte inovadora e adequada, uma vez que abandonou a prisão-albergue e, também, faltaram critérios rigorosos que orientassem a substituição da pena privativa de liberdade em crimes graves, cuja pena poderia ser de três a quatro anos de prisão. Dessa forma, consoante Miguel Reale Júnior, observa-se que vários problemas graves são gerados por essa legislação que sem visão de unidade do sistema e do inter-relacionamento dos institutos, sem compreensão da proporcionalidade que deve iluminar a cominação das penas, em função do valor do bem jurídico atingido, e expresso no quantum da pena aplicado, fez terra arrasada no conjunto harmônico e escalonado que constituía a Parte Geral de 1.984. É o resultado da precipitação dos autores do projeto, cujas viseiras impediram o reconhecimento do conjunto e a compreensão das relações entre os institutos³²¹.

Assim, para uma correta elaboração legislativa, conforme Antonio Luis Chaves Camargo, é importante verificar que cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer os elementos que reflitam a realidade, em determinado momento histórico, e, ao legislador, integrar-se aos princípios constitucionais, salientando que, no Estado Democrático de Direito, artigo 1º da Constituição Federal de 1988, devem orientar a seriedade da legislação penal, como controle social em ultima ratio. Por si, este princípio aliado aos da subsidiariedade e fragmentariedade já seriam empecilhos à expedição desordenada de leis modificativas da parte geral do Código Penal³²².

³²⁰ TASSE, Adelo El. **Teoria da pena**, cit., p. 63.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Mens legis insana**, corpo estranho, **Penas restritivas de direitos, críticas e comentários às penas alternativas, Lei 9.714, de 25.11.1998.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 38 e 39. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**, cit., p. 47.

³²² CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**, cit., p. 134.

CAPÍTULO 4 – DA PENA

4.1 O conceito de pena

A pena, no que se refere à estabilidade do ordenamento, bem como a necessidade de concentrar as forças na proteção do Estado conferindo assim a sua existência, estabelecerá uma punição de maneira a garantir um mínimo de eficiência, que deveria ser em curto prazo, porque se for num Estado sem problemas existenciais, a ineficácia da pena poderia ser aceita a curto prazo, desde que existisse a paz interna.

Nesse sentido, a pena pode servir como instrumento de combate da classe predominante ou de outros grupos sociais dominantes ou como meio de repelir pretensões indevidas de dominação; dessa forma, entende-se que se ela é a "espada" a ser empunhada pela "autoridade" segundo ideias religiosas, ou se o agente é punido por sua própria vontade, por ser ele também uma das partes do contrato social³²³.

Outrossim, a pena é sempre uma reação a uma violação normativa. Através dessa reação, demonstra-se sempre que se deve respeitar a norma violada. E essa reação demonstrativa acontece sempre às expensas do responsável pela violação normativa. Além disso, no decorrer dos séculos e pela constatação histórica, a pena deve ser positivamente definida, uma vez que ela é a demonstração da eficácia da norma às expensas de um responsável. Disso resulta um mal, mas a pena não cumpre sua função já com esse efeito, mas somente com a estabilização da norma violada³²⁴.

Afinal, consoante o sentido literal do termo *pena* e de acordo com o pensamento geral que condiz com esse sentido, a pena é um mal do sofrimento que é infligido (com o fim de compensar, de retribuir) por causa de um mal precedente da conduta³²⁵. A pena é repressão e consequências jurídicas sem qualquer caráter repressivo não são penas.

Consequentemente, a pena jurídica é a expiação de um mal, aplicado por tribunais estatais, conforme um critério de justiça adotado e num processo regulador por causa de um mal que consiste numa violação do Direito. A pena criminal é a sanção jurídica com cuja imposição é proferido um juízo de desvalor ético-social sobre o ato. Ético, em razão de ser fundada em valores morais e ético-social porque as obrigações com

³²³ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 19. ³²⁴ Idem, p. 20 e 21.

³²⁵ GROTIUS, De iure belli ac pacis libri três, 1625, lib. II, cap. XX, De poenis: poena est malum passionis, quod infligitur malum actionis.

as quais o agente faltou são resultantes da vida comunitária. Assim, pena é aquilo que deve ser pena segundo o desígnio da lei, não importando se é assim que ela é compreendida e sentida por todos os membros do Direito³²⁶.

Além disso, constata-se que toda pena pressupõe culpabilidade do sujeito quando praticou um fato no passado e a *culpabilidade do sujeito é à base da medição da pena*. Deste modo, se falta a culpabilidade (por transtornos mentais ou por erro de proibição invencível) está excluída a punição do sujeito³²⁷.

De tal modo, para a existência da ordem, um Estado que deva concentrar suas forças para assegurar a sua existência (por exemplo, na guerra) empregará a pena de modo que a curto prazo garanta a eficácia (intimidação por meio de penas severas), enquanto isso um Estado sem problemas agudos de existência pode assumir a não efetividade a curto prazo, para conseguir a paz interna.

A pena é sempre reação ante a infração de uma norma: mediante a reação sempre se põe de manifesto que tem que se observar a norma. E a reação demonstrativa sempre tem lugar a custa do responsável por haver infringido a norma. Pena não se define negativamente (como infringir um mal a causa de outro mal), pois descreveria a pena só superficialmente, para ela tem que defini-la positivamente como uma amostra da vigência da norma a custa de um responsável.

Portanto, a pena é, em substância, um dos meios que se pode servir o Estado para obter a manutenção da paz terrena. O conceito moral confunde-se, em Santo Agostinho, com o conceito de utilidade política da pena. Para Santo Tomás a *necessidade do direito de punir* provém da existência da lei. Assim sendo, a pena é um meio inerente à lei natural e humana. Só o temor assegura a sua observância, donde a razão intimidativa da pena, que tem ainda efeito educativo e corretivo, altamente moral. Penetrando a natureza intrínseca da pena, insiste em que ela deva corresponder ao mal do crime em qualidade ou intensidade³²⁸.

Destarte, a pena é, pois, justa retribuição. Entretanto, a ideia de retribuição, não exclui a de fim. Justiça e conformidade ao fim estão, dentro da esfera da atividade do Estado, na mesma relação recíproca. Na justiça não está o fim dessa atividade.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I.** 2ª ed.. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 42.

³²⁶ BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal: parte geral.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 04 - 06.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio; LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II. Artigos 28 a 74. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 22.

Para atingi-la, importa atender ao sentimento de justiça do povo. O mesmo acontece às ações do indivíduo. Diz-se justo, não aquele que acolhe a justiça como fim de seus atos, mas aquele que, segundo o seu fim, opera justamente³²⁹.

Enfim, a pena é considerada como meio para o fim do Estado (garantidor da seguridade dos direitos fundamentais das pessoas, como vida, liberdade, saúde e outros), uma retribuição estatal, porque o seu conteúdo e os seus limites são determinados pelo fim do Direito, aquilo a que o Direito se destina³³⁰.

4.2 A medida da pena

Neste tópico do capítulo 4 observar-se-á a medida da pena como forma de adequação da sanção e, para tanto, faz-se necessário adotar a culpabilidade na medição da pena, ou seja, partindo-se de um conceito que o crime forma-se por um fato típico e antijurídico, e a culpabilidade atuará na adequação (medição) da pena.

A necessidade da pena se origina de considerações preventivas, junto das quais, não obstante, deve-se manter a culpabilidade como base complementar de legitimação. A finalidade preventiva fundamenta a necessidade da pena, o princípio da culpabilidade limita sua admissibilidade. A relação entre culpabilidade e prevenção tampouco pode ser outra na determinação da magnitude da pena, isto é, na medição da pena, pois resultaria paradoxo que o princípio da culpabilidade, que é insuficiente para fundamentar o "se" da pena, foi determinante no momento de fundamentar o "quanto" da mesma. Ademais, a jurisprudência e a doutrina dominante são, até o momento, de uma opinião diferente, na medida em que sustentam a chamada teoria do espaço de jogo. Conforme esta teoria, a pena tem que corresponder à medida da culpabilidade, devendo dar-se num marco limitado, em sua parte superior, pela pena que, todavia, é adequada à culpabilidade e, em sua parte inferior, pela pena que já é adequada à culpabilidade. No seio deste espaço de jogo, o magistrado determinará à pena atendendo a critérios preventivos, enquanto que resulta inaceitável transbordar o espaço de jogo tanto para cima como para baixo dos limites estabelecidos em virtude da medida da culpabilidade.

-

³²⁹ Idem, p. 31.

³³⁰ Ibidem.

³³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 172.

Destarte, esta concepção da medição da pena, que se origina no Direito penal de retribuição da culpabilidade, não é defendida, consoante entendimentos, num Direito penal preventivo moderno, posto que uma pena que serve unicamente a uma função preventiva só pode ser determinada, em relação a seu conteúdo, pelo mesmo fim preventivo, e sua magnitude deve estabelecer-se também desde um ponto de vista preventivo. Com efeito, a prevenção geral surge por meio do processo de internalização de normas e valores culturais da população, o Direito penal, em interesse de uma proteção eficaz dos bens jurídicos, deve reagir às lesões de tais bens em forma distinta, escalonada em função do valor dos concretos bens e do grau de perigo que se expresse no fato. Dessa forma, a medida da pena depende, desde perspectivas preventivas, em primeiro lugar, da gravidade da lesão dos bens jurídicos e, em segundo lugar, da intensidade da energia criminal. O princípio da culpabilidade corresponde aqui, como na fundamentação da pena, uma mera função de limitação impedindo que se tomem em consideração todas aquelas circunstâncias que o autor não pode conhecer e que, por tanto, não lhe podem censurar³³².

Nesse sentido, em uma perspectiva dogmática, há necessidade de uma *mudança de paradigma*, devendo modificar-se o ponto de partida do conjunto da discussão sobre a medição da pena, concretamente a forma de falar que alude a uma *pena adequada* à *culpabilidade*, e isso com total independência de que sob tal expressão se compreenda uma pena pontual (*Punktstrafe*), um espaço de jogo, ou uma limitação da pena, fixada em termos preventivos, pela culpabilidade como fronteira superior³³³.

Outrossim, só poderia existir uma *pena adequada à culpabilidade* se a culpabilidade tivesse necessariamente algo a ver com a pena, se a pena foi a resposta lógica ou, pelo menos, razoável, à culpabilidade. Sem embargo, esse seria o caso unicamente sob as premissas

³³² Idem, p. 173. Cf. HAFFKE, Bernhard. **Tiefenpsychologie und Generalprävention**. Aarau: Sauerlander: 1976, p. 80. ENGELHARDT, Knut. **Pychoanalyse der strafenden Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Haag und Herchen, 1976, pp. 212 ss. STRENG, Franz. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 92 (1980) Helf 3, pp. 637 ss. KOLLER, Peter. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 91 (1979), pp. 71 ss., 82 ss. HASSEMER, Winfried e LÜDERSSEN, Klaus. *In:* HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. **Hauptprobleme der Generalprävention.** Frankfurt am Main, 1979, pp. 36. 43 ss., 58 ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³³³ Ibidem. Cf. BRUNS, Hans-Jürgen. **Strafzumessungsrecht Allgemeiner Teil.** Berlin: Verlag Carl Heymanns, 1ª ed., 1967, p. 280. Idem, *FSf. Engisch*, 1969 p. 708. Idem, **Neue Juristische Wochenschrift**. Die Beteiligten im Familienverfahren, 2797, 1979, p. 289. FRISCH. **Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumesing**, 1971, pp. 175 ss. Idem. **Neue Juristische Wochenschrift**, 1973, p. 1345. *Apud:* SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 173. KAUFMANN, Arthur. **Das Schuldprinzip**. Bonn: Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1961, p. 65. SCHNEIDEWIN, Karl. **Juristenzeitung**, Oktober 1955. Miscellany Author: Schnorr von Carolsfeld, p. 507. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

da teoria da retribuição, que na atualidade está sendo rejeitada, com razão, de modo geral. A consequência disso, e num correto uso de linguagem, está também excluído continuar aludindo, todavia, a uma pena ajustada à culpabilidade, posto que a pena como resposta à culpabilidade já não é tema de conversação, uma vez que se tem derrocado a teoria retributiva. No mais, em lugar disso, se assinala que o significado do princípio da culpabilidade à medição da pena só pode consistir na exigência de que unicamente se utilizem na medição da pena aqueles aspectos que se encontram submetidos ao poder de rejeição do autor, se produz não numa mera variação terminológica, senão numa autêntica mudança de orientação teórica. No entanto, na forma de falar tradicional relativa a uma "pena adequada a culpabilidade" se esgrime na verdade, tacitamente, a teoria da retribuição, que faz tempo que se estima ilegítima. Se, por contra, se toma a sério seu abandono, se faz imediatamente evidente que o fator de conversão da culpabilidade em pena, que tem buscado desesperadamente os defensores da teoria do espaço de jogo, com os da pena pontual e os de valor posicional, constitui uma utopia. Ainda, da já comentada "teoria do espaço do jogo", aqui se alude à teoria da pena pontual ou exata (Punktstrafe) e a teoria do valor posicional (Stellenwerttheorie). A primeira de ambas é uma teoria que entende que o juiz tem que falar da pena exata que corresponde à culpabilidade do réu. A segunda, estima que à culpabilidade corresponda constituir o critério de decisão da duração da pena, enquanto que a prevenção tem que decidir sobre sua suspensão ou substituição por uma medida (atendendo à prevenção especial)³³⁴.

Se pergunta pelas modificações práticas que pode ter como consequência esta mudança de orientação teórica, deve-se prevenir, em primeiro lugar, de um mal entendido: o de que o abandono da culpabilidade como base de medição da pena pode conduzir de novo a uma medição puramente formal, que enlaça com os aspectos exteriores causais da lesão do bem jurídico, segundo o modelo dos sistemas de composição da época das migrações³³⁵.

Com efeito, dado que a necessidade preventivo-geral de pena depende da magnitude da ameaça a ordem social de paz³³⁶ que se manifeste no delito, para a medição

³³⁴ Idem, p. 174.

Jidem, p. 175. Cf. VON BAR, Carl Ludwig. Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien. Aalen: Scientia Verlag, 1992. 2ªed. de 1882, pp. 51 ss. — em especial p. 55 —, 61 ss. SCHRÖDER, Richard. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Munique. 2.ª ed., 1894, pp. 80-81, 338 ss. LÖFFLER, Alexander. Die Schuldformen des Strafrechts. Leipzig. 1895, pp. 32 ss., em especial p. 35. SCHMIDT, Eb. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen. 3.ª ed., 1965, pp. 25. NASS, Gustav. Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens. Neuwied/Berlin: Luchterhand Verlag, 1963, pp. 29 e 30. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³³⁶ Ibidem. Cf. ARZT, Gunther. **Der Ruf nach Recht und Ordnung**. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland, 1.976, pp. 5 e 11 ss., 60 ss. Idem. **Juristische Blätter**,

da pena desempenhar um papel importante, além do valor do bem jurídico lesionado, e do alcance da referida lesão, no marco da intensidade da energia criminal relevante à medição, a periculosidade da motivação do autor que se expressa no fato e outras circunstâncias análogas que contribuem a configurar o aspecto subjetivo do fato. Assim mesmo, são relevantes, desde o ponto de vista de como se tem que sentir a pena e do aspecto do princípio da igualdade. Por outro lado, deve-se eliminar do programa da medição da pena aquelas "sutilezas da personalidade do autor" cuja consideração se exige segundo a concepção tradicional do princípio da culpabilidade e leva à realização mais sutil e sublime de tal ideia³³⁷.

Na realidade, essa pretendida consideração dos matizes da personalidade conduz a outra coisa que a uma total dispersão por regiões, a uma desigualdade e, enfim, a uma irracionalidade da medição da pena, posto que não haja nem um cânon vinculante, nem um critério vinculante de ponderação para estes matizes, que, segundo a doutrina dominante, escapam inclusos a uma comunicação linguística, posto que se trate frequentemente de impressões individuais imponderáveis³³⁸. Já antes, ao aludir que a dogmática tradicional da medição da pena não só não elimina, mas também que, na prática, agrava a arbitrariedade da medição da pena, vêm tentando atacar³³⁹ a consequência de incomparabilidade e irracionalidade, vinculada necessariamente como isso, e que encontra

1.987, pp. 173 ss. MURCK. **Kriminologisches Journal**, 1.978, pp. 202 ss. *Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991, p. 175. KERNER, Hans-Jürgen. **Kriminalitätseinschätzung und Innere Sicherheit**. Bundeskriminalamt (Wiesbaden). 1.980. VOLK, Klaus. **Juristenzeitung.** Strafrecht und Wirtschaftskriminalität. Kriminalpolitische Probleme und dogmatische Schwierigkeiten. 1.982, pp. 86 e 87. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³³⁷ Ibidem. Cf. FRISCH. **Revisiónsrechtliche Probleme der Strafzumesing**. 1.971, pp. 268 ss. e 273 ss. *Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991, p. 175. BRUNS, Hans Jurgen. **Strafzumessungsrecht**. Munique: Carl Heymanns, 2.ª ed., 1.974, pp. 704 e 705. LACKNER. *FSf. Gallas*, 1973, pp. 117 e 131. A exigência de ZIPF, Heinz. **Die Strafzumessung.** Munique. Series: Münchener Universitätsschriften, 1.969, pp. 119 ss. Idem. **Die Strafzumessung.** Munique. Series: Münchener Universitätsschriften, 1.977, pp. 24 e 25. STRATENWERTH. **Tatschuld und Strafzumessurg**, 1.972, pp. 28 ss. *Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991, p. 175. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³³⁸ Idem, p. 176. Cf. FRISCH. **Revisiónsrechtliche Probleme der Strafzumesing**, 1.971, p. 282. *Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991, p. 175. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³³⁹ Ibidem. Cf. HASSEMER, Winfried. **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform** (MschrKrim). Köln: Akademischer Werdegang, 1.983, p. 26. SCHÜNEMANN, Bernd e outros. *Art und Gewicht der Bestimmungsgründe richterlicher Sanktionsentscheidungen bei Straftaten nach* § 316 StGB, Forschungsbericht aus dem Sondeforschungsbereich 24, Mannheim, 1983. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

sua expressão mais clara na irrevisabilidade da medição da pena³⁴⁰, conectada necessariamente com a carência de possibilidade de comunicar. Por meio da refutação aqui empreendida da teoria do espaço do jogo a partir de suas premissas dogmáticas, parece possível provar também no plano teórico, a necessidade de uma redução drástica das circunstâncias das que cabe servir-se para a medição da pena³⁴¹.

Na medição da pena de um Direito Penal preventivo e moderno é, pois, preciso renunciar radicalmente a doutrina dominante na atualidade, que pretende considerar de forma incontrolável, na medição do "espaço do jogo" da pena adequada a culpabilidade, todas as sutilezas do comportamento do autor. Em lugar disso, a requerida medição da pena orientada à prevenção geral tem que fazer referência, em primeiro lugar, à magnitude da lesão do bem jurídico (a gravidade do injusto) e, em segundo lugar, à energia criminal manifestada no fato, na medida em que estas podiam ser conhecidas pelo autor e, para tanto, sê-la imputadas subjetivamente. As considerações puramente preventivo-especial deveriam desempenhar um papel – e só neste ponto é convincente a teoria do valor posicional – simplesmente no marco de decisões de prognóstico, como as que se exigem nos casos de suspensão da pena, de modo que as mesmas nunca podem incidir sobre a pena preventivo-geral em prejuízo do autor, mas também só (em caso de prognóstico favorável) em favor dele. Com isso, ademais, se atende às visões realistas acerca das possibilidades limitadas de uma "correção mediante a pena" 342.

Naturalmente, nem pode nem deve negar-se que também nesta concepção ocorrem problemas de delimitação da matéria relevante para a medição da pena, e que, em especial, os topos da "energia criminal", eleito aqui para caracterizar o grau de ameaça. Assim, a energia criminal depende, com seguridade, também do quantum das alternativas que estão à disposição do autor em lugar do fato, o que - devido à limitação pelo princípio da culpabilidade – acabará na possibilidade de considerar as tradicionais causas de diminuição da culpabilidade. Em todo caso, o critério preventivo-geral assegura

³⁴⁰ Ibidem. Cf. BGHSt (Sentença penal do Supremo Tribunal alemão) 24, 132, 268: 27, 2, 212; 29, 370; 30, 166; 31, 102; exaustivas referências em MÖSL, Albert. Neue Juristische Wochenschrift. Berlin. 1.982, pp. 148, 453; 1983, pp. 160, 493. ROXIN, Claus. Strafverfahrensrecht. Munique: Verlag. C. H. Beck, 18^a ed., 1.983, p. 321. BRUNS, Hans-Jürgen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 94, 1.982, pp. 124 e 125. MÖSL, Albert. Deutsche Richterzeitung. Berlin. 1.979, p. 165. BRUNS, Hans-Jüngen. Strafzumessungsrecht. Munique: Carl Heymanns, 2.ª ed., 1.974, pp. 87 e 645 ss. SCHIEL, Jürgen. Unterschiede in der deutschen Strafrechtssprechung. Hamburg, 1.969. PIKART, Eberhard. Karlsruher Kommentar zur StPO, 1.982, § 337, n.° marginal 32. HADDENHORST, Michael. Pönometrie, Heft 3 der Schriftenrihe des Instituts für Konfliktforschung. Munique: o. J., pp. 29 ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³⁴¹ Idem, p. 176. ³⁴² Idem, p. 177.

que só se consideraram aquelas circunstâncias que, no sentido da doutrina referida à culpabilidade de Zipe e Stratenwerth, constituem a "culpabilidade do fato", de modo que se evite o total transbordamento da matéria e da medição da pena, favorecido pela doutrina dominante desde o ponto de vista da culpabilidade pela condução da vida³⁴³.

Sem embargo, a vantagem decisiva situa-se no fato que se restabelece a possibilidade de comparar e calcular a medição da pena, que, na doutrina dominante da atualidade, aparece fechada na personalidade; em consequência, se faz possível calcular a pena e dispô-la melhor como meio da prevenção geral. Às vezes, deste modo, e só deste modo, é possível satisfazer as exigências mínimas da justiça, as quais, devido à magnitude da pena necessária a efeitos preventivos, exigem ao menos uma uniformidade na aplicação do Direito. Quem conhece a prática judicial sabe do alto grau de causalidade e arbitrariedade da medição real da pena, sobre a qual a individualidade do juiz continua exercendo, com muito, uma influência maior que a doutrina atual da medição da pena e do controle de revisão pelos Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal, por exemplo³⁴⁴.

Destarte, a interpretação da fórmula básica no sentido da teoria do espaço do jogo não é convincente (posto que a teoria do espaço do jogo está presa na ideologia do Direito penal retributivo); assim, se faz imprescindível uma nova interpretação adequada à decisão básica do legislador para um Direito penal retributivo. E, nesse sentido, nada mais óbvio que fazer confluir as noções fundamentais sobre a relação entre culpabilidade e prevenção em nosso moderno Direito Penal, e compreender este preceito de modo que o fundamento fático da medição da pena apareça constituído só pelas circunstâncias que se podem atribuir ao autor, é dizer, que este podia conhecer e evitar³⁴⁵.

Por conseguinte, cabe formular os seguintes princípios básicos para a futura reorientação da medição da pena, ou seja, deve-se abandonar o uso linguístico relativo a uma "pena ajustada a culpabilidade", pois induz a erro. Em lugar da total individualização da medição da pena que domina a dogmática atual nessa matéria, e é responsável pela extrema desigualdade que a esse respeito cabe observar na prática, há de aparecer no futuro uma medição da pena calculável e previsível, que garantisse o princípio da igualdade. A magnitude da pena tem que se graduar em função da intensidade do injusto imputável e do efeito da ameaça produzido pelo delito, enquanto isso as considerações

³⁴³ Ibidem.344 Ibidem.345 Ibidem.

preventivo-especiais (prescindindo da sensibilidade da pena) devem limitar-se às decisões de prognóstico expressamente exigido na lei.

Assim, pode-se observar que, primeiramente, o abandono do Direito penal retributivo não implica de per si, em absoluto, no abandono da noção de culpabilidade. Em seguida, constata-se que se deve manter a culpabilidade como princípio de limitação junto à prevenção como princípio de fundamentação da pena, o que se faz necessário uma ampliação da sistemática tradicional do Direito Penal com a categoria da responsabilidade. E, por fim, a abolição do Direito Penal de retribuição da culpabilidade não deve se deter ante a medição da pena, de modo que no lugar de uma pena pela culpabilidade, concebida no sentido da teoria do espaço de jogo, tem que aparecer uma pena preventiva, orientada à medida da ameaça do delito para a sociedade e, para tanto, garantidora do princípio da igualdade, em que a culpabilidade só mantém seu significado como princípio de limitação da pena³⁴⁶.

4.3 O princípio de medida na pena

O concurso entre a teoria absoluta e relativa já foram decididas na doutrina. Sem buscar a coincidência do contrário, encontramos na história da pena. Ao recordar aquela regra básica da evolução que diz que as adições de pequenas e imperceptíveis diferenças quantitativas podem conduzir paulatinamente a diferenças qualitativas apreciáveis, percebe-se o erro da abordagem tradicional do problema. Necessidade e adequação deixaram de ser opostos irreconciliáveis. A necessária ação instintiva que foi transformada em ação voluntária consciente de sua finalidade. A disputa familiar das teorias absolutas entre si falhou, no entanto, para despertar o interesse; só pode ter lugar num terreno metafísico, e é proibido para definir a ciência como tal³⁴⁷.

Porém, as disputas das concepções têm um significado prático imediato. Sua decisão é prejudicial à resposta a duas perguntas seguintes: 1) Que ações devem ser sancionadas com pena? 2) Como deve-se medir a pena segundo qualidade e quantidade? Primeiramente, deve-se destacar que a história das duas questões não tomou o mesmo caminho. Com relação à primeira, a maioria dos autores³⁴⁸ responde que devem ser

³⁴⁶ Idem, p. 178.

³⁴⁷ VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1994, p. 93.

³⁴⁸ ASÍ, GEIB, E. I. BEKKER, MERKEL, VON BAR, SCHÜTLE, WAHLBERS, HEINZ, BINDING, GEYER, THON, IHERING, DAHN, H. MEYER e LISZT em *Reichsstrafrecht*, p. 13.

apenadas aquelas ações que, para tal povo, e em tal época, aparecem como perturbações de suas condições de vida; o ilícito criminal não é, por sua espécie, distinto do civil; só a ideia de fim traz a linha divisória³⁴⁹.

Ademais, pode-se determinar a medida da pena (conteúdo e alcance, espécie de castigo e magnitude deste) tão somente a partir da ideia de fim, é algo que não precisa de ulterior justificação. Mas, essa opinião está em contradição aparentemente abrupta com o que há hoje dominante na ciência, na legislação e na administração da justica, que pretende deduzir, no futuro, senão só do passado, a medida da pena para o delito cometido; o delito deve ser retribuído segundo o seu valor³⁵⁰.

Por conseguinte, seria dado um passo essencial para a compreensão de como ocorre à medida da pena, se houvesse clareza de que não existe fundamentação metafísica da pena capaz de resolver o problema de sua medida. O grau determinante da pena pode e deve interpretar o fato empírico, mostrar o essencial e o que permanece constante por meio de suas manifestações; mas, não se pode prever o grau de punição. Sobre isso há consenso unânime atualmente³⁵¹.

Mas, Kant foi o único guia da filosofia especulativa alemã com a ideia de chegar desde o princípio da pena ao princípio da medida da pena. Deste modo, a concepção de Fichte da pena constitui uma direta confirmação do que está sendo dito até o momento. A consequência do direito do contrato social que jaz no delito é a expulsão da comunidade jurídica; o delinquente passa a ser livre como um pássaro. Só por razões de utilidade confere o Estado ao delinquente por meio do contrato de penitência, o direito a ser castigado, é dizer, para comprar a sua estadia na comunidade jurídica, pagando com a prestação que implica a pena. Ou seja, não é, pois, do princípio da pena, senão da ideia do fim, de onde se infere a medida da pena. O contrato de penitência é a objetivação da pena por meio da ideia do fim³⁵².

Destarte, nem Herbart chega a princípios acerca da medida da pena. Também vale a formulação da opinião de Herbart em Ceyer³⁵³. De acordo com o princípio

³⁴⁹ VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal**, cit., p. 94.

³⁵⁰ Idem, p. 95.

³⁵¹ Ibidem.

³⁵² Idem, p. 96.

³⁵³ Ibidem. Cf. HOLTZENDORFF, Franz von. **Enzyklopaedie der Rechtswissenschaft**. Leipzig: Fünfte Auflage, 4^a ed. 1.882, p. 874. GEYER, August. Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaften, p. 1 e ss., e p. 58. In: Franz von Holtzendorf (Hrsg.): Enzyklopädie der Rechtswissenschaften in systematischer und alphabetischer Bearbeitung. 4., umgearbeitete und teilweise vermehrte. Aufl. Leipzig, 1.882, S. 1-96.

da retribuição, toda ação boa como toda ação má devem ser compensadas pela devolução de igual quantum do bem ou do mal. Com isso, não é o Talião que se deduziu. A qualidade das classes de pena se determina melhor pela ideia do Direito, no qual exige um asseguramento da ordem jurídica, é pela ideia da benevolência, a qual intercede pela correção do delinquente. A consideração destes objetivos da pena não deve conduzir jamais a afetar o princípio da pena: a retribuição. O quantum do mal que em forma de pena merece o malfeitor deve se impor sempre. Tal fato consiste em que as distintas classes de penas sejam exatamente comensuráveis entre si e que por isso podem ser colocadas abaixo de um denominador comum. Entretanto, a teoria Herbart-Geyer se reduz à exigência (hegeliana) de igualdade de valor entre delito e pena. O desenvolvimento que teve a teoria de Hegel nos círculos criminalísticos é de especial importância. Hegel exige igualdade valorativa e não igualdade específica entre delito e pena. Apesar da opinião de Hegel ter sido precisamente o ponto de partida para toda uma série das mais transitáveis teorias unitárias (entre outros, Berner), dos representantes das doutrinas hegelianas no campo do Direito penal proclamaram recentemente, com agudeza e claridade, que o princípio hegeliano da pena não cabe deduzir sua medida. Estas expressões são de maior importância. Mostram que, com relação a esta questão, não está esgotada ainda a possibilidade de um entendimento entre os sustentadores mais extremosos da adequação a fim com a filosofia hegeliana, representada na ciência do Direito Penal³⁵⁴.

Von Bar aclara, ao se referir às linhas fundamentais da filosofia do Direito de Hegel³⁵⁵, que o essencial do delito é a rebeldia contra o princípio gerado pelo Direito, por isso, a questão acerca de porque meios externos, da qualidade ou da quantidade que seja, deve ser deixado sem efeitos, não é determinável graças ao princípio. Em suma, o que obviamente não está desenvolvido por Hegel, é que nem a configuração nem a medida da pena cairiam, em absoluto, na esfera do princípio. Segundo isso, Von Bar rejeita toda determinação da pena como retribuição³⁵⁶. Culpabilidade e pena são para ele magnitudes incomensuráveis. Em princípio, toda expressão da reprovação é equivalente. A

GEYER, August. **Geschichte und System der Rechtsphilosophie**. Innsbruck, Wagner Year, 1.863, p. 127 e ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres)

³⁵⁴ Idem, pp. 97 e 98.

³⁵⁵ Idem, p. 98. Cf. HEGEL. **Handbuch**, I, p. 277 e ss. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1994, p. 98.

³⁵⁶ Ibidem. Cf. HEGEL. **Handbuch**, I, pp. 76 e 311 e ss. *Apud*: VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1994, p. 98.

pena original está em toda a seção do Direito, e só o progressivo fortalecimento do ordenamento jurídico possibilita e gera a atenuação das penas³⁵⁷.

De tal modo, se a culpa não proporciona a medida da pena, de onde se pode tomar? Von Bar responde: A tradição é a justiça. Veja no espelho o educador da vida jurídica de outros povos e a reconhecereis. Dificilmente esta resposta satisfará os anseios desse trabalho. A advertência que dirige Von Bar ao legislador e à ciência, esta no sentido de que a saudável evolução não conhece saltos, ela deve ser justificada, uma vez que um princípio de medida não há nela³⁵⁸.

No mais, Haelschner, que como ponto de partida se apoia em Hegel mais estritamente que Von Bar, mas que na resposta a essa questão mostra maior independência, vê a essência da pena no cancelamento do ilícito, mas a sua medida exclusivamente em consideração de adequação ao fim. Porque na comparação valorativa entre delito e pena se trata da determinação do valor individual que tem aquele para o Direito e o Estado e este para o delinquente. Disso se infere que para a medida justa da pena não pode existir medida absoluta, válida para todos os tempos. A legislação penal não pode proceder de outra maneira que considerando a pena como meio para o fim e determinando as penas por considerações de adequação ao fim³⁵⁹.

Ainda, a esses dois representantes de uma corrente estritamente filosófica, pode-se agregar outro escritor que desse distinto ponto de partida chega a igual resultado. Sontag se adere à teoria absoluta. O pensamento básico (da filosofia alemã) no sentido de que a pena não pode ser justificada senão a partir do delito cometido, permanecerá para sempre intacto; e, além disso, deve, portanto, reagir o Estado contra a injustiça, é dizer, contra a ação ou omissão antijurídica, em interesse do Direito, não pode estar limitado de modo algum na eleição dos meios que sirvam a mencionada reação, já que a razão exige tão somente *que* e não *como* vai se reagir contra o ilícito³⁶⁰.

A pena retributiva não se apresenta com igualdade, seja específica, seja segundo seu valor, entre delito e pena. É a ideia da justiça proporcional que se utiliza regularmente na literatura moderna como base da pena retributiva. A justiça, que jamais é

³⁵⁷ Ibidem.

³⁵⁸ Idem, p. 99.

John Marionalbibliothek, 1.881, I, p. 558 e ss. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³⁶⁰ Idem, p. 100. Cf. SONTAG. **Zeitschrift**, I, p. 495. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994, p. 100.

absoluta, não pode significar mais que, de acordo com o grau de desenvolvimento jurídico dos distintos povos, o delito a que uma sanção se comina com uma pena mais grave que a contravenção mais leve³⁶¹.

É muito pouco o que a justiça significa a esse respeito. Com efeito, ela depende totalmente do sistema de penas. Se a pena justa é a execução capital, ou a privação perpétua de liberdade ou dez anos de presídio correcional, pode-se dizer só se o sistema penal aceita a pena de morte, e se sabe se são dez, quinze, vinte, vinte e cinco ou trinta anos o máximo que se tem estabelecido às penas temporais de privação de liberdade. Dê-me o sistema de penas e eu dou-lhe justiça. Porém, de onde se tome o sistema de penas, não é algo que pode ser conhecido por esta *justiça*³⁶².

Nesse sentido, ao realizar uma abstração sobre isso, deve-se conformar com a afirmação de que não há *justiça absoluta*. Entretanto, como se pode determinar a relativa gravidade do delito no sistema dos delitos? A resposta que se pode dar a esta questão difere um pouco daquela do tempo de Feuerbach. Segundo ele, constituem a medida (relativa) da periculosidade objetiva e subjetiva do delito; determinada objetivamente, segundo a importância dos direito violados e ameaçados e subjetivamente, conforme a periculosidade e intensidade dos móveis sensíveis³⁶³. Consoante Sontag, a exigência da justiça só se pode satisfazer na medida em que se capte o delito no que ele significa para a vida do povo e que o seu pleno valor jurídico é recebido na equação. Esse valor jurídico se compõe em dois fatores, que são o objeto de ataque do delito e a vontade antijurídica do autor, cujo peso pode usufruir distintas variações³⁶⁴. E Lasson diz que enquanto maior seja a culpa, mais pesada à pena. Mas a culpa se determina segundo o caráter mais profundo ou mais raso que a ação tenha na composição do ordenamento jurídico e segundo a intensidade de vontade delitiva que se expresse com a ação³⁶⁵.

³⁶¹ Idem, p. 101. Cf. VON HOLTZENDARFF, Franz. **Das Verbrechen des Mordens und die Todesstrafe.** Berlin. Luederitz.1.875, p. 234. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³⁶² Ibidem.

³⁶³ Idem, p. 102. Cf. FEUERBACH, Ritter von Paul Johann Anselm. **Revision der Grundbegriffe des peinlichen Rechts.** Erfurt: Henningschen Buchhandlung; Chemnitz; G.F. Tasche, 1.799, II, p. 131 e ss. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³⁶⁴ Ibidem. Cf. SONTAG. **Zeitschrift**, II, p. 497. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994, p. 102.

³⁶⁵ Ibidem. Cf. LASSON, Adolf. **System der Rechtsphilosophie.** Berlin und Leipzig: J. Guttentag, 1.882, p. 535 e ss. SONTAG. **Zeitschrift**, II, p. 143. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994, p. 102. MEYER, H. **Lehrbuch**. Stuttgart: Fisher, 3ª ed., p. 15. MERKEL. **Zeitschrift**, I, p. 557. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994, p. 102. RÜMELIN, Gustav. Über die Idee der Gerechtigkeit, em sus **Reden und Aufsaetze, Neue Folge**. Freiburg und Leipzig, 1.881. VON BAR, **Handbuch**, I, pp. 330, 335,

Por conseguinte, há dois pontos de vista: um objetivo, tomado da gravidade da lesão dos bens jurídicos, e outro subjetivo, situado na vontade do autor. Todavia, esses dois pontos de vista deixam a desejar. A consequência natural disso é uma inconsistência e um desconcerto que o leigo não é capaz de se representar. O juiz deve, na apreciação da pena dentro da margem legal, aplicar os mesmos pontos de vista que estiveram presentes para o legislador estabelecer tal margem; se estes últimos estão na dúvida, como pode ter êxito a apreciação? ³⁶⁶

Contudo, as visões se contradizem e, portanto, não podem ser combinadas, pelo menos não de modo que possam ser justapostas como igualmente legítimas. Só se uma dessas é elevada ao princípio básico, isto é, como fundamento do estabelecimento do marco punitivo, e se considerar a outra como princípio colateral, é dizer, como critério aplicável na subdivisão do marco punitivo e na quantificação da pena dentro do marco normativo, poderia se pensar em uma conciliação³⁶⁷.

A maioria dos juristas aderirá à primeira das alternativas propostas. Mas, em muitos dos aderentes à ideia da justiça proporcional, o julgamento ético da forma persistente de vontade é decisivo em uma série de casos³⁶⁸. Dessa forma, entendendo-se a pena como retribuição, não pode se justificar o castigo agravado que sofre o delinquente habitual, senão como a consideração especial da aquisição do hábito delitivo e debilidade da força de vontade, circunstâncias que, presente ao longo de toda a *vita ante acta*, passa a constituir agravantes. O jurista que aprecia a disposição adquirida que opera no momento do ato e a considere uma diminuição na liberdade da vontade, deve reconhecer no criminoso habitual circunstâncias atenuantes³⁶⁹.

Portanto, parece que a ideia da justiça proporcional não é adequada para fundar a ideia das penas. Contraditoriamente, ela carrega a contradição à lei e à administração da justiça; se toma a relatividade como fundamento, renuncia a toda valoração absoluta; se cede ao subjetivismo idealista, em forma mais ou menos consciente,

³⁶⁸ Idem, p. 104. Cf. MERKEL. Über das gemeine Deutsche Strafrecht Von Haelschner und der Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, in: **Zeitschrift**, I, pp. 553 e ss. e 593 e ss. Apud: VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994, p. 104.

nota, e 336. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994, p. 102. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

³⁶⁶ Idem, p. 103. Cf. MITTELSTAEDT. **Zeitschrift**, II, pp. 428, 442 e 443. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994, p. 103.

³⁶⁷ Idem, pp. 103 e 104.

³⁶⁹ Idem, p. 105. Cf. VON LILIENTHAL, Karl. **Beitraege zur Lehre von den Kollektivdelikten**. Universität Halle. Leipzig 1.879, p. 33 e ss. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

sacrifica o juízo jurídico ao fantasma de uma justiça ideal, que realiza o princípio da ética³⁷⁰.

De tal modo, a pena correta, é dizer, a pena justa, é a pena necessária. Justiça e Direito Penal quer dizer respeito da magnitude da pena exigida pela ideia de fim. Assim como a pena jurídica nasceu como autolimitação do poder estatal pela objetivação, chega a sua máxima perfeição pela perfeição da objetivação. A completa vinculação do poder estatal à ideia de fim é o ideal da justiça punitiva. Só a pena necessária é justa. A pena é um meio para um fim. Mas, a ideia de fim exige adequação do meio ao fim e a maior economia possível em sua administração. Esta exigência vale, especialmente, no que diz respeito à pena, já que se trata de uma espada de dois lados: proteção de bens jurídicos por meio de danos de bens jurídicos. Não é possível conceber um maior pecado contra a ideia de fim, que um dispendioso uso da pena, como atentado contra a existência corporal, ética e econômica de um cidadão, em situações em que não seja exigida pelas necessidades do ordenamento jurídico. Assim, o domínio da ideia de fim é a proteção mais segura da liberdade individual contra aquelas cruéis penas de tempos passados, das quais não estão sendo superadas pelos crentes idealistas da pena retributiva, senão pelos fundadores do "racionalismo superficial". Se Beccaria, em sua importante obra "Dos delitos e das penas" (1764) não alçou sua voz contra o excesso destas, teve que o fazer Adam Smith na sua obra "As causas da riqueza das nações" (1776)³⁷¹.

Assim, ao surgirem dúvidas sobre a pena, sua finalidade, aplicação, disciplina, confronto com a sociedade, deve-se aplicar o método da Sociologia para dirimir as inseguranças, com a sistemática da observação da massa. Somente a estatística criminal, em seu sentido mais amplo, pode levar ao objetivo. Deve-se examinar o delito como fenômeno social e a pena como função social, se deseja comprovar com exatitude científica sua eficácia protetora de bens jurídicos e sua eficácia dissuasiva da delinquência³⁷².

³⁷² Idem, p. 108.

³⁷⁰ Idem, p. 106.

³⁷¹ Idem, p. 107. Cf. VON IHERING, Rudolf. **Zweck im Recht.** Leipzig: Manz, 1.877-1.883 pp. 362 e 477. WAHLBERG, Ges. **Kriminalistische und nationaloekonomische Gesichtspunkte mit Rücksicht auf das deutsche Strafrecht.** Berlin, 1.872. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

4.4 Princípios de direito material explícitos na medida da pena

Dentre os princípios existentes no ordenamento jurídico, pode-se destacar em primeiro lugar o princípio da legalidade relacionado ao direito penal, uma vez que se apresenta como uma das grandes conquistas das civilizações modernas. Por conseguinte, como apresentado na evolução histórica dessa dissertação, observou-se que na Antiguidade quanto na Idade Média, na maioria das vezes confundia-se o poder político com o poder religioso, conferindo-se ao agente um caráter divino ou a condição de único e legítimo porta-voz das divindades, a aplicação do direito, ficava muito à mercê da discricionariedade do julgador, que, não raro, era o mesmo quem legislava e, até mesmo, após um longo período da evolução humana, na Roma antiga a ausência do princípio da reserva legal era demonstrado nas repressões extraordinárias que era uma forma de desprezo pela anterioridade da lei; o mesmo ocorria quando o magistrado se encontrava diante de fato que se revelavam puníveis, mas para os quais não existiam leis, o que impedia a ação judicante do povo ou de um colegiado de juízes. Aparecia, assim, um amplo campo em que os magistrados exerciam seu imperium coercitivo ultra legem³⁷³.

No entanto, com a maturidade política ao longo da história e da soberania da racionalidade jurídico-penal, o conteúdo do princípio da legalidade estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem crime, muito menos punição sem prévia cominação legal, com a formulação latina que se deve ao penalista alemão Feuerbach, "nullum crimen, nulla poena sine lege", que desenvolveu seu raciocínio para chegar à máxima citada: I – Toda aplicação de uma pena pressupõe uma lei penal ("nulla poena sine lege"), pois somente a ameaça do mal pela lei cria o conteúdo e a possibilidade jurídica de uma pena. II – A aplicação de uma pena é condicionada pela existência do fato ameaçado ("nulla poena sine crimine"), pois, na lei, a pena cominada é ligada ao fato como a pressuposto juridicamente necessário. III – O fato legalmente ameaçado (pressuposto legal) é condicionado pela pena legal ("nullum crimen sine poena legali"), pois o mal, como consequência juridicamente necessária, é ligado pela lei a uma "determinada violação do direito" ³⁷⁴.

A partir dos conceitos iluministas que influenciaram essa sistemática do direito penal até a atualidade, verifica-se que no Brasil, enquanto vigoravam as Ordenações

³⁷³ GIORDANI, Mario Curtis. **Direito penal romano**, cit., p. 61.

³⁷⁴ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.955, v. 1, t. 1, p. 36-37.

Filipinas, o excesso de arbítrio e a indeterminação das penas eram recorrentes, como a situação do legislador da época empregar expressões como "até a nossa mercê" (para dizer o quanto duraria o degredo para certa espécie de rufião – Título XXXIII, §3°) e "e haja a mais pena que merecer, segundo o caso fôr" (como acréscimo de pena, para além de ter a mão decepada, aos presos que cometessem lesão corporal – Título XXXV, 6). Nesse sentido, o princípio da legalidade só viria com a Constituição do Império em 1.824, que trouxe, no art. 179, n. 11, a seguinte disposição: "Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita". Além disso, vale destacar que o Código Criminal do Império, de 1.830, não só trazia o princípio no que se referia à anterioridade da lei para a qualificação do crime (art. 1°) e para a aplicação da pena (art. 33), mas também criminalizava a conduta de punir o réu com pena acima daquela estabelecida pela lei (art. 161). Em seguida, tanto as Constituições quanto as legislações contemplaram, com pequenas diferenças, o princípio da legalidade³⁷⁵.

O direito a reserva legal consubstancia-se num dos principais marcos distintivos entre o Estado constitucional e o absolutismo, pois "com o primado da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do poder em benefício da lei, que se presume ser a expressão da vontade coletiva", ou no mesmo diapasão, "o princípio da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário" 376.

O princípio da legalidade é entendido como garantia individual que assegura a necessidade inarredável de desvendar-se o teto da punição, dando conhecimento ao cidadão daquilo que de pior pode acontecer-lhe no caso de violação da norma de conduta, a presença ou não de um piso para a sanção passa a ser matéria a ser discutida em outro âmbito que não o da legalidade. Desta forma, a justiça seria ferida, sob o pretexto do bem público, se aumentasse a pena além dos seus preceitos, porque nela se encontra o limite do direito de punir. Mas não há ofensa a ela no caso inverso, justamente por não ser senão um limite, isto é, por intervir no magistério penal para impedir que se puna onde ela o veda, e não para impor que se puna sempre onde o ordena, se a sua determinação não corresponde à necessidade de tutela jurídica, ou a obediência a ela expõe a maiores perigos o direito que se quer proteger³⁷⁷.

-

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**. São Paulo: DPJ Editora, 2.009, p. 69.

³⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.992, p. 172.

³⁷⁷ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal.** Cit., p. 172.

Também, há um segundo princípio de direito material explícito da fixação da pena que é a individualização da pena. Neste, individualiza uma situação, torna individual algo ou alguém, dentro de um contexto, particularizando o que era genérico, ou seja, a adaptação da pena ao indivíduo³⁷⁸.

Com o Iluminismo e o combate ao absolutismo, visava-se eliminar a arbitrariedade que imperava nos julgamentos criminais, exigindo uma determinação prévia da pena da qual o juiz não podia afastar-se, aos poucos se percebeu que um sistema baseado em penas rigorosas e legalmente fixas, penas determinadas, conduzia a várias injustiças, uma vez que havia aplicação de uma mesma solução para situações absolutamente distintas³⁷⁹.

Nesse sentido, surgiu a necessidade de se conciliar a prévia cominação da pena (princípio da legalidade) com o imperativo de individualizar a pena, conferindo uma discricionariedade vinculada do juiz decorrente do embate entre a Escola Clássica e a Escola Positiva, presentes no direito penal³⁸⁰.

Consequentemente, a origem dessa necessidade das penas fixas tem seu início na Escola Clássica, em que a finalidade da pena fazia com que a atividade judicial ficasse limitada a um ato de subsunção formal do fato à norma, sendo esta, por razões de segurança jurídica, a única e legítima fonte de determinação da pena. Já na Escola Positiva, com fundamento na prevenção especial sem barreiras, integrada ao silogismo do crime como doença e a sanção como tratamento, originava num sistema de penas variadas e variáveis, cuja aplicação sujeitar-se-ia a uma individualização judicial³⁸¹.

Contudo, surge a individualização legislativa, que consiste na tarefa do legislador em graduar, de forma abstrata, a qualidade, a quantidade e a forma de cumprimento da pena para determinada espécie de crime, devendo o legislador orientar-se segunda a importância do bem juridicamente ofendido ou colocado em perigo, a gravidade, reprovabilidade e lesividade social abstrata da conduta que se pretende punir, ou seja, é na

-

³⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005, p. 31.
379 MASSUD. Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamento**

MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal, cit., p. 72.

³⁸⁰ Idem, p. 73.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Algunas consideraciones sobre la evolución del derecho penal português en materia de determinación de la pena**. Separata de Estudios de Derecho Penal y Criminología, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidade Nacional de Educación a Distancia, p. 281-296, 1.989, p. 282-283.

cominação legal que se encontra expressa a valoração ético-social média da infração à norma³⁸².

O papel do legislador não se restringe apenas a oferecer molduras ou os limites da pena, mas também oferecer critérios para que o magistrado possa caminhar dentro do aspecto punitivo, ou seja, é fundamental que a individualização legislativa estabeleça quais as finalidades que a pena pretende atingir e só depois de definir o escopo da pena se podem alcançar aqueles dados de facto que relevam, no caso concreto, para a determinação da pena e o critério de acordo com o qual devem valorar. Desta maneira, há o direcionamento da atividade judicial que terá o objetivo de estabelecer concretamente a sanção, apresenta-se de forma importante para evitar que cada magistrado imprima, na dosimetria da pena, a sua visão particular do que entende ser a finalidade da punição 383.

Além disso, há a individualização judiciária da pena que é a missão que detém o magistrado para, após o reconhecimento da existência do crime e sua autoria, fixar a pena segundo os critérios e limites oferecidos pelo legislador, levando em consideração os objetivos da pena, avaliando as peculiaridades do fato e do seu autor. Desta forma, constata-se que o juiz tem uma discricionariedade regrada, ou o denominado "arbitrium regulatum", essa é a discricionariedade relativa à determinação da pena, pois, além da lei deixar uma margem para a decisão, o seu conteúdo também normatiza como essa margem deverá ser preenchida³⁸⁴.

Ademais, em matéria de fixação de pena, a lei necessita valer-se de alguns conceitos cuja abertura de significado aceite uma valorização a ser feita a posteriori, como por exemplo, os conceitos impressos no artigo 59 do atual Código Penal brasileiro: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Todos estes estão condicionados a uma valoração que só pode ser concretizada à vista da realidade de cada caso, ou seja, em momento posterior à concepção legal. No mais, no mesmo artigo, diz-se que a pena será estabelecida "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Neste sentido, deve-se tomar cuidado com essas aberturas de

³⁸² WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Tradução de Juan Busto Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. 4ª ed. castellana. Santiago del Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1.997, p. 305.

³⁸³ MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos **para o fim do mínimo legal**, cit., p. 75 - 76. 384 Idem, p. 78.

significado para que não tragam interferências das valorações eminentemente pessoais ou emocionais do juiz no momento da fixação da pena³⁸⁵.

Mas, na esteira da dosimetria da pena, aparece o enfrentamento entre fatores de naturezas diversas, como quantidade de pena versus particularidades do crime ou do criminoso e, sendo assim, não há como um juiz penal deduzir de modo concludente o porquê de suas considerações sobre a determinação da pena levarem ao cômputo de três anos e não, por exemplo, de três anos e meio ou dois anos e meio ³⁸⁶.

Nesse contexto, como pode o juiz distinguir entre os critérios de facto do desvalor da culpa correspondente a 10 anos de prisão e os do desvalor correspondente a 10 anos e um dia? Por outro lado, se o argumento é a incerteza do conhecimento, há graus de incerteza, e se há um máximo e um mínimo de incerteza, para lá dos quais é certo que a pena já não corresponde à culpa, então há também um ponto de máxima certeza ao meio, no centro do espaço de manobra, uma pena pontual (*Punktstafe*) só essa correspondente à máxima certeza possível em função da culpa. Enfim, faz-se necessário uma maior intensificação da vinculação das decisões judiciais à dogmática e à construção jurisprudencial, sem retirar a liberdade de convicção jurídica do juiz, mas procurando estimular, por meio de um controle recursal mais efetivo em termos de correção da medida da pena, uma maior fixação de critérios e novas discussões sobre os critérios adotados 387.

Além disso, há como princípio material para fixação da pena a humanização, encontrando-se na Constituição Federal de 1.988 em seus diversos dispositivos, como a dignidade da pessoa humana que aparece como um valor essencial e informador de todos os demais conceitos e princípios nela existentes, impedindo que a pena fira os direitos fundamentais da pessoa, ou seja, a humanidade das penas será observada sempre que se pretender cumprir suas finalidades, imprimindo o menor sofrimento moral possível ao condenado³⁸⁸.

Assim, a Constituição Federal de 1.988 proíbe a tortura, o tratamento desumano ou degradante (art. 5°, III), bem como a adoção das penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX), de caráter perpétuo, de trabalhos

 $^{^{385}}$ Idem, p. 80 - 81.

³⁸⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Paulo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2.005, p. 160 – 161.

³⁸⁷ SOUSA E BRITO, José de. **A medida da pena no novo Código Penal**. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia III, p. 555 – 587, 1.984, p. 559.

³⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2.002, p. 56.

forçados, de banimento e outras cruéis (art. 5°, XLVII, alíneas "a", "b", "c", "d" e "e"), assegurando, ainda, aos presos, a integridade física e moral (art. 5°, XLIX).

4.5 Princípio de direito material implícito: proporcionalidade na medida da pena

O princípio da proporcionalidade tem como sentido a correspondência, numa ideia de harmonia a equilíbrio, em que a proporcionalidade das penas foi desde logo associada à retribuição, como justa medida imposta ao mal causado e, neste sentido, verifica-se o seu surgimento pela primeira vez no Código de Hammurabi, incorporando a máxima "olho por olho, dente por dente", iniciando uma ideia de justiça associada à de proporção ³⁸⁹.

Como o passar dos tempos, focando a ideia de retribuição, Kant sustenta o princípio de talião, fundamentando-se no princípio da igualdade, estabelecia a equação "homicídio e pena de morte" ³⁹⁰. Porém, anteriormente, Beccaria já alertava que "entre as penas, e na maneira de aplica-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado" e, ao mesmo tempo, reconhecia que era muito difícil encontrar uma justa medida entre os delitos e as penas ³⁹¹.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade não está expresso, mas está contemplado na exigência de que as sanções devem ser proporcionais ao crime praticado, ou seja, para o crime mais grave a pena será maior do que para o delito mais leve; isto decorre do próprio princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1.988 e se desdobra na exigência da individualização da pena, prevista no inciso XLVI do mesmo dispositivo legal³⁹².

Assim, o princípio da proporcionalidade deve ser observado no processo legislativo, ao passo que a parte especial do Código Penal e as leis extravagantes que definem tipos penais devem ser vistas como um sistema de tipos e penas que se relacionam

³⁹⁰ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)**. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, 1.995, p. 165.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi: introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários**. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2.001, pp. 181-182.

³⁹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 4ª ed. São Paulo: Atena, [s.d.]. V. 22 (Coleção Biblioteca Clássica), pp. 83 e 86.

³⁹² DIAS JÚNIOR, Dirceu Aguiar Cintra. **A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, jul./set. 1.996, p. 95.

uns com os outros, havendo uma razão lógica sistemática amparada pela relação equitativa entre o ato praticado ilegal e a sanção cominada no dispositivo penal³⁹³.

Enfim, vale observar que esse princípio apresenta uma imprecisão pela carga de subjetivismo de quem o aplica, exigindo cautela e parcimônia, sob pena de afetar outros princípios não menos importantes ao Estado Democrático e Humano de Direito, como a separação e a interdependência dos poderes; além disso, "o problema mais grave que surge no juízo de proporcionalidade é o consistente em evitar que o órgão jurisdicional, de juiz da legitimidade da lei, transforme-se em juiz da oportunidade de escolha legislativa, tomando o lugar do legislador na avaliação das razões políticas que determinaram a adoção de certa disciplina legislativa – embora seja verdade que em muitos casos a linha limítrofe entre legitimidade e mérito apresente-se demasiadamente estreita, ou quase imperceptível –, com o consequente risco de que o juízo de constitucionalidade possa invadir escolhas que são reservadas ao legislador ³⁹⁴.

O princípio da proporcionalidade atua como um norte para o legislador e para o aplicador da lei, em que ambos deverão se pautar em graus de punição para determinadas condutas, diferentes ou não, mesmo sendo difícil equalizar o resultado de um fato ilegal com a reprimenda para tal, ou seja, além do cuidado que se deve ter para não ferir outros princípios de igual importância no ordenamento jurídico brasileiro, a proporção deve ser aplicada com cautela e equidade, dentro de uma subjetividade pautada no sentido de justiça às diferentes condutas criminosas que possam existir. A tarefa não é fácil, exigindo do legislador e julgador coerência e sensibilidade, afastando-se de preconceitos sociais e misticismos, bem como ter um espírito humano e democrático na medida da pena.

4.6 Das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal Brasileiro de 1.984

Atualmente, o artigo 59 do Código Penal tem grande influência e relevância na adequação da pena, em que o magistrado deve observar para a dosimetria da repreensão. Nesse sentido, vale analisar as circunstâncias judiciais deste artigo para uma correta medida da pena e de um desenvolvimento adequado para sancionar a pessoa que praticou um fato definido no ordenamento jurídico brasileiro como crime (típico).

³⁹⁴ MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003, pp. 213 - 214.

³⁹³ TAVARES, Juarez. **Critérios de seleção de crimes e cominação de penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, fascículo especial de lançamento, 1.992, p. 76.

4.6.1 Culpabilidade

Essa culpabilidade para fixação da pena não se trata de elemento do crime, pois esta já foi analisada por ocasião da conclusão do juiz no sentido da condenação do réu. Logo, ao observar a mudança de nomenclatura utilizada pela Reforma da Parte Geral de 1.984 com relação ao original do Código de 1.940, verifica-se que inicialmente o legislador falava em intensidade do dolo ou grau da culpa, enquanto o artigo 59 refere-se à culpabilidade. Conclui-se que a mudança é proposital, já que a própria Exposição de Motivos explica a substituição ao dizer que "graduável é a censura cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena" ³⁹⁵.

Nesse sentido, observa-se que a gravidade do dolo e da culpa são sinais para uma reprovação do comportamento, ou seja, um homicídio praticado com o dolo direto é diferente de outro produzido com dolo eventual. De tal modo, no que se refere aos crimes culposos, não é igual à conduta de alguém que tinha plena ciência de desprezar o dever de cuidado, mas acreditava poder evitar o resultado (culpa consciente), daquela em que a pessoa simplesmente não observou por distração, esquecimento ou qualquer outro motivo. Portanto, constata-se que ao prever o evento danoso, mas aguardando francamente que este não aconteça, pode ser menos grave do que não ter previsto coisa alguma, isto é, por intensidade do dolo deve-se ter apenas como um conceito proporcional ao grau de consciência e vontade com que se pratica a ação. ³⁹⁶.

Destarte, no caso da culpa, num evento a sua reprovação pode ser maior se o ato foi praticado por um espírito de disputa, como por exemplo no "racha" de carros, do que se foi praticado a caminho de um hospital no cuidado de alguém enfermo; sendo assim, acaba não sendo possível tentar fazer um exercício de conceituação de culpabilidade desvinculando-a de outros elementos valorativos do artigo 59 do Código Penal, como as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima, ou seja, a culpabilidade é, na verdade, um conjunto de todos os elementos do referido artigo³⁹⁷.

4.6.2 Antecedentes

O artigo 42 do Código Penal de 1.940, antes da reforma da Parte Geral em 1.984, hoje atual artigo 59, não apreciava a conduta social como circunstância judicial

³⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., p. 191.

-

³⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., p. 187.

³⁹⁶ MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**; cit., p. 256.

da dosimetria da pena, a doutrina da época entendia que nos antecedentes "compreendiamse todos os aspectos da vida individual, familiar e social, inclusive do fato" ³⁹⁸.

Porém, atualmente, não faz mais sentido atribuir aos antecedentes abrangências tão amplas, mesmo que haja doutrinadores que lhe deem tal alcance, como Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Pitombo, para quem os antecedentes devem entender "a forma de vida numa visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, e sua dedicação a tarefas honestas, assunção de responsabilidades familiares" ³⁹⁹.

Por outro lado, há críticas de Guilherme de Souza Nucci e Alberto Silva Franco sobre o posicionamento acima, ou seja, o primeiro entende que se circunscrevem os antecedentes tão-somente aos fatos pretéritos de natureza criminal, na medida em que outros fatores, tais como os mencionados pelos defensores de maior alcance do conceito de antecedentes, dizem respeito exatamente à conduta social⁴⁰⁰. O segundo compreende que o "estudo dos episódios da vida anteacta do agente sofreu, contudo, restrição em face da introdução do art. 59 da PG/84, do conceito de 'conduta social', como um fator independente de determinação da pena. Destarte, o conceito de antecedentes veio a ter um relativo esvaziamento, destinando-se agora não mais expressar um quadro referencial abrangente (comportamento social, inclinação ao trabalho, relacionamento familiar etc. do agente), mas apenas um quadro menor referente à existência ou não, no momento da consumação do fato delituoso, de precedentes judiciais" ⁴⁰¹.

Consequentemente, os antecedentes são apenas os dados relativos aos registros criminais do sentenciado, diferenciando a conduta social dos antecedentes do sujeito ativo, estes compreendidos na esfera de registros policiais ou judiciários ⁴⁰².

Ademais, no que tange aos antecedentes, há uma discussão doutrinária e jurisprudencial no sentido de que se o juiz poderá ou não considerar inquéritos arquivados, denúncias rejeitadas, ações penais julgadas improcedentes, trancadas ou a respeito das quais a punibilidade foi extinta. Primeiramente, há uma posição de que "os precedentes penais caracterizam a reincidência (art. 46), mas os processos arquivados ou concluídos

³⁹⁸ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**; cit., p. 209.

³⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., p. 197.

⁴⁰⁰ Idem, p. 198.

⁴⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995, p. 884.

⁴⁰² GUIMARÃES, Luiz Chemin. **Inovações sobrea aplicação da pena.** Revista Jurídica do Ministério Público, Belo Horizonte: JUS, n. 9, p. 151-155, 1.990, p. 154.

com a absolvição, sobretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indiciação veemente" 403. Entretanto, há um segundo entendimento de que tais conclusões não resistem a uma leitura constitucional do dispositivo do artigo 59 do Código Penal, já que o art. 5°, LVII, da Constituição Federal aduz que "ninguém será considerado culpado até o transito em julgado de sentença condenatória". Este é o princípio da presunção de inocência, em que o constituinte deixou claro para não se fazer qualquer juízo de valor a respeito de quem a própria Justiça ainda não fez (inquéritos e/ou processos em andamento), como também é vedado qualquer juízo negativo a respeito de quem a Justiça já não fez (inquéritos arquivados, denúncias rejeitadas, decisões absolutórias ou extintas da punibilidade) 404.

Logo, pela atual posição doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que a única possibilidade que seria possível reconhecer alguém como portador de maus antecedentes é o caso de ter contra si uma sentença condenatória definitiva, prolatada depois dos fatos tratados pelo juízo sentenciante, já que se a sentença condenatória transitou em julgado antes do cometimento da nova infração, o réu deve ser tido por reincidente, fazendo incidir circunstância agravante, como se infere da inteligência dos artigos 63 e 61, I do Código Penal. Essa é a posição de Adauto Alonso S. Suannes⁴⁰⁵ e Guilherme de Souza Nucci⁴⁰⁶, assim como da parcela mais significativa da jurisprudência (STF: HC 83.493-PR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 1ª Turma, DJ 13/02/2004; STJ: HC 43.788-SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5^a Turma, DJ 01/02/2006, p. 576, e, HC 39.739-RJ, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6^a Turma, DJ 01/08/2005, p. 571).

Além disso, vale ressaltar o alcance dos antecedentes, ou seja, se existe um lapso temporal, como o prazo de reincidência de cinco anos para que o cumprimento de uma pena imposta por uma condenação transitada em julgado faça desaparecer os efeitos de reincidência (artigo 64 do Código Penal), sendo assim, esta mesma quantidade de tempo, por uma questão lógica, deve operar para impedir que se considere uma tal condenação como mau antecedente⁴⁰⁷.

⁴⁰³ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**; cit., p. 211.

⁴⁰⁴ MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal; cit., p. 153.

405 SUANNES, Adauto Alonso S. Maus antecedentes e elevação da pena. Revista Brasileira de Ciências

Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, p. 285-301, abr.-jun. 2001, pp. 296-298.

⁴⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**; cit., p. 199.

⁴⁰⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 208.

De tal modo, não havendo na lei um contorno para alcance do conceito de maus antecedentes, a exclusiva probabilidade de considerar uma condenação como tal é aquela referida anteriormente em que o agente praticou a primeira infração e por esta só restou condenado com trânsito em julgado no curso da apreciação do segundo fato delituoso⁴⁰⁸.

4.6.3 Conduta social

Conduta social é todo e qualquer comportamento anterior do agente relacionado com o seu núcleo familiar, profissional, suas atitudes como vizinho, cidadão em sentido lato (eleitor, contribuinte, consumidor etc.) 409.

Portanto, por conduta social deve ser entendido como a postura que o incriminado teve em sua vida pregressa, na comunidade em que vivia. Se foi uma pessoa voltada ao trabalho, probo, caridoso, altruísta, cumpridor dos deveres, ou se transcorreu os seus dias ociosamente, exercendo atividades parasitárias ou antissociais. Será ainda considerado o comportamento do agente na família, no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Alguns se adaptam às normas de convivência social, outros reagem, manifestado condutas de agressividade ou inconformismo. É este comportamento que servirá de guia ao magistrado na fixação da pena⁴¹⁰.

No mesmo sentido, verifica-se que não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a junta medida da reprovação que seu ato criminoso possa merecer. Como por exemplo um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima. Sob outro ponto de vista, pode ser que o agente do delito seja considerado excelente pai e dedicado esposo, tornando justificável a aplicação da pena-base mais próxima do mínimo⁴¹¹.

Ademais, as considerações a respeito da conduta social do agente não podem servir ao aumento da pena, senão para diminuí-la, por se encontrarem fora dos limites do injusto penal. Igualmente, o indivíduo que é bom marido, mulher, filho, vizinho, amigo, que sempre foi solitário, abnegado, cumpridor dos deveres sociais e cívicos,

-

⁴⁰⁸ MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal; cit., p. 159.
⁴⁰⁹ Ibidem.

⁴¹⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1.992, v. 1, p. 165.

⁴¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., p. 201.

merece, mesmo, que sua pena, medida pela culpabilidade estritamente ligada ao fato, seja mitigada. Mas, isso não legitima que se puna mais severamente, para além da culpabilidade medida pelo fato, aquele que não se comporta dessa maneira⁴¹².

Assim, observando o ensinamento de Hart, não existe um único sistema homogêneo de moralidade social do qual o magistrado, ao sentenciar, possa ser o portavoz. De tal modo, ao pretender exprimir o juízo com base no "homem comum racional", o juiz projeta suas próprias ideias morais e de sua classe social e, nesse sentido, a conduta social só pode autorizar que sirvam à mitigação da pena e não à sua elevação⁴¹³.

4.6.4 Personalidade do agente

Na dosimetria da pena à personalidade do agente toma um papel importante segundo a opção do legislador penal. Logo, a personalidade, consoante o médico e psicólogo Mário Fedeli, citado por Guilherme de Souza Nucci em sua obra, é a síntese do eu, constituindo um núcleo inconfundível e irrepetível de cada indivíduo, manifestada através do comportamento⁴¹⁴.

Nessa síntese, observa-se que há vários métodos de investigação da personalidade, como a que propõe Mendelssohn, ou seja, deve-se verificar a herança, o temperamento, os acidentes e o meio, com especial destaque para a família do acusado (ascendentes até o décimo grau, colaterais até o quarto grau, sob o aspecto sociológico, psicopatológico, antropológico, criminológico e médico-legal), a vida do delinquente até a época da acusação, o regime educativo no lar (relação entre os pais, entre o criminoso e seus irmãos e o tratamento dado ao criminoso em comparação com a dos outros filhos), o estado físico, psíquico, relações sociais, relações do criminoso com sua mulher, filhos e pais, atos antissociais, sexualidade (evolução psicopatológica sexual infantil – puberdade, adolescência e maturidade, senilidade etc)⁴¹⁵.

Dessa investigação podem ser descobertas características positivas da pessoa, como bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom humor, compreensão, simpatia e tolerância; ou, em contrapartida, podem surgir predicados negativos do agente, como agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade

_

⁴¹² MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**; cit., p. 160.

⁴¹³ Idem, p. 162.

⁴¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., p. 206.

⁴¹⁵ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal; cit., pp. 212 e 213.

acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia e perversidade⁴¹⁶.

Por conseguinte, observa-se que uma vez isoladamente considerado o traço da personalidade ou enquanto não ecoam na falta de respeito ao direito de terceiro, pode-se interpretá-los como resultado da liberdade de ser e se expressar do indivíduo⁴¹⁷ e, ainda, não é possível minimizar as características e temperamentos a um esboço e fórmula, isto é, deve-se estudar as pessoas não em geral ou em classes, mas o caráter e o temperamento do criminoso e somente ele, sem que se esqueça, com isso, as complicações, multiplicidades, variações e até contradições que escapam à percepção da inegável complexidade e sutileza da personalidade humana⁴¹⁸.

Consequentemente, na análise da personalidade humana, a pessoa ao cometer um crime impelida pela inveja incontrolável ou o desejo de praticar maldade ou qualquer outra característica negativa, deve ser considerada para o estabelecimento e adequação da pena; mas, esta não será aumentada se não existir nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente ou, como ensina Hassemer, pelos antecedentes do autor deve ser atraído somente o que está em relação com o ato e com a culpabilidade pelo ato, isto é, a personalidade está profundamente atrelada à conduta e, em função dela, poderá o juiz exacerbar ou atenuar a pena⁴¹⁹.

Por outro lado, contrário a esse pensamento, surge Francisco de Assis Toledo ao afirmar que não se pode admitir a exasperação da pena pela personalidade, uma vez que os limites da sanção obedecem o princípio da legalidade, não podendo oscilar em conceitos tão variáveis e inseguros como o da personalidade, já que esta é definida por psicólogos e os penalistas não podem usurpar tal função, na intensão de criar conceitos dogmáticos a respeito, pois entre os próprios psicólogos que escrevem sobre a personalidade, cada um dá a sua própria definição, seu próprio ponto de vista, seu método

_

⁴¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., p. 207.

⁴¹⁷ Idem, p. 207

⁴¹⁸ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**; cit., p. 215.

⁴¹⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**; cit., pp. 150 e 164.

próprio e sua concepção pessoal do que deveria ser objeto da investigação sobre esse tema⁴²⁰.

Entretanto, a única forma da personalidade do delinquente vincular-se ao fato criminoso está nos casos em que o traço da personalidade revela-se como causa do crime e, nesse sentido, duas são as possibilidades, isto é, primeiramente se o traço da personalidade compromete a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou de fazer com que o agente se determine de acordo com esse entendimento, a discussão não será mais a respeito da fixação da pena, mas da imputabilidade do agente, com imposição de medida de segurança, segundo artigo 23 do Código Penal. Em segundo lugar, se não for esse o caso, tratar-se-á de discussão sobre o comportamento no âmbito dos motivos do crime que estará ligado à culpabilidade, devendo ser considerado na dosimetria da pena, ou seja, a lei não punirá com mais rigor alguém por ser invejoso ou frívolo, mas poderá fazêlo se o motivo do delito foi a inveja ou a frivolidade, dizendo respeito aos motivos e à culpabilidade, em que não se pode reprovar mais severamente alguém pelo que é, mas sim pelo o quê fez⁴²¹.

Contudo, se os traços da personalidade forem positivos, recomenda-se que a pena fique abaixo do que a culpabilidade pelo fato recomendaria, no que tange a prevenção especial com fins à ressocialização do condenado⁴²².

4.6.5 Motivos

Segundo o Dicionário Aurélio, motivo é o "que pode fazer mover", aquilo "que causa ou determina alguma coisa", podendo ser "razão", "causa", "fim", "intuito" ou "escopo" 423. Enfim, conforme Bettiol, visando o Direito Penal, são "os precedentes causais de caráter psicológico da ação" ⁴²⁴.

Ademais, o motivo pode ser uma série de situações psíquicas que faz o agente atuar criminosamente, em que representa tanto a causa do delito como a finalidade a ser atingida pelo delinquente, isto é, vincula-se diretamente ao fato criminoso, integrando a culpabilidade; mas, vale destacar, que os motivos não podem legitimar-se ou justificar-se

⁴²³ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª ed., 1ª impressão, revista e atualizada do Aurélio Século XXI. Editora Positivo, 2.004.

⁴²⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**; cit., p. 899.

⁴²⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11.07.1984 e com a Constituição Federal de 1.988**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.994, p. 253.

⁴²¹ MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos **para o fim do mínimo legal**; cit., pp. 166 e 167. 422 Idem, p. 167.

na emissão de juízos essencialmente morais, já que não há como afirmar a existência de uma única moral, mesmo entre as pessoas de uma mesma sociedade 425.

Nesse sentido, a razão para existir o aumento ou diminuição da pena pelos motivos não está na moral em si, ou seja, está na moral juridicamente valorada, que é a relação que o motivo guarda com o bem (ou os bens) juridicamente protegido pelo ordenamento penal ou, ainda, com bens protegidos ou valores juridicamente relevantes, ainda que em outras áreas do mesmo sistema jurídico, como por exemplo, a título de ilustração, o médico que pratica a chamada eutanásia libertadora ou terapêutica em seu paciente, com o fim de libertá-lo do sofrimento (sentimento de piedade); ou, aquele que mata seu paciente visando a impedir a mudança no testamento (ganância); ou, ainda, quem rouba dinheiro para entregá-lo à creche de seu bairro ou a alguma entidade beneficente; ou, por fim, aquele que rouba para comprar uma roupa sofisticada (futilidade) 426.

Nessas situações citadas, verifica-se que os motivos revelam um conteúdo moral da conduta e informam o maior ou menor apreço ou desprezo pelo bem jurídico protegido, que justifica sua avaliação para efeito da fixação da pena. Logo, deve-se constituir um exame da proporção que há entre as razões reveladas (ou descobertas) com a violação do bem jurídico, a fim de concluir para maior ou menor censurabilidade do comportamento⁴²⁷.

Assim, conclui-se que os motivos fazem parte da culpabilidade, na proporção que cooperam para uma maior ou menor reprovação do fato criminoso, e explicam sua valoração para a determinação da pena por evidenciarem uma maior estima ou aversão aos bens ou valores juridicamente considerados no ordenamento jurídico brasileiro⁴²⁸.

4.6.6 Circunstâncias do crime

Circunstância para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira é toda "situação, estado ou condição de coisa ou pessoa, em determinado momento" ou é a "particularidade, acidente, que acompanha um fato, uma situação" ⁴²⁹. No Direito Penal,

⁴²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., p. 218.

⁴²⁶ Idem, pp. 222 e 223.

⁴²⁷ MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**; cit., pp. 168 e 169.

⁴²⁸ Idem, p. 170.

⁴²⁹ HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª ed., 1ª impressão, revista e atualizada do Aurélio Século XXI. Editora Positivo, 2.004.

pode-se dizer que circunstâncias são elementos acidentais ou acessórios do crime que, sem influir sobre a sua existência jurídica e sem condicionar a sua punibilidade, modificam a gravidade da sua consequência jurídica, agravando ou atenuando a pena⁴³⁰.

No que se refere ao artigo 59 do Código Penal, circunstâncias do crime são todos os dados adjetivos do fato delituoso que possam, na ponderação do magistrado, modificar a sua valoração jurídica, isto é, que apresentem a aptidão de alterar a censurabilidade da comportamento⁴³¹.

Destarte, essas são as condições de tempo, lugar, modo de execução, as características físicas e psicológicas da vítima (excluídas aquelas já estabelecidas pelo legislador) e do autor, a aleatória relação de um com o outro, o procedimento do autor ao longo da atividade delituosa. As circunstâncias podem expor maior ou menor acovardamento, audácia, preparação para o delito ou de maior potencialidade danosa⁴³².

Assim, observa-se que dentre às infinitas possibilidades de valoração das circunstâncias do crime, com o dever do magistrado em fundamentar as suas decisões, pode-se demonstrar alguns exemplos dessas circunstâncias relevantes, como nos crimes contra o patrimônio, o valor do bem (em caso de tentativa, pois, em caso de efetivação subtração, apropriação ou outra modalidade, o valor do prejuízo dirá respeito às consequências do crime); nos crimes contra a liberdade individual, a maior ou menor duração do crime; nos crimes contra a liberdade sexual, não apenas a duração do ato, mas a quantidade de pessoas envolvidas e o modo como se praticou o atentado; nos crimes contra a fé pública, a maior ou menor importância do título, papel ou documento falsificado; no crime de moeda falsa, a quantidade de cédula ou metal contrafeito; nos crimes praticados por funcionários públicos, a graduação funcional do servidor; no crime de porte ilegal de arma, o calibre e o poder vulnerante desta⁴³³.

4.6.7 Consequências do crime

Em Direito Penal, as consequências do crime precisam ser entendidas com os resultados que se desenham além da função do resultado típico da conduta ou do dano causado ao bem jurídico tutelado, isto é, incluem as consequências que procedem

⁴³⁰ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)**; cit., p. 138.

MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal; cit., p. 170.

⁴³² Idem, p. 171.

⁴³³ Ibidem.

além da lesão⁴³⁴. Nesse sentido, a consequência é o mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico; mas, por outro lado, contrária a regra de que o crime só possa trazer consequências perniciosas, há possibilidade de ser considerada favorável, como caso do delinquente que rouba para dar o dinheiro a uma creche do seu bairro, apresentando um motivo nobre, e, além disso, se o dinheiro é efetivamente empregado na creche, as consequências têm que ser tidas como favoráveis⁴³⁵.

Ademais, há que se analisar o nexo causal entre as consequências que estão fora do resultado típico e a ação ilícita, ou seja, "a gravidade das consequências do facto pode reportar-se ao resultado típico e então equiparar-se às circunstâncias de dupla função subsuntiva e graduadora, ou reportar-se a circunstâncias atípicas e equipara-se às circunstâncias meramente indiciadoras da culpa. Mas na última hipótese há que restringilas às consequências com um nexo de ilicitude ao resultado típico, ou ao acto típico nos crimes de mera actividade, isto é, à lesão ou ao pôr em perigo dos bens jurídicos que a norma incriminadora visa proteger" 436. Nesse sentido, pode-se imaginar o desvio de dinheiro de uma determinada empresa em que o dano decorrente deste ato causa a insolvência da mesma e sua subsequente falência. Portanto, este é, conforme José Frederico Marques, a "circunstâncias extrínsecas que derivam do dano causado", ou é o dano de consequência mediata do crime, diferenciando-se das lesões de implicações imediatas do ilícito penal⁴³⁷.

No mais, vale verificar que há consequências intrínsecas na prática de um crime, como, por exemplo, a viuvez ou a orfandade resultante de um homicídio praticado. Nestes casos e em outros que possam original resultados parecidos, observando essa relação entre conduta do ilícito e o resultado deste, não há que se falar em exasperação da pena, pois se assim ocorresse seria um *bin in idem*, na medida em que a consequência que se quer imputar como mais gravosa é da essência da conduta típica. Mas, no caso do crime gerar consequências bem além da conduta praticada, como um trauma psicológico ou um crime que prejudica um sem números de pessoas (Exemplo: Prefeito que esvaziando os cofres da municipalidade, impede a realização de serviços básicos como os de educação e

⁴³⁴ MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**; cit., p. 257.

⁴³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., pp. 223 e 226.

⁴³⁶ SOUSA E BRITO, José de. A medida da pena no novo Código Penal; cit., p. 577.

⁴³⁷ MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**; cit., p. 173.

saúde), é perfeitamente possível uma maior valoração da conduta para efeito da determinação da pena-base ⁴³⁸.

Também, outro raciocínio é que não haveria sentido em apenar mais severamente alguém pela condição social da vítima, como afirma Beccaria ao discorrer sobre os "Erros na Medida das Penas", quando menciona que "outros avaliam os delitos mais pela dignidade da pessoa ofendida que por sua importância em relação ao bem público. Se fosse essa a verdadeira medida dos delitos, uma irreverência para com o Ser dos seres deveria punir-se mais severamente do que o assassínio de um monarca, dado que a superioridade da natureza divina compensaria infinitamente a diferença da ofensa" ⁴³⁹.

Assim, observa-se que quando o crime é realizado de modo particularmente repulsivo, ocasionando ofensa individual ou a coletividade, recomendaria um aumento na punição em face das suas circunstâncias.

4.6.8 Comportamento da vítima

O legislador de 1.984 constatou que o comportamento da vítima pode ter influência no delito, podendo provocar ou estimular a conduta criminosa, presente no estudo da vitimologia, em que apresenta a relação entre o agente que comete a infração penal e aquele que sofre suas consequências. Nesse sentido, são vítimas participantes aquelas que se comportam de forma imprevidente, até aquelas que desempenham um papel ativo e mais relevante para a ocorrência do crime, são pessoas com personalidade insuportável, criadoras de caso, extremamente antipáticas e pessoas excessivamente sarcásticas, provocando um sentimento de vingança por parte do autor do delito⁴⁴⁰.

Há exemplos que demonstram o fato da vítima contribuir para a ocorrência do crime, como, por exemplo, as sonegações fiscais em que o empresário ou o contribuinte muitas vezes empurrado por uma carga tributária que beira o confisco, desestimulados pelas sucessivas notícias de desvio de verba pública ou de malversação, busca meios de se esquivar da arrecadação, utilizando-se de métodos censuráveis⁴⁴¹.

Ainda, existe a "vítima alternativa", aquela que se põe voluntariamente na condição de sê-lo, a estar sujeito ao azar de se transformar em vítima ou algoz, como no

⁴³⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2ª ed. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão da tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2.002, p. 53.

⁴³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., p. 226.

⁴⁴⁰ LANDROVE DIÁZ, Gerardo. **La moderna victimología.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1.998, p. 45.

⁴⁴¹ MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**; cit., p. 177.

duelo. Também, há a "vítima voluntária", a qual surge de um acordo previamente ostentado entre esta e o autor, tal como ocorre na eutanásia, na mutilação para descumprimento do serviço militar, obtenção do seguro contra acidente e outros⁴⁴².

Todavia, o comportamento da vítima, de que trata o artigo 59 do Código Penal, não a coloca fora do alcance da proteção da lei penal, tampouco serve à absolvição do agente. Nesse sentido, "o comportamento da vítima passou a constituir importante foco de análise no campo da dogmática penal e não poderia mais ser desconsiderado na avaliação da responsabilidade do autor, sob pena de sobrecarrega-lo com uma culpa que não é só sua. No entanto, investigar o comportamento da vítima para buscar com corresponsabilidade pode ter também alguns efeitos negativos que, no extremo, causariam uma absurda inversão de papéis" 443.

Assim, deve-se ter precaução no julgamento do procedimento da vítima, levando-se em consideração que sua análise também não autoriza que a mitigação de pena sirva à perpetuação de preconceitos inaceitáveis, como nos crimes de intolerância em relação à opção sexual, religiosa e racial ou indivíduo que torce por determinado clube de futebol.

4.7 Personalidade e a culpabilidade na medida da pena

Na análise da adequação da pena com enfoque na culpabilidade, constata-se que a ideia da culpabilidade pelo fato como fundamento e limite da medida da pena tem sido até agora estranha aos direitos penais hispano-americanos. Nos velhos códigos penais (por exemplo, Bolívia, 1834, art. 89; Chile, 1874, art.12, XV) a reincidência foi considerada como um agravante da pena, e esta tendência se manteve nos códigos mais modernos (por exemplo, Argentina, 1921; Colômbia, 1936; Brasil, 1940 e 1969; Uruguai, 1933). Nos códigos e projetos mais modernos, não só se mantêm estes preceitos que Jiménez de Asúa considera fadado a desaparecer, porque frente às personalidades habituais, profissionais e tendentes ao delito "a agravante do castigo não tem efeito algum" (Projeto argentino de 1960, art. 89 e ss.; Código Penal do Brasil de 1969, art.52; Projeto do Código Penal Tipo para Latino América, art. 69 e ss.), até que, ainda, tende a impor-se uma fórmula que vincula a gravidade da pena com a personalidade

⁴⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena;** cit., pp. 227 e 228.

_

⁴⁴² LANDROVE DIÁZ, Gerardo. La moderna victimología. Valencia: Tirant lo Blanch, 1.998, p. 45.

do autor (assim, por exemplo, Projeto argentino de 1960, art. 73; Código espanhol, art.66, regra 4^a; Código Penal do Brasil de 1969, art. 52). Sem dúvida que fórmulas como essas não admitem a chamada culpabilidade pelo fato como limite da medida da pena, e na realidade não o admitem porque partem de uma concepção da pena que não se refere estritamente à culpabilidade⁴⁴⁴.

No mais, a fórmula que vincula a medida da pena à personalidade do autor (que poderia ser chamada fórmula da personalidade) é o produto de mais de meio século de ininterrupto predomínio das tendências preventivo-especiais ilimitadas na ciência penal hispano-americana⁴⁴⁵. Este predomínio é consequência de duas vertentes, a preventivo-especial consequência da influência da Escola Positiva italiana e a Escola Técnico-Jurídica apondo-se a esta que, apesar do enfrentamento com que se deram, não questionaram aquela fórmula da teoria da pena. Mas, a periculosidade do autor como fundamento e medida da pena não foi questionada, mas também, pelo contrário, a pena se manteve relacionada, em sua montante, com a periculosidade do autor⁴⁴⁶. A relação penapericulosidade introduzida na fórmula da personalidade é, a partir destes pressupostos, mais que uma consciente reflexão sobre os fins político-criminais da pena, uma consequência de erros metodológicos no âmbito da dogmática e uma correlata atitude de abandono da reflexão apenas iniciada (em profundidade) sobre o fundamento e fim da pena⁴⁴⁷.

Destarte, a introdução das ideias dogmáticas alemãs referentes à teoria do delito esteve recoberta por uma forte corrente formalista, renderia em parte à teoria pura do direito e em parte da corrente da Escola Técnico-Jurídica italiana representada por Arturo Rocco⁴⁴⁸. Dentro do estreito marco formalista e da crença de que todo conhecimento dogmático é produto da lei penal, faltou espaço para uma reflexão valorativa referente ao fim da pena. Portanto, uma relação entre o conceito de pena e os elementos do conceito de pressuposto da pena; uma relação que permitiria explicar os pressupostos em função da

⁴⁴⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999, p. 258.

⁴⁴⁵ Ibidem. Cf. ONECA, Antón. **Homenaje a Jiménez de Asúa**, 1970, t. 11, p. 337 e ss. RIVACOBA y RIVACOBA. **Dorado Montero**, 1.962, p. 61.

⁴⁴⁶ Idem, p. 259. Cf. SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Parte general. Buenos Aires: TEA, 4ª ed., 1.970, t. V, § 71. NUÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino**. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1.960, t. 11, p. 452. Idem, **Manual de derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1.972, p. 330. FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.966, t. 1, § 604.

⁴⁴⁷ Ibidem.

⁴⁴⁸ Ibidem. Cf. MAGGIORE, Giuseppe. **Arturo Rocco y el método técnico-jurídico.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.961.

consequência previstas para isso resulta ser a grande carência da dogmática atual. É inútil buscar em nossos autores uma explicação da razão pela qual o delito é "ação típica, antijurídica e culpável", fugindo do conceito de delito de Bernd Schünemann. O formalismo levou a uma independência total do pressuposto da pena. Porém, conduz a conceitos dogmáticos da teoria do delito que por sua vez resultavam ineficazes para produzir uma relação entre delito e pena⁴⁴⁹.

Outrossim, no âmbito específico da culpabilidade, a disputa em torno do conceito psicológico ou normativa da culpabilidade é precisamente um exemplo disso. A quantificação da culpabilidade tem razão de ser só na medida da pena, porém é desnecessária se o delito é só o motivo (sintomático) para fazer um juízo sobre a personalidade do autor à que em definitivo se referirá à medida da pena, como o entende em última instância a dogmática. A função da culpabilidade num sistema como o que estamos apresentando fica reduzida, então, a servir à exclusão da pura responsabilidade pelo resultado. Nesse sentido, comprovado que a lesão antijurídica não tem sido produto da causalidade senão que resulta subjetivamente imputável ao autor, é simplesmente o pressuposto que abre um juízo sobre a personalidade do autor que determinará a medida da pena 450.

Portanto, esta construção demonstra com claridade porque motivo nunca se realizou um esforço especial para fundar o porquê do aumento de pena na reincidência e na habitualidade. Um princípio de culpabilidade reduzido à exclusão da responsabilidade objetiva não resulta lesionado por uma pena que reprime também uma tendência do autor ao delito também do delito mesmo e que, em todo caso, não estamos em condições de comprovar se foi adquirido por uma livre decisão do sujeito ou não. Qualquer que seja o grau de determinação do sujeito ao delito, enquanto se pode estabelecer a relação psicológica que o vincule com o resultado que produz se poderia afirmar sua culpabilidade⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Ibidem. Cf. ROXIN, Claus. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.** Berlin: de Gruyter, 1.970, p. 15. KAUFMANN, Felix. **Diephilosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld.** Leipzig: Deuticke, 1.929, p. 61 e ss. GALLAS, Wilheim. **Beitrage zur Verbrechenslehre.** Berlin: de Gruyter, 1.968, p. 1 e ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁵⁰ Idem, p. 260 e 261.

⁴⁵¹ Idem, p. 261 e 262. Cf. Exposição de Motivos do Projeto alemão de 1960; Projeto Alternativo. A "culpabilidade pela condução da vida" (MEZGER, Edmund. *Die Straftat als Ganzes*, in: **Zeitschrift für diegesamte Strafi-echtswissenschaft -** "ZSTW" 57, ps. 57, 675 e ss.) e a "culpabilidade pela decisão da vida" (BOCKELMANN, Paul. **Studien zum Tüterstrafrecht**. German. 1.940, t. 11, p. 26 e ss.) só têm sido

Este simplismo no tratamento da reincidência e a habitualidade se reflexa na reforma imposta em alguns Códigos, em cuja fundamentação se trata o tema como uma questão de escalas penais, sem reparar que tais aumentos nas escalas ordinárias são só o aspecto exterior do problema, porém não explicam o fundamento da agravação. Aqui se volta a introduzir o formalismo ao ponto de propor um sistema que se funda numa presunção legal da personalidade perigosa extraída da existência de uma ou várias condenações anteriores⁴⁵².

No entanto, em um sistema como o que se tem apresentado, a distinção entre penas e medidas deixa de ter sentido e os esforços de alguns autores por mantê-la resulta inexplicável. Por sua vez, a decisão sobre a inimputabilidade (capacidade de culpabilidade) tenderia só para fins administrativos tendentes a determinar a classe de estabelecimento em que deverá se alojar ao autor e o tempo determinado ou indeterminado da internação se é que esta corresponde no caso de ser inimputável. A prova decisiva da desvinculação da pena e a teoria do delito se percebe no fato de que ainda se refere a pena à personalidade (periculosidade) do autor, esta personalidade não tem um lugar sistemático em nenhum dos elementos do delito. A fórmula da personalidade é o produto reflexivo de uma posição que diz respeito ao fim da pena, a consequência de uma criticável elaboração da teoria do delito sem consideração de sua funcionalidade a respeito de todo o problema penal⁴⁵³.

Todavia, o projeto do Código Penal Tipo para Latino América não tem seguido estritamente, na letra, a fórmula da personalidade que pode se encontrar no projeto argentino de 1960 (art. 73), no Código Penal brasileiro de 1969 (art. 52), no Código Penal espanhol (art. 66, regra 4^a), no projeto para Venezuela de 1968 (art. 73) e no Código da Bolívia de 1972 (art. 37). Por certo que "as condições pessoais do sujeito ativo não podem entender-se de outra maneira. O mesmo ocorre com a conduta posterior ao fato e com a anterior remetem a mesma conclusão⁴⁵⁴.

Atualmente, a fórmula da personalidade tem merecido muito poucos esforços interpretativos dos que podem deduzir-se as consequências práticas às que deveria conduzir. A fórmula da personalidade é na realidade uma fórmula na que se procura dar

defendidas em Latino América por DA COSTA. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁵² Idem, p. 262.

⁴⁵³ Idem, p. 263. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** Parte general. Buenos Aires: Losada, 3ª ed., 1.964, t. V, p. 249 e p. 253. 454 Idem, p. 264.

capacidade à personalidade perigosa do autor como base para a medida da pena. Não há dúvidas de que com ela se quer expressar que a personalidade do autor permita concluir o que se deve esperar dos futuros fatos puníveis; deve levar-se em conta à medida da pena. A comprovação de uma personalidade, de todo modo, não deve implicar um juízo moral sobre o autor. Parece claro a fórmula, ou seja, não pretende submeter exclusivamente à periculosidade do autor a medida da pena, pois isso permitiria que fosse mais punível um autor que demonstre uma tendência a furtos relativamente pequenos a um homicida ocasional que seguramente não reincidirá⁴⁵⁵.

Dessa forma, a fórmula se completa tomando em conta o mesmo tempo a "gravidade relativa do fato cometido" ou a "importância da lesão ou do perigo" (Projeto de Código Penal Tipo, art. 73, II). Em contrapartida, a fórmula não impediria, em princípio, que um autor culposo fosse mais punido que outro doloso enquanto as escalas penais da lei o permitam, pois a tendência da personalidade a delito não é diretamente proporcional ao dolo ou à culpa, e neste caso, tratando-se de delitos contra um mesmo bem jurídico e com um mesmo resultado de lesão (por exemplo, autor de lesões dolosas e autor de lesões culposas) o corretivo não poderia funcionar⁴⁵⁶.

A fórmula da personalidade poderia dar lugar à aplicação da chamada "teoria da adequação", segundo a qual a pena para o ato concreto deve determinar-se conforme a adequação social da personalidade 457. É dizer que, quanto mais adequado seja o fato à personalidade do autor, maior seria a pena 458. Com efeito, esta forma de tratar o problema daria lugar a duas alternativas igualmente criticáveis. O bem aceita a culpabilidade pela condução da vida e retroage a culpabilidade ao momento em que se adquire a personalidade (mediante um deslocamento similar a *actio liberae in causa*), que resulta impossível determinar o curso da vida do autor e que na realidade se substituirá por uma mera ficção; o bem se denomina *culpável* também à personalidade congênita do autor

⁴⁵⁵ Idem, p. 264 e 265.

⁴⁵⁶ Idem, p. 265.

⁴⁵⁷ Ibidem. Cf. MEZGER, Edmund. *Die Straftat als Ganzes*; in: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 57, p. 675 e ss. e 687. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁵⁸ Ibidem. Cf. RIVACOBA e RIVACOBA, Manoel de. *El principio de culpabilidad em la graduación de la pena en el Código Penal argentino;* in: **Jornadas Internacionales de Derecho Penal**. Belgrano, 1971, p. 60 e ss. SANTAMARIA. **Il fondamento etico della responsabilita penale**, p. 08.

(não adquirida), o que parece ser absolutamente alheio ao significado com que usamos o termo *culpabilidade*⁴⁵⁹.

No mais, é criticável outra interpretação da fórmula da personalidade ao dizer que o delito dá lugar ao Estado para praticar um *balanço geral da vida do autor*. É evidente que esta extensão da consideração da personalidade não tem sido, em princípio, postulada em nenhum caso. Mas, de todo modo, a fórmula não o impediria e nisto reside seu principal perigo⁴⁶⁰.

Ainda, o projeto do Código Penal Tipo, artigo 73, V, parecia estabelecer uma limitação neste sentido, pois permite levar em conta as condições pessoais do sujeito ativo só "na medida em que haja influenciado na comissão do delito". Portanto, esta limitação é somente aparente, pois, na realidade, reconduz o problema à "culpabilidade pela condução da vida". Dessa forma, porque motivo deve responder o autor pela influência de sua personalidade no fato? Se esta responsabilidade pela personalidade não se funda num ato de livre decisão em algum momento de sua vida, só ficará a possibilidade de afirmar sua responsabilidade pelo próprio caráter. Porém, toda concepção desta última espécie carece de uma justificação última do dever de suportar a pena em razão da personalidade ou do caráter que se tem. A responsabilidade puramente social, tal como postulou Ferri, é uma construção deste tipo⁴⁶¹.

Com efeito, a extensão que se atribuiu à fórmula da personalidade a converte num instrumento que excede o âmbito de um direito penal de culpabilidade. Um direito que somente se exclui a responsabilidade pelo resultado (chamada responsabilidade objetiva), mas naquilo que tenha a responder pelo que é, e não somente pelo que se fez, não é um direito penal de culpabilidade 462. A fórmula da culpabilidade, abre, na realidade,

⁴⁶⁰ Idem, p. 266. Cf. STRATEMWERTH, Günter. **Tatschuld und Strafzumessung**, 1.972. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999, p. 266. (se pronuncia contra esta amplitude).

-

⁴⁵⁹ Ibidem. Cf. STRATEMWERTH, Günter. **Tatschuld und Strafzumessung**, 1.972, p. 07. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999, p. 265.

⁴⁶¹ Ibidem. Cf. MAYER, Max Ernst. **Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht.** Leipz. 1.901, p. 185 e ss. GOLDSCHMIDT. **Festgabefür Frank**, 1.930, t. 1, p. 464. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999, p. 266. ENGISCH. **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strufrechts philosophischen Doktrin der Gegenwart**, 1.963, pp. 54 e 55. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999, p. 266. HEINITZ, Ernst. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 63, Band (1.951), p. 57 e ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁶² Idem, p. 266 e 267. Cf. HANACK, Ernst-Walter. *Zur Problematik einer Sonderstrafe für Riickfalltater;* in: **Programm für ein neues StGB.** Frankfurt: Jürgen Baumann, s/a, p. 100 e ss. e 105. ROXIN, Claus. *Strafzweck und Strafrechtsreform;* in: **Programm fürein neues StGB.** Frankfurt: Jürgen Baumann, s/a, p.75

as portas para um balanço total da vida do autor e para o valor que mereça sua personalidade sem aclarar que limites tem. Na maioria dos casos esta abertura não significará senão um juízo moral sobre o autor e os fins da prevenção geral atuará oculto e talvez inconscientemente, mas de todo modo, na forma tal como para utilizar ao homem concreto com fins à intimidação da generalidade, lesionando-se desta maneira a consideração que merece a pessoa humana 463.

Destarte, o princípio da culpabilidade é de um alcance insuficiente, uma vez que se satisfaz com uma vinculação psicológica do autor com o resultado típico, permite (que de fato o autoriza) que o autor seja apenado pelo que se é. Assim, esta objeção não parece que pode se resolver sobre a base do critério pelo qual a personalidade é expressa pelo fato concreto. Os problemas que apresenta a personalidade numa consideração preventiva como a que se reflete na "fórmula da personalidade" não dependem do meio de conhecimento pelo que se a alcance: são intrínsecos a ela. Sem prejuízo disso, a personalidade, ou o caráter, dificilmente podem ser conhecidos por meio de um único fato. Nessa proposta há, sem dúvida, uma confusão. A relação da pena com a personalidade implicará sempre apenar alguém pelo que é e não pelo que fez, embora a personalidade possa se apreender num só fato. A forma de diagnóstico não altera a essência do objeto a que se direciona a pena 464.

De todo modo, o que determina a inaceitabilidade da fórmula no fundamental é a dependência da pena da ideia de prevenção especial ilimitada no sentido em que se a encontra em muitos códigos vigentes. Essa orientação se percebe nos modernos códigos latino-americanos, produto de ideias de política criminal que, em todo caso, não parecem, atualmente, ser admissíveis. A tripla finalidade preventiva especial da pena elaborada por Franz von Liszt (melhoria do capaz que melhorou – intimidação do não necessitado de melhoria – inocuidade do não melhorável) em 1882 tem pontos de apoio que hoje devem ser postos em dúvida⁴⁶⁵.

Ademais, a categoria de não-melhoráveis é na realidade uma categoria muito relativa: "em princípio não existe uma distinção entre criminosos e não criminosos"

-

e ss. e 76. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁶³ Idem, p. 267.

⁴⁶⁴ Ibidem.

⁴⁶⁵ Idem, p. 268. Cf. VON LISZT, Franz. **Strafechtliche Vorträge unddufsätze**, 1.905, t. 1, p. 166. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999, p. 268.

e disto se deduz que os não-melhoráveis não conformam uma categoria irredutível. Pelo contrário, a qualidade de "não-melhorável" não depende exclusivamente de circunstâncias pessoais, senão, além disso, dos meios de que se disponha para lograr o melhoramento: não-melhorável é todo aquele que não pode ser ajudado com as práticas de execução penal de que se dispõe num dado momento⁴⁶⁶.

Entretanto, a alteração das condições da execução pode, todavia, melhorar aqueles que não estão ao abrigo de outros sistemas de tal possibilidade. A pena de reclusão por tempo indeterminado carece na atualidade de um sustento racional. O Código Penal brasileiro de 1969 introduziu, neste sentido, uma limitação de dez anos da pena indeterminada que prevê para os delinquentes habituais ou por tendência (artigo 64), no que coincide com o artigo 72 do Projeto do Código Penal Tipo que estabelece para os habituais e profissionais uma agravação da pena na metade do mínimo e o máximo respectivo com a possibilidade de substituir esta agravação por uma medida de internação ou de vigilância. Isto deve se reconhecer como positivo o fato de que representam o abandono da ideia de inocuidade. Mas, ainda é importante para mover o processamento do tipo habitual de pena que Von Liszt previa para os "necessários de melhoramento", é dizer "uma grave e continuada reclusão". A ideia de que isto produzirá um melhoramento, que permitirá "salvar" o delinquente, não conta hoje em dia com uma comprovação empírica. Pelo contrário, propor prolongadas estadias em estabelecimentos carcerários deficientes e, em geral, orientadas por técnicas incapazes de recuperar ou ressocializar o sujeito passivo da execução, como é o caso de muitos em nosso país, parece ser, antes de tudo desumano. A comprovação de que as penas curtas privativas da liberdade carecem de aptidão e devem deixar-se de lado, não permite concluir que as penas longas, pelo só fato de serem longas, atenderiam as necessidades de educar o criminoso para o convivo em sociedade 467. É evidente, então, que a ressocialização – como o diz Welzel – "não é suficiente para aclarar

⁴⁶⁶ Ibidem. Cf. STRATENWERTH. **Tatschuld und Strafzumessung**, 1.972, pp. 20 e 21. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999, p. 268.

⁴⁶⁷ Idem, p. 269. Cf. ROXIN, Claus. **Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurf**, in: **Zeitschrift für diegesamte Strafi-echtswissenschaft** - ZStW 81 (1.969), pp. 611 e 632 e ss. STRATENWERTH. **Tatschuld und Strafzumessung**, 1.972, p. 20. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999, p. 269. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

o sentido da pena, como um mal merecido pela violação culpável do direito, quando a má execução transforma o condenado em pior do que já era".

Assim, ante todo o contexto, não se deve deduzir que os motivos de prevenção especial devam ser deixados de fora na consideração da medida da pena, e muito menos que devam ceder a razões impostas pela prevenção geral. Portanto, trata-se de determinar que limite deva ser reconhecido às razões preventivo-especiais na medida da pena. Neste aspecto, a "personalidade do autor não dá um limite compatível com o princípio da culpabilidade" 469.

4.8 Reincidência e medição da pena

O interesse que determinou a existência desse tópico é analítico e metodológico, uma vez que, a primeira vista, passa a impressão de ser um tema de gala à cooperação interdisciplinar de juristas e cultivadores das ciências sociais. Os problemas específicos da comunicação entre juristas e teóricos das ciências sociais resultam do fato de que, em primeiro lugar, na linguagem da lei e da ciência jurídica são usados conceitos descritivos; no mais, em segundo lugar, o conteúdo descritivo destes conceitos não se faz efetivo e, como se mostrará, tampouco pode fazer-se efetivo; ou seja, é dizer que o descritivo se simula; e, em terceiro lugar, o teórico das ciências sociais, ao que se solicita uma informação competente, toma a sério sua função de emitir um parecer, sem dar-se conta de que o mandante, o jurista, não deseja em absoluto que cumpra seriamente tal função 470.

Por conseguinte, nessa confusão de línguas entre juristas e cultivadores das ciências sociais, apresenta-se o pressuposto material da reincidência que pode ser apresentada pela chamada *fórmula da advertência* e, para isso, toma-se como base o marco analítico da *tese da descritividade* de H. L. A. Hart⁴⁷¹, no que se considerará, também,

⁴⁶⁹ Idem, p. 270. Cf. ROXIN, Claus. **Franz von Liszt und die krirninalpolitische Konzeption des Alternativentwurf**, in: **Zeitschrift für diegesamte Strafi-echtswissenschaft** - ZStW 81 (1.969), p. 618. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁶⁸ Ibidem. Cf. WELZEL, Hans. **Das Deutsche Strafrecht**. Berlin: de Gruyter, 11^a ed., 1.969, p. 243. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁷⁰ HAFFKE, Bernhard. *Reincidencia y medición de la pena. Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 180. Trabalho publicado originalmente em *Kriminalsoziologische Bibliografie*, 1981 (Jg. 8, H. 31), pp. 11 e ss.

The ascription of responsibility and rights, in: **Proceedings of the Aristotetian Society**, XLIX, 1948/1949, pp. 172 e ss. HART sofreu influência das críticas de GEACH y PITCHER. Cf. **Analytische**

conforme convenha, sua tardia recepção, assim como sua crítica, modificação e precisão ⁴⁷², em uma breve fundamentação pragmática abaixo.

O debate entre a *descritividade* e a *normatividade* não é novo para o penalista. Basta evocar a intensa discussão científica havida nos anos vinte do século passado sobre os elementos descritivos e normativos do tipo: esta encontrou o seu ponto mais elevado e sua conclusão profissional, mas também a sua manifestação mais extrema, na conhecida tese de Erik Wolf de que todos os elementos típicos, incluídos os aparentemente descritivos, são de natureza normativa, e que, em consequência, não resulta possível distinguir entre elementos típicos descritivos e normativos, senão unicamente entre conceitos com *conteúdo valorativo* e conceitos *precisados de um complemento valorativo*, dentro da classe única dos elementos normativos do tipo 473.

Em contraste, parece recomendável tomar como referencia a tese da descritividade, pela seguinte razão: esta tese foi bem desenvolvida nos trabalhos de Fritz Sack⁴⁷⁴, de seu contexto originário de filosofia do Direito e da linguagem, e convertida em elemento central de fundamentação de uma nova e influente concepção de sociologia criminal ou, melhor, de sociologia do Direito Penal: concretamente, o chamado *labelling approach*⁴⁷⁵. Imputam-se aqui *etiquetas* jurídico-penais; portanto, também na lógica interna dos conceitos jurídico-penais e em seu emprego programático deve se mostrar precisamente o fenômeno da descritividade, que os teóricos da imputação acreditam ter encontrado em um ponto de vista macro teórico, ou seja, externo ao Direito Penal. Com efeito, o processo de atribuição não se detém ante o sistema do Direito penal e de sua dogmática, senão que, pelo contrário, é precisamente aqui que tem o seu ponto de partida.

Handlungstheorie, t. I, *Handlungsbeschreibungen*, comp, por Georg MEGGLE, 1977, pp. 225 ss., 239 ss. e cf. o prólogo de sua coletânia *Punishment and Responsibility*, 1968.

empirischen Sozialforschung. Frankfurt: Akadememische Verlagsgesellschaft, 2ª ed., 1978, t.12, pp. 192 ss., 365 ss. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

__

HAFFKE, Bernhard. Reincidencia y medición de la pena; cit., p. 180. Cf. KUHLEN. Die Objetktivität von Rechtsnormen, 1978, pp. 91 ss. Apud: SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 180.
 Ibidem. Cf. WOLF, Erik. Der Sachbegriff im Strafrecht, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. German, t. V, 1.929, pp. 44 ss. WOLF, Erik. Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. German, 1.931. ENGISCH, Karl. Die normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, FSf. Mezger. German, 1.954, pp. 127 ss. KUNERT, Karl Heinz. Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände. Berlin: de Gruyter, 1.958, pp. 40 ss. SCHWEIKERT, Heinrich. Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit

Beling. Karlsruhe: C.F. Müller, 1.957, pp. 62 ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

474 Idem, p. 181. Cf. SACK, Fritz. *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, in: SACK, Fritz; KÖNIG, René.

Kriminalsoziologie. Frankfurt: Akadememische Verlagsgesellschaft, 1.968, 2ª ed., 1.974, pp. 431 e ss., 466 e ss. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

475 Ibidem. Cf. SACK, Fritz. *Probleme der Kriminalsoziologie*, in: KÖNIG, René. **Handbuch der**

Consequentemente, também devem estar estabelecidas nesse sistema as condições de possibilidade ou necessidade de tal imputação. A prova da existência de imputação nesse micromundo interior do Direito penal, e a designação dos veículos e transformadores que estão disponíveis aqui, não só depuraria e ilustraria a *labelling approach*, realizando mais justificativa para o jurista que trabalha na dogmática do Direito Penal, senão que, como se mostrará, também abriria novas perspectivas de questionamento, muito concretas e específicas, as quais permitiriam um sereno trabalho interdisciplinar em detalhe, deixando a margem tópicos, suspeitas e reações a pretendidas ofensas⁴⁷⁶.

Ademais, junto aos requisitos formais, a saber, que o autor haja sido condenado já ao menos duas vezes por um delito doloso em âmbito especial de vigência da lei penal, e que o mesmo haja cumprido pena privativa de liberdade por um ou vários desses fatos durante um determinado tempo, pode-se estabelecer dois requisitos materiais, isto é, em primeiro lugar, o fato que gera a agravação por reincidência há de ser um delito doloso, cominado com uma pena privativa de liberdade de um ano ou superior; e, em segundo lugar deve ser reprovável o autor, em atenção à natureza e circunstâncias das infrações, não haver tido em conta como advertência as condenações anteriores. Portanto, o que preocupa nesse contexto é a fórmula da advertência que há de garantir a compatibilidade do preceito da reincidência com o princípio da culpabilidade pelo fato; algo extremamente importante, posto que o significado de aquele preceito não termine com o mero aumento da pena mínima, senão que, como Zipf expôs corretamente, "significa que ele criou um esquema de ordenação, novo em sua globalidade, para a medição da pena em sentido estrito"477. Esta forma de entender a fórmula da advertência, a única capaz de preservar o preceito da reincidência de um veredicto de inconstitucionalidade por propiciar uma pena excessiva com objetivos preventivo-especiais⁴⁷⁸, tem sido aprofundada na

⁴⁷⁶ Ibidem. HAFFKE, Bernhard. **Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie**, in: Goltdam- mer's Archiv füe Strafrecht, German, GA, 1.978, pp. 33 e ss. (reimpresso em *Kriminologie im Strafprozess*, comp, por JÄGER, 1980, pp. 133 e ss.). (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁷⁷ Idem, p. 182. Cf. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Strafrecht**, AT. Heidelberg, 5ª ed., t. 2, 1.978, p. 496. Contra: FROSCH, Hartmut. **Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1.976, pp. 144 e 147. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁷⁸ Idem, p. 183. Cf. HORN, Eckhard. **Zeitschrift für diegesamte Strafi-echtswissenschaft -** ZStW 89 (1.977), pp. 547 ss., 566 e 567. Em outro sentido: MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Strafrecht**, AT, Heidelberg, 5^a ed., t. 2, 1.978, pp. 491 e 492. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

bibliografia, sobretudo por Hillenkamp⁴⁷⁹, Mir Puig⁴⁸⁰ e Frosch⁴⁸¹, e confirmada expressamente pelo Tribunal Constitucional alemão em sua sentença de 16 de janeiro de 1979⁴⁸², consoante se demonstra:

"A agravação conforme a lei penal requer que o autor, 'em consideração ao tipo e circunstâncias dos delitos, seja culpado, porque não tomou como advertência as anteriores condenações'. Com esta formulação, a cláusula material da reincidência, o preceito, atende ao princípio da culpabilidade. Especificamente, parte de que 'quem prescinde dos impulsos de contenção estabelecidos nas condenações anteriores, atua, em determinadas circunstâncias, com incremento de energia criminal e, portanto, com acréscimo de culpabilidade' (assim Horstkotte, JZ, 1970, p. 152 [153]; seguem outras citações). Assim, o legislador faz depender a aplicação do §48 do fato de que recaia sobre o autor, em atenção à função de advertência das condenações previas, uma reprovação da culpabilidade. Não assinala que sobre quem, apesar de uma prévia condenação, volta a incorrer em uma pena, recaia sempre uma reprovação de culpabilidade incrementada, senão que comina ao autor com uma pena agravada, dando-se outras circunstâncias concretas, quando resulta possível, em atenção a suas condenações previas, dirige-lhe a reprovação e uma culpabilidade aumentada".

"Se é este o caso – e aqui seguem indicações do Tribunal Constitucional sobre a realização prática, processual, do postulado constitucional da culpabilidade – é algo que corresponde investigar de ofício o juiz da instância. Que essa investigação deve incluir, se necessário, na avaliação global, também fatores psíquicos, propriedade características do acusado e suas circunstâncias vitais é algo que se compreende por si só [...] se dispõe como base do ajuizamento de um conceito de culpabilidade pelo fato entendido em forma não demasiadamente estreito. Se de tais averiguações se depreende a conclusão de que às condenações anteriores não lhe corresponde nenhum efeito de advertência no sentido da cláusula material de reincidência, se exclui a aplicação de atenuantes previstas na lei. Se, ao contrário, o Tribunal constata que o acusado não tomou

 ⁴⁷⁹ Ibidem. Cf. HILLENKAMP, Thomas. Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Zitiert: Küper GA, 1.974,
 pp. 208 e ss. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).
 480 Ibidem. Cf. MIR PUIG, Santiago. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 86, Berlin,

^{1.974,} p. 175 e ss. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁸¹ Ibidem. Cf. FROSCH, Hartmut. **Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1.976, pp. 13 e ss. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁸² Ibidem. Cf. BVerfGE (Sentença do Tribunal Constitucional alemão) 50, pp. 125 ss., 134, 136.

como advertência as anteriores condenações e que isto se lhe pode reprovar em atenção ao tipo e circunstâncias dos delitos, se fundamenta, em relação com o delito que se tem que processar, a reprovação de uma culpabilidade pelo fato agravado, e, com isso, justifica também uma agravação da pena".

A primeira premissa pode ser formulada nos seguintes termos: Se toma como base a ideia fundamental que sustenta a citada sentença do Tribunal Constitucional, assim como as correspondentes opiniões e precisões sobre este "conceito de aumento da culpabilidade pelo fato" ⁴⁸³ defendidas na bibliografia e na deliberação da lei, ao analisar o requisito material da reincidência (a chamada fórmula da advertência) é preciso efetuar uma cuidadosa separação entre *fatores relevantes para a culpabilidade pelo fato*, é dizer, que a agravam, e fatores *irrelevantes* para a mesma.

Logo, que ao autor reincidente lhe corresponda sempre uma reprovação de culpabilidade agravada não é algo que, simplesmente, se declare ou se finja normativamente. Com efeito, à primeira vista, essa ideia contradiz o dogma constitucional de que toda pena pressupõe culpabilidade e de que pena agravada pressupõe culpabilidade aumentada. No mais, em uma segunda percepção se observa que tal suposição fictícia de uma culpabilidade agravada não é tão estranha nem inusual; se um se libera do encantamento daquele dogma ou proibição de raciocínio, uma contemplação imparcial das diversas cominações penais da Parte Especial ensina que o grau e injusto, da culpabilidade e da pena discorrem paralelamente; em outras palavras, que, dado um incremento injusto, se finge o incremento de culpabilidade 484.

De tal modo, esse problema pode deixar-se correr. No entanto, no caso da reincidência, conforme o Tribunal Constitucional, não pode fingir-se o aumento de culpabilidade, senão que deve averiguar-se em cada caso concreto se o autor, na situação fática atual, carregou sobre si uma culpabilidade (pelo fato) agravada. Como se depreende da referência às observações básicas de Horstkotte, o Tribunal Constitucional aduz uma

o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁸⁴ Idem, p. 185. Cf. NOLL. *FSf. H. Mayer*, 1.966, pp. 219 e ss., 230 e 231. ZIPF, Heinz. **Die Strafmassrevision**. Munique, Series: Münchener Universitätsschriften, 1.969, p. 86. Cf. HORN, Eckhard. **Systematischer Kommentar zum StGB**. Leipziger, 9^a ed., 1.971, t. 1, § 46, n.° marginal 38. HAFFKE, in: HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. **Sozialwissenschaften im Studium des Rechts**, *Strafrecht*. Munique, 1.978, t. III, pp. 153 e ss., 163. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁸³ Idem, p. 184. Cf. HORN, Eckhard. **Systematischer Kommentar zum StGB**. Leipziger. 9^a ed., 1.971, t.1, § 17, n.° marginal 8; referindo-se a KOFFKA, in: BALDUS, Paulheinz. **StGB Leipziger Kommentar (LK)**. Berlin: Auflage, 9^a ed., 1.971, § 17, n.° marginal 2, e agora também HIRSCH, Günther. **Leipziger Kommentar**. Berlin: Duncker & Humblot, 10^a ed., s/a, § 48, n.° marginal 1. (Os textos foram traduzidos com

negativa a outras três possibilidades de conceitos: em primeiro lugar, à concepção de uma agravação da pena independente da culpabilidade e de origem preventivo-especial; por outro lado à concepção da culpabilidade pelo caráter ou pela condução da vida; e, finalmente, ao modelo, estreitamente ligado àquela concepção⁴⁸⁵, de aumento de injusto e culpabilidade, que se funda na observação normológica⁴⁸⁶ de que o autor, junto ao injusto da infração concreta submetida ao ajuizamento, realiza outro injusto, consistente em não haver tomado em conta como advertência as condenações anteriores, em forma contrária ao dever. Se o autor merece uma maior reprovação de culpabilidade pelo novo fato⁴⁸⁷, isso é assim porque, mediante as anteriores condenações e seu cumprimento, sentiu "a concreta reprovação pelo fato antijurídico não só de modo abstrato e impessoal através da lei, senão em sua própria pessoa, 'em sua própria carne'" 488; com isto, têm sido eficazes especiais impulsos de contenção 489 que deveriam ter apartado antes e com maior intensidade – em comparação com um autor primário - de comportamento criminal, motivando-o, em vez disso, a um comportamento de fidelidade ao Direito, e incrementando sua capacidade (seu poder) de observação das normas. A "desatenção às advertências", no tomar em conta às barreiras complementares, é o que fundamenta a maior reprovação de culpabilidade. Por conseguinte, a concepção do incremento da culpabilidade pelo fato se refere implicitamente à constatação que só se pode alcançar empiricamente: em concreto, se o autor advertiu o impulso de contenção estabelecido com as condenações prévias, se intensificou sua motivação em direção a um comportamento de fidelidade ao Direito e se, com isso, se lhe tem facilitado a distanciar-se do comportamento criminal que planejava⁴⁹⁰.

Destarte, a determinação positiva e concreta de uma maior culpabilidade requer "uma valoração muito sutil da situação psicológica do autor e uma apreciação muito

com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁹⁰ Idem, p. 186.

⁴⁸⁵ Ibidem. Cf. Cf. HORN, Eckhard. **Systematischer Kommentar zum StGB**. Leipziger, 9ª ed., 1.971, t. 1, § 48, n.° marginal 5 e 6. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁸⁶ Ibidem. Cf. KAUFMANN, Armin. **Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie**. Schwartz: Göttingen, 1.954, pp. 211 e 212. MIR PUIG, Santiago. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 86, Berlin, 1.974, pp. 175 ss., 197 ss. Crítica a esta concepção em Cf. HORN, Eckhard. **Systematischer Kommentar zum StGB**. Leipziger, 9ª ed., 1.971, t. 1, § 48, n.° marginal 6, referindo-se a **Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit**, 1.969, pp. 144 e 145. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁸⁷ Ibidem. Cf. HORSTKOTTE, Hartmut. **Juristenzeitung**. German, s/e, 1.970, p. 153. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

Hibidem. Cf. MIR PUIG, Santiago. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 86, Berlin, 1.974, p. 193. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).
 Hibidem. Cf. HORSTKOTTE, Hartmut. Juristenzeitung. German, s/e, 1.970, p. 153. (O texto foi traduzido

detalhada das exigências que haja de dirigi-la", isso constitui como assinala corretamente Frosch, "uma empresa difícil e, seguramente, muitas vezes sem expectativa alguma" A profunda e sutil investigação psicológica da personalidade do autor levará previsivelmente, segundo todos os conhecimentos que tem dos reincidentes, à conclusão de que sua culpabilidade pelo fato em geral poderia estar diminuída. Assim, "do mesmo modo que, para a maioria dos autores, se pode lançar como base a tese da livre decisão da vontade, em qualquer caso, há indícios de peso sobre a existência de grupos de autores em que esse espaço de liberdade é diminuído desde a primeira infração e suas consequências. Seria, pois, obrigado para uma estimação realista do 'poder de evitação' dos autores reincidentes, atender a isso no seio da culpabilidade pelo fato, a proceder a uma valoração em 'categorias generalizadas'. Aqui, conseguintemente, haveria que valorar a diminuição da resistência ao delito incluso como atenuante da culpabilidade, mas, em todo caso, assim se segue, ao menos, a proibição de derivar da reincidência, de forma mais ou menos óbvia e indiferenciada, um aumento da culpabilidade" dos conseguintementes da culpabilidade pelo forma mais ou menos óbvia e indiferenciada, um aumento da culpabilidade" dos conseguintementes da culpabilidade pelo forma mais ou menos óbvia e indiferenciada, um aumento da culpabilidade" dos conseguintementes da culpabilidade pelo forma mais ou menos óbvia e indiferenciada, um aumento da culpabilidade culpabilidade" de forma mais ou menos óbvia e indiferenciada, um aumento da culpabilidade culpabilidade" de forma mais ou menos óbvia e indiferenciada, um aumento da culpabilidade culpabilida

Em todo caso, ambas consequências, inescapáveis sobre a base do princípio de culpabilidade pelo fato, não se extraem nem no plano legislativo nem no judicial: em primeiro lugar, porque o que se debate não é a regra em si mesma, senão sua correta aplicação; e, em segundo lugar, porque as extensas explorações psicológico-individual necessárias em geral, não podem ser concluídas, senão que presumivelmente a prática haveria de conformar-se com o conhecimento dos antecedentes criminais, segundo os casos em relação com uns poucos indícios mais fáceis de obter, e excluindo-se grupos típicos de casos excepcionais, como os fatos conflitantes, passionais ou impulsivos ⁴⁹³.

Assim, nem no programa da lei e nem no cumprimento desta se acolhe verdadeiramente o princípio da culpabilidade pelo fato, dotado de dignidade constitucional: não no plano da lei, porque se inverteu a relação regra-exceção; e tampouco no plano da aplicação da mesma, porque a fórmula da advertência indeterminada, e, além disso, dificilmente compreensível, por razões de praticabilidade não está em absoluto em

⁴⁹² Idem, p. 188. Cf. FROSCH, Hartmut. **Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1.976, p. 105. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁹¹ Ibidem. Cf. FROSCH, Hartmut. **Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1.976, p. 117. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira

⁴⁹³ Ibidem. Cf. KÜRSCHNER, Wolfgang. **Die materielle Rückfallklausel des § 48 StGB**. Heidelberg: Kriminalistik-Verlag, 1.978, pp 72 e 74. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

condições de cumprir a função para a que há sido concebida, a saber, assegurar a compatibilidade com o princípio da culpabilidade pelo fato. Certamente, em todos os níveis de Direito se segue verbalmente o princípio da culpabilidade, sem que, se haja criado as condições que possibilitariam uma realização estrita e consequente do mesmo. Desse modo, o programa *aparente* da lei tem seu contraponto num programa *latente e informal*, que regem na prática. Portanto, não surpreende a inseguridade sobre a aplicação prática da fórmula, isto é, de que o juiz "por regra geral se conformará com os requisitos formais", de que o preceito da reincidência abarcaria "a praticamente todos os reincidentes, sem atender-se à estrutura de sua personalidade nem às circunstâncias que lhes rodeiem", 494.

Com efeito, este fenômeno de execução (*Implementationsphänomen*)⁴⁹⁵ merece especial atenção. O interpretamos⁴⁹⁶ - ao igual que outras inconsistências e contradições, que descobre a consequente análise dogmática do Direito vigente – como sintoma de tendências sociais reprimidas e silenciadas que contradizem a ideologia oficial do Direito penal – na que se inclui indubitavelmente ao princípio da culpabilidade – e a obrigam a um compromisso⁴⁹⁷. Por influxo da ideologia oficial o compromisso não pode descobrir-se e fazer-se transparente, senão que deve ser encoberto e dissimulado; de tal modo, a confissão da existência de um compromisso significaria a destruição da aparência de um sistema harmônico, livre de contradições e coerente em si. No mais, a ciência do Direito Penal deve se negar à produção de tal aparência; e, desde um ponto de vista de política social e de política criminal, não se ganharia nada com negar e reprimir as forças contrárias. Estas devem ser elevadas à consciência social, de modo que podem fazer-se discutíveis, transformáveis e cultiváveis na sociedade⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ Idem, p. 189. Cf. FROSCH, Hartmut. **Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1.976, pp. 108 – 118. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁹⁵ Ibidem. Cf. MAYNTZ, Renate. *Die Implementation politischer Programme: Theoretische Überlegungen zun einem neuen Forschungsgebiet*, in: **Die Verwaltung**, Heft I, 55 ff., 1.977, pp. 51 e ss. KÜRSCHNER, Wolfgang. **Die materielle Rückfallklausel des § 48 StGB**. Heidelberg: Kriminalistik-Verlag, 1.978, pp 07 e ss. TREIBER, Hubert. **Vom Nutzen und Nachteile der Sozialwissenschaften für das Strafrecht.** Munique, 1.978, t. 2, comp, por LÜDERSSEN/SACK, 1980, pp. 444 e ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁹⁶ Ibidem. Cf. HAFFKE, Bernhard. **Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie**, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1.978, pp. 51 e ss. (reimpresso em *Kriminologie im Strafprozess*, comp, por JÄGER, 1980, pp. 133 ss.). (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁴⁹⁷ Ibidem. Os termos *Kompromissbildung* (formação do compromisso) e *Symptombildung* (formação de sintoma), em LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. **Das Vokabular der Psychoanalyse.** Frankfurt Loch W: Suhrkamp, 1.967.
⁴⁹⁸ Ibidem.

Logo, as divergências que resultam do fato de que o princípio da culpabilidade pelo fato se mantenha de modo verbal, mas faticamente se prescinda disso, põe em relevo a possibilidade de que se exclua a agravação em certos casos de reincidência qualificados como "exageração psicológica"⁴⁹⁹, estimando-se, ao contrário, que a obrigatoriedade da agravação em casos de reincidência resultava "obvia"⁵⁰⁰ e respondia a um "sadio princípio" e a um "velho uso". Dessa forma, acredita-se convincente as teses a respeito formuladas por Stratenwerth⁵⁰¹ e recentemente formulada por Streng nos seguintes termos:

"A tendência a castigar os autores previamente castigados e, em especial, aos reincidentes, de modo agravado no que diz respeito ao autor primário, se funda também na necessidade de reafirmar a norma e superar a sensação de temor. Com efeito, o sujeito que resulta punível de forma reiterada põe absolutamente em questão a renúncia ao impulso praticada pelo 'justo'. Não só seu fato, mas incluso sua personalidade global e sua condução da vida parecem contradizer as exigências da vida em comunidade. Um desprezo tão elevado da necessidade de uma renúncia individual em favor da comunidade gera nos concidadãos a correspondente necessidade de uma pena agravada. Certamente, só no caso de que se produza o correspondente castigo do infrator do Direito pode manter-se que a própria tabuização, a múltipla renúncia aos próprios impulsos, é algo que mereça a pena. Ademais, o reconhecimento de que o autor não pode ser movido à fidelidade à norma mediante a sanção conduz a sensações de uma intensa ameaça que se expressa em fortes necessidades de sanções" 502.

Portanto, no caso de que a tese que se acaba de formular, e que naturalmente necessita ser elaborada de modo mais preciso, é reforçada em termos sociológicos e de psicologia social, seja correta, deixa claro que não é possível nem admissível levar a sério o conteúdo descritivo da fórmula da advertência (segunda premissa). Com efeito, de tomá-la a sério, ela põe em questão de modo nuclear o mesmo

⁴⁹⁹ Idem, p. 190. Cf. DREHER. **Protokolle des Sonderausschusses für die Strttfrechtsreform.** Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, p. 2187. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁵⁰⁰ Ibidem. Cf. MÜLLER-EMMERT. **Protokolle des Sonderausschusses für die Strttfrechtsreform.** Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, p. 2188. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁵⁰¹ Ibidem. Cf. STRATENWERTH, Günter. **Tatschuld und Strafzumessung** (*Recht und Staat*, 406/407), Tübingen: Mohr, 1.972. pp. 18 e 19. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁵⁰² Ibidem. Cf. STRENG, Franz. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 92, Berlin, 1.980, pp. 637 ss., 615 e 616. HELMKEN, Dierk. **Deutsche Richterzeitung**. German, Heidelberg, 1.980, pp. 62 ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

preceito legal da reincidência, com todas as suas raízes de psicologia social. O conceito de "incremento da culpabilidade pelo fato", que há de legitimar verbal e formalmente a agravante de reincidência, aplicado à matéria substância e de conteúdo, destrói por si mesmo, sem o querer, a norma que precisamente haveria de fundamentar e justificar⁵⁰³.

Ainda, as escalas de imputação subjacentes ao preceito da reincidência e que produzem uma impressão tão simples e arcaica não têm lugar no foro da razão jurídico-penal *ilustrada*. Consequentemente, é preciso buscar e achar a conformidade com a ideologia jurídico-penal dominante, com o postulado constitucional do princípio da culpabilidade pelo fato. Este dilema consiste em harmonizar dois princípios divergentes, só se resolve (aparentemente) simulando efetuar uma descrição (com o fim de sugerir a coincidência com o princípio da culpabilidade pelo fato, que na prática não se faz efetivo e só poderia fazer-se efetivo ao preço de profundas contradições valorativas e dissonâncias no sistema atual do Direito penal). Este *pseudo-descritivo* caracterizou para Haffke, como não descritivo, posto que, com o subterfúgio das expressões descritivas, na realidade têm lugar as imputações, cujas escalas e critérios seguem sem ser investigados, mas que, em todo caso, não se ajustam ao conteúdo daquelas expressões superficiais ⁵⁰⁴.

Assim sendo, o que o jurista prático deve realizar ao aplicar a lei é uma complicada operação de equilíbrio entre aparência e realidade, que requer muito tato. Este movimento entre o fático e o fictício, específico da profissão, a que Lautmann⁵⁰⁵ se referiu em outro contexto de modo muito gráfico, e que no fundamento não constitui senão uma modificação e atualização do tema *iusfilosófico* clássico da relação entre o ser e o dever ser, agravado e exacerbado pela integração das ciências sociais empíricas, explica, voltarse agora ao ponto de partida dessas considerações, os *problemas de comunicação existentes entre juristas e investigadores das ciências sociais*. Se não se compreende o jogo linguístico, isto é, se o investigador das ciências sociais cai no sentido superficial dos conceitos jurídicos e lhe toma a palavra ao jurista, então a confusão de línguas é inevitável e completa. No mais, o jurista não pretende que se entenda tão literalmente: seu interlocutor, o sociólogo, não advertiu do nicho oculto entre a fachada de seriedade e o

⁵⁰³ Ibidem.

⁵⁰⁴ Idem, p. 191. Cf. KUHLEN. **Die Objetktivität von Rechtsnormen**, 1978, pp. 91 ss. *Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 191.

⁵⁰⁵ Ibidem. Cf. LAUTMANN, Rüdiger. Vom Nutzen und Nachteile der Sozialwissenschaften für das Strafrecht. Frankfurt: Athenäum, 1.980, t. 2, comp, por LÜDERSSEN/SACK, 1980, pp. 610 ss., 619. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres)

profundo rigor, não percebeu o sinal borrado além da mensagem explícita. O acordo só pode ter lugar se o jurista deixar claro a sua mensagem desde qualquer perspectiva, ou bem se o sociólogo se apercebe daquele ato de equilíbrio, decifra a mensagem secreta e simula que se levará a sério e cumprirá rigorosamente o encargo de emitir um ditame⁵⁰⁶.

Desse modo, é evidente a exigência moral de ser mais honesto ou levar realmente a sério o princípio da culpabilidade, ou expressar abertamente e reconhecer que uma necessidade de pena intensificada exige nos reincidentes uma agravação da pena. Ademais, dever-se-ia manter a cabeça fria e não ceder demasiadamente rápido a esta impressão. Do contrário, priva-se de outras importantes possibilidades de conhecimento. Com efeito, de modo prévio a qualquer desarme moral, merece uma explicação sociológica ou de psicologia social o surpreendente fenômeno de que não sucede nem a um nem o outro, incluso que nem sequer é possível que suceda baixo o domínio da ideologia jurídicopenal oficial e por isso deve recorrer-se à aparência de conceitos descritivos. Em outras palavras: busca-se uma explicação do fato de que o Direito, em especial o Direito Penal, não pode prescindir da aparência de conceitos descritivos. Assim, assinala Popitz⁵⁰⁷ que "as normas não podem resistir à luz direta, mas precisam algo de crepúsculo". E que "o sociólogo constatará que esta hipocrisia é funcional, na medida em que proporciona à norma o que necessita: a santidade e a aparência". Portanto, a dignidade e santidade da norma se garantem melhor mediante a utilização de conceitos descritivos, subtraídos em princípio à controvérsia. Sem embargo, também estabiliza a norma esse claro-escuro de ambiguidades e enganos que se produz por força de "alternância entre fato e ficção" 508 não dirigida metodicamente, dada a falta de controle racional. E a síntese realmente questionável de tudo isso proporciona à norma, por servir-se da formulação de Popitz, o que esta necessita: a saber, "a santidade e a aparência" ⁵⁰⁹.

Ante todo exposto, no processo e a fundamentação da valoração que tem de acometer e desenvolver a ciência do Direito penal como *ciência normativa*, isto é, ou hermenêutica ou político-criminal, a descrição e análises exatas e conscienciosas da realidade do Direito penal intervêm como um fator mais, junto a muitos outros.

_

⁵⁰⁶ Ibidem.

⁵⁰⁷ Idem, p. 192. Cf. POPITZ, Helmut. **Sobre la eficacia preventiva del no saber** (*Recht und Staat*, 350), s/e, 1.968, pp. 12 e 14.

⁵⁰⁸ Ibidem. Cf. LAUTMANN, Rüdiger. **Vom Nutzen und Nachteile der Sozialwissenschaften für das Strafrecht.** Frankfurt: Athenäum, 1.980, t. 2, comp, por LÜDERSSEN/SACK, 1.980, pp. 610 ss., 619. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

⁵⁰⁹ Ibidem. Cf. POPITZ, Helmut. **Sobre la eficacia preventiva del no saber** (*Recht und Staat*, 350), s/e, 1.968, p. 14.

Certamente, essas análises constituem um pressuposto indispensável de uma valoração fundada, diferenciada e adequada à matéria, mas, desde logo, não o único. A complexidade se incrementou muito com relação à mera análise dos fenômenos: assim, por apresentar alguns problemas e questões, não só é preciso conceber uma "utopia concreta" para lidar com o comportamento desviante, mas que é necessário para desenvolver uma estratégia e fundamentar como pode alcançar-se esse fim. No mais, não se trata de que só se pode fazer-se efetivo valorativamente o que pode encontrar e mostrar-se faticamente. Em uma política criminal racional deveria estar claro, assim mesmo, que a realidade do Direito Penal merece levar-se a sério e não pode ser dissimulada nem eliminada. Com efeito, tais mecanismos de defesa não resolvem os problemas sociais, porém, só os encobrem ou desviam sem fazerem-se acessíveis a um tratamento consciente e racional pela opinião pública profissional e social⁵¹⁰.

Enfim, sendo a *interpretação* "política criminal no pequeno", a complexidade aumenta mais, ou seja, o sujeito que aplica o Direito não só têm que decidir de modo incidental, eventualmente até mesmo não consciente, as questões tratadas, mas que também terá de legitimar sua decisão conforme a lei. Assim, uma vez que um acordo sobre a estratégia político-criminal resulte plenamente razoável e funcional, leva-se a sério os conceitos pseudo-descritivo, e usa-se o texto contra o sentido e contra a prática tradicional, isto é, por formulá-lo paradoxalmente, praticar *política criminal legal contra legem*. Com efeito, tal processo é adequado para a racionalidade e a cientificidade, e não porque com ele se cumpra a lei ou a vontade do legislador, mas porque no discurso científico a *utopia concreta* é disposta como fundamento e as estratégias introduzidas para sua realização se mostraram como *racionais*⁵¹¹.

4.9 A medida da pena na lei e na sentença (Graduação judicial da pena)

A lei penal determina a condição da pena (o fato qualificado como crime), mas, não apenas isso, como também o que a pena compreende sob o ponto de vista

_

⁵¹⁰ Idem, p. 194. Cf. LÜDERSSEN, Klaus. **Erfahrung als Rechtsquelle.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1.972, pp. 50 ss. LÜDERSSEN, in: HASSEMER, Winfried; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; WEISS, Manfred. **Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften**. Tübingen; Mohr, 1.978, pp. 53 ss. (Os textos foram traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

Idem, p. 195. Cf. HASSEMER, Winfried. **Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik.** Hamburg: Rowohlt, 1.974. (O texto foi traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres).

da qualidade e da quantidade, uma vez que isso é imposto pela natureza do direito público de punir, como limitação imposta pelo poder público ilimitado em si mesmo. Neste sentido, observa-se que essa determinação estabelecida a princípio pela lei de modo definitivo, absoluto, só no decurso do desenvolvimento foi abrindo espaço a graduação da pena pelo juiz. Assim, tanto a legislação das XII tábuas, como a do tempo das *quaestiones perpetuae*; não admitia alternativa, que não a imposição ou a não imposição da pena inalteravelmente fixada pela lei; foi no período imperial que, com o ampliar-se da ideia da *extraordinaria cognitio*, se conferiu ao juiz a atribuição de graduar a pena, conforme as circunstâncias do caso concreto⁵¹².

Com efeito, na idade média alemã ao direito estatuído, também só se encontram cominações absolutas, mas supridas pelo "julgar segundo graça". A graduação judiciária da pena só tomou importância no direito comum posterior em razão de ir-se alargando mais e mais o campo das penas arbitrarias e de aparecerem novas penas em lugar das que tinham sido cominadas; mas como faltavam regras dadas pela lei para a determinação da pena, bem como princípios científicos relativos ao modo de graduá-las, a administração da justiça decaiu em um arbítrio sem limites. A doutrina oposta foi defendida em todo o seu rigor pelos escritores do período filosófico que não recuavam ante nenhuma das consequências da sua intuição (Código Penal Francês de 1791): queriam o juiz adstrito a letra da lei. Desta luta surgiu o sistema que domina na legislação do século XIX, isto é, o sistema das cominações penais, relativamente determinadas, e da escala penal, que se desenvolve entre um mínimo e um máximo de pena⁵¹³.

No mais, na legislação imperial o número e a importância das cominações absolutas são secundários, ou seja, encontram-se somente nos casos em que tem aplicação a pena de morte e a multa, quando esta deve ser calculada como múltiplo ou fração de uma determinada quantia. Também, na legislação imperial domina o sistema da escala penal ou das cominações penais relativamente determinadas, em que essa relatividade pode consistir, primeiro, em que o legislador, fixando o máximo e o mínimo de um gênero de pena, deixa livre a escolha ao juiz dentro desses limites. Neste caso não devem ser tomados em consideração somente o máximo e o mínimo estabelecidos pela lei, senão os graus intermediários que se determinam segundo o modo do calculo, e especialmente na penas de prisão, conforme a unidade que a este serve de base. Deste

⁵¹² VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão.** Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, t. I, v. 1, 1899, pp. 443 e 444.

-

⁵¹³ Idem, p. 444.

modo, "a reclusão até 15 anos" compreende 169 graus; "o encarceramento até cinco anos" pode ter 1826 graus (ano bissexto); "a prisão em fortaleza até 15 anos", 5478 graus, "a detenção até 06 semanas", 12 graus. Enfim, sendo o mínimo na pena de reclusão um ano, a totalidade dos graus vem a ser 14 x 12 + 1 = 169. Sendo o mínimo na pena de encarceramento um dia, tem-se para a totalidade de graus 865 x 5 + 1 (ano bissexto) = 1826. Com relação a prisão em fortaleza, o cálculo será 365 x 15 + 3 (anos bissextos) = 5478. A partir de um segundo momento, o legislador deixa livre ao juiz a escolha entre duas ou mais gêneros de penas (também limitadas por um máximo e um mínimo). Portanto, em tais casos o juiz deve aplicar aos delitos menos graves a pena mais leve, e podendo escolher entre a reclusão e a prisão em fortaleza, por exemplo, em que só deve preferir aquela quando verificar que o agente se deixou levar por motivos abjetos. Por fim, em uma terceira circunstância, a lei, em muitos casos, deixa ao arbítrio do juiz aplicar uma ou duas penas principais, ou ainda aplicar com a pena principal uma acessória 514.

Consequentemente, dentro dos limites legais o juiz tem de medir a pena aplicável ao crime individualmente dado; tem de resolver *in concreto* o problema que o legislador resolveu *in abstrato*, ou seja, o juiz deve achar a equação entre a culpa e a pena; e na não solução deste problema está o defeito capital da nossa atual administração da justiça. Ademais, esta determinação da pena dentro dos limites legais é o que se chama *graduação da pena*, e as circunstâncias pelas quais se guia o juiz em tal operação chamam-se *agravantes* e *atenuantes*⁵¹⁵.

Assim sendo, ainda que o legislador estabeleça a escala penal aplicável a certo crime com bastante amplitude e de modo a permitir que seja levada em conta a maior ou menor gravidade dos casos correntes, podem dar-se casos excepcionais, em relação aos quais a escala penal ordinária pareça muito estreita e em que, portanto, conviria elevar a pena além do máximo ou reduzi-la a proporções inferiores ao mínimo. Para tais casos a lei estabelece graduações especiais, quer para mais, quer para menos. Enfim, costuma-se dizer, então, mas com pouca exatidão, que se dá *modificação da pena* e que essa modificação se distingue em *agravação* e em *atenuação*. Segundo a tecnologia alemã, *Strafzumessungsgründe* ou circunstâncias gradativas são as que determinam a graduação da pena nos limites da escala penal, e se distinguem em agravantes e atenuantes (*Strafmehrungs-* e *Strafminderungsgründe*). As *Strafänderungs-gründe* ou circunstâncias

⁵¹⁴ Idem, p. 445 e 446.

⁵¹⁵ Idem, p. 446.

modificativas da pena são as que permitem ultrapassar o máximo ou descer abaixo do mínimo da escala ordinária, ou mesmo a aplicação de um outro gênero de pena em virtude de disposições especiais de lei, e se distinguem em causas de agravação e em causas de atenuação (Strafschärfungs- e Strafmilderungsgründe)⁵¹⁶.

De tal modo, a inaplicabilidade, por considerações de fato ou de direito, de certo gêneros de pena, que considerados em si são suscetíveis de aplicação, dá lugar a conversão; o concurso de sentenças anteriores com sentenças que posteriormente tenham de ser proferidas na mesma causa, ou o concurso da pena a aplicar com outros males que o delinquente já sofrera dá lugar à imputação de pena. Deste modo, devem ser finalmente tomadas em consideração as disposições que o legislador estabeleceu relativas ao concurso de crimes ou delitos⁵¹⁷.

4.10 Da fixação da pena

A partir de um panorama histórico e sociológico apresentado nos primeiros capítulos dessa dissertação, observando-se a determinação da medida da pena desenvolvida ao longo deles, em que se verificam os diferentes momentos e conceitos pelo qual a pena passou, e, focando a evolução da sanção no Brasil, constata-se que as práticas punitivas dos povos indígenas não influenciaram a legislação brasileira⁵¹⁸.

No Reino de Portugal, desde 1.446, vigoravam as Ordenações Afonsinas, e posteriormente, em 1.521, estas tivessem sido substituídas pelas Ordenações Manuelinas, a incipiente colonização levada a efeito no princípio do século XVI e a divisão do território brasileiro em capitanias hereditárias fizeram com que somente as Ordenações Filipinas, de 1.603, tivessem aplicação efetiva no Brasil, especialmente pelo fato de que apenas após a criação da Relação da Bahia, em 1.609, foi organizada de forma concreta a administração da justiça no País. Portanto, o estudo sobre a fixação da pena ao longo da legislação brasileira partirá das Ordenações Filipinas⁵¹⁹.

As Ordenações Filipinas eram compostas de cinco livros, no Livro V (sobre direito penal) havia a previsão da pena de morte em formas variadas e cruéis, era

⁵¹⁶ Idem, p. 446 e 447. ⁵¹⁷ Idem, p. 447.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. 1: Introdução, norma penal, fato punível, p. 169.

⁵¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 209.

prevista para um largo espectro e condutas tidas por criminosas, tais como a bigamia, o incesto, os adultérios e os moedeiros falsos. Ademais, outras de caráter corporal, eram também cominadas para um grande número de infrações. Nesse sentido, entre despotismo e beatice, que confundia crime com pecado, a codificação não media a pena pela gravidade da culpa. A medida da pena somente visava a atender a um critério utilitário, o de aterrorizar a população⁵²⁰.

Consequentemente, grande parte das cominações (pena de morte ou de penas corporais), era fixa e não deixava qualquer espaço para uma individualização judicial da pena. O excesso de arbítrio e a indeterminação das penas em certas passagens do Livro demonstravam um autoritarismo exacerbado, utilizando-se o legislador da época de expressões como "até a nossa mercê" (para fixar o quanto duraria o degredo para certa espécie de rufião – Título XXXIII, §3º) e "e haja a mais pena que merecer, segundo o caso fôr" como acréscimo de pena, para além de ter a mão decepada, aos presos que cometessem lesão corporal (Título XXXV, 6), tudo isso já mencionado anteriormente na dissertação. Além disso, no Título CXIX havia previsão para os juízes negligentes que deixassem de cumprir a carta precatória de outra Justiça, ou seja, fixava-se o pagamento de vinte cruzados (a metade para quem o acusasse e a metade para a Câmara Julgadora) e o degredo pelo período de um ano para a África; mas, se o julgador de maior alçada entendesse ser o caso de mais pena, esta ser-lhe-ia aplicada "segundo o caso merecer" 521.

Assim, com enfoque do ponto de vista da determinação da medida da pena, conclui-se que as Ordenações Filipinas foram um exemplo de ausência absoluta de critério, em que o magistrado obedecia a uma cominação de penas fixas de maneira desmedida.

Posteriormente, com a proclamação da Independência do Brasil e a elaboração da primeira Carta Magna brasileira de 1.824, inspirada no liberalismo francês e norte-americano, trouxe um conjunto de direitos e garantias individuais (princípio da irretroatividade da lei, a pessoalidade da pena, a abolição dos açoites, torturas, marcas e todas as penas cruéis) influenciou a nova legislação penal do País que viria, ou seja, o Código Criminal do Império do Brasil, de 1.830⁵²².

⁵²⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica.** Bauru: Jalovi, 1980, p. 07.

⁵²¹ MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal, cit., pp. 130 e 131.

522 GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1.954, v.1, t. I, p.120.

Além disso, vale observar que houve outros antecedentes importantes ao Código Criminal de 1.830, como o Projeto de Código Criminal de 1.789, de Pascoal de Mello Freire em Portugal (inspirado em Beccaria e professor de Bernardo Pereira de Vasconcelos, cujo projeto, assim como o de Clemente Pereira, fora levado em consideração para a elaboração do Código), o Código Francês de 1.810, o Código da Baviera de 1.813, o Código de Louisiana e o Código Napolitano de 1.819⁵²³.

Por conseguinte, o Código Criminal de 1.830 tinha um "esboço de indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando, já os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega" no que se refere à aplicação da pena⁵²⁴.

A indeterminação relativa era excessivamente acanhada, pois os temores liberais que influenciaram a codificação não permitiram maior arbítrio judicial, utilizando de forma calamitosa em tempos absolutistas e, nesse sentido, aparecem as penas previstas em três graus rígidos (mínimo, médio e máximo), os quais deveriam ser observados pelo magistrado segundo a incidência maior ou menor (art. 15) das circunstâncias agravantes (arts. 16 e 17) e das atenuantes (art. 18), sendo certo que, na dúvida, a pena deveria ser fixada no grau médio (art. 20)⁵²⁵.

No mais, é imperativo constatar que o sistema de agravantes e atenuantes do Código Criminal de 1.830 demonstrava a consciência do legislador de época no que se refere à necessidade de se punir diferentemente fatos intrínsecos ou extrinsecamente distintos. Nesse sentido, havia a redução da pena na tentativa (art. 34) e do cúmplice do autor (art. 35), bem como se considerava os motivos determinantes do crime, seja para agravar (motivo reprovado ou frívolo, art. 16, §4°), seja para atenuar (ter o delinquente cometido o crime em desafronta de alguma injúria ou desonra que lhe fosse feita, ou a seus ascendentes, descendentes, cônjuge ou irmãos, art. 18, §4°), assim como outras circunstâncias objetivas (agravante do emprego de veneno, incêndio ou inundação, art. 16, §2°) ou subjetivas (atenuante de menoridade de 21 anos, art. 18, §10). De tal modo, o Código do Império, além de previsão de punição menor para a tentativa, não negligenciou

MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1.956, v. 3, p. 84. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2.000, p. 287. PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980, p. 08.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**; cit., p. 121. ⁵²⁴ MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**; cit., p. 87.

MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal, cit., p. 132.

de outros efeitos gerados pelo fato criminoso, punindo com maior ou menor rigor segundo a extensão do dano (art. 17) e a sensibilidade do ofendido (art. 19) ⁵²⁶.

Assim, ao comparar o Código Criminal de 1.830 com as Ordenações Filipinas, o primeiro representou uma grande inovação em matéria de determinação e medida da pena, bem como uma melhor adequação da sanção (punição) em relação ao fato e ao delinquente, trazendo novos paradigmas de estipulação da pena ao caso concreto.

O Código Penal de 1.890, apesar de apresentar graves defeitos e excesso de severidade, não foi elaborado apenas com imperfeições, pois trouxe também boas inovações como o limite de trinta anos para as penas restritivas de liberdade, a abolição das penas infamantes, das penas perpétuas, de morte, de galés, de desterro, de degredo e de prisão simples.

Além disso, vale ressaltar que para os crimes políticos adotou-se a reclusão nas fortalezas e praças de guerras, ao passo que para os crimes comuns, a prisão celular, com isolamento no primeiro período da pena e com trabalho em comum e silencia durante o dia, bem como o livramento quando cumprida metade da pena, num sinal claro de adaptação dos sistemas conhecidos como Filadélfia, Auburn e o progressivo irlandês, com a finalidade de conseguir a recuperação do criminoso⁵²⁷.

Mas, com relação à aplicação da pena, verifica-se que o Código Penal da República pouco evoluiu, ou seja, mesmo que na maior parte das vezes cominasse as penas em mínimos e máximos, o que poderia indicar o arbítrio judicial, a fixação da pena entre os limites estabelecidos seguia uma enfadonha fórmula matemática e estava vinculada à presença de agravantes e/ou atenuantes, já que, do contrário, a pena deveria ficar no grau médio, como estabelecia o §1º do art. 62 (Nos casos em que este Codigo não impõe pena determinada e somente fixa o maximo e o minimo, considerar-se-ão tres graus na pena, sendo o grau médio comprehendido entre os extremos, com attenção ás circunstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão aplicadas na conformidade do disposto do art. 38, observadas as regras seguintes: §1º No concurso de circunstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será applicada no grau médio). Ainda, vale constatar o art. 38 mencionado no §1º do art. 62 (No concurso de circumstancias attenuantes e aggravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras: §1º Prevalecerão as aggravantes: a) quando

⁵²⁶ Idem, p. 133.

⁵²⁷ MACEDO SOARES, Oscar de. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1.910, pp. 139 e 140.

preponderar a perversidade do criminoso, a extensão do damno e a intensidade do alarma causado pelo crime; b) quando o criminoso fôr avesado a praticar más acções, ou desregrado de costumes. §2º Prevalecerão as attenuantes: c) quando o crime não fôr revestido de circumstancia indicativa de maior perversidade; d) quando o criminoso não estiver em condições de comprehender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequencia de sua responsabilidade. §3º Compensam-se umas circumstancias com outras, sendo da mesma importancia ou intensidade, ou de igual numero)⁵²⁸.

No mais, esse artigo 38 estabelece regras para graduação e aplicação das penas, gerando divergência doutrinária em que para uns este artigo estabelece cinco graus e que para outros estabelece os três graus: máximo, médio e mínimo. Nesse sentido, pode-se destacar que Bento de Faria reconheceu haver cinco graus de pena: máximo, médio, mínimo, entre médio e máximo e entre médio e mínimo. Além disso, observou que não tendo o Código regulado de que forma se encontraria os graus intermediários existentes entre o médio e máximo e entre o médio e mínimo, entendeu que o mais adequado fosse a pena resultante da metade da soma dos referidos graus⁵²⁹.

Entretanto, a posição de Bento de Faria não foi plenamente aceita, uma vez que o Tribunal de Justiça de São Paulo, num acórdão de 03/10/1.893 (Gaz. Jur. De São Paulo, v. 4, p. 58), entendeu que o juiz não estava obrigado a atender os critérios defendidos pelo referido jurista, mas poderia caminhar livremente entre o grau médio e mínimo, como a prevalência das atenuantes sobre uma agravante (menoridade do réu e da ausência de pleno conhecimento do mal sobre a de ter praticado o crime no período noturno), apenas um mês de prisão acima do mínimo previsto⁵³⁰.

Contudo, esse entendimento do Tribunal não prevaleceu por uma questão de coerência e de respeito à sistemática da legislação, já que pensar diferentemente colocaria em risco a própria existência do grau médio, adotado no art. 62, ou seja, se o juiz não pode aplicar qualquer pena entre o máximo e o médio e entre o médio e o mínimo, então o médio de que fala o Código na primeira parte do art. 62 é qualquer pena entre o

-

⁵²⁸ MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**, cit., pp. 134 e 135.

FARIA, Bento de. Annotações theorico-praticas ao Código Penal do Brazil: de acordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, nacionaes e estrangeiras. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1.913, v. 1, pp. 184 e 185.

⁵³⁰ Idem, p. 136.

máximo e o mínimo, o que não está no artigo citado e nem se conforma absolutamente com o pensamento do legislador⁵³¹.

Assim, não parece excessivo dizer que o teor do julgado mencionado parecia uma chamativa para se existir um maior arbítrio na fixação da pena, o que só aconteceria significativamente algum tempo depois.

De tal modo, o Código Penal de 1.890 sofreu várias críticas e diversas foram as tentativas de substituí-lo. Em 1.910 o Ministro Esmeraldino Bandeira declarava urgente a necessidade de um novo diploma penal, o que resultou na preparação do Projeto Galdino Siqueira, de 1.913, mas este não foi apreciado pelo Poder Legislativo da época. Em 1.927, foi publicada a parte geral e, em 1.928, o texto completo do Projeto de Virgílio de Sá Pereira, em que na sua Exposição de Motivos dizia que no exercício do arbítrio judicial devia o magistrado ter em conta, primordialmente, a defesa social⁵³². Nesse sentido, ao ser submetido a uma comissão presidida pelo desembargador autor, composta também por Evaristo de Morais Mário de Bulhões Pereira, o projeto assumiu novo formato e chegou a ser aprovado pela Câmara dos Deputados. Todavia, sua tramitação foi interrompida pelo gole de Estado de 1.937⁵³³.

Ao longo dessa época o Código Penal de 1.890 permanecia vigente, não obstante as inúmeras alterações e aditamentos sofridos. Ocorreram muitas modificações que houve a necessidade de sistematiza-las, e isto foi realizado pelo Desembargador Vicente Piragibe que as compilou formando o que se denominou de *Consolidação das Leis Penais*, oficializada por um Decreto em 1.932⁵³⁴.

Enfim, com o advento da Consolidação das Leis Penais nesse período, constatou-se que à fixação da pena não sofreu alterações na sua sistemática, pelo menos no que tange ao Código Penal da República, uma vez que foram até mantidos os mesmos artigos 62 e 38 do referido preceito legal⁵³⁵.

Logo, numa época posterior, no período do Estado Novo, surge o *Código Penal de 1.940*, ou seja, encarregou-se a Alcântara Machado a preparação de um anteprojeto de Código Penal que foi confeccionado rapidamente, tornando-se oficialmente

-

⁵³¹ MACEDO SOARES, Oscar de. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil;** cit., p. 163.

⁵³² LYRA, Roberto. LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal; cit., p. 179.

⁵³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**; cit., pp. 220 e 221.

⁵³⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**; cit., 10.

MASSUD, Leonardo. Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal, cit., p. 137.

o "Projeto de Código Criminal Brasileiro", com sua publicação em 15/05/1.938. Todavia, o Projeto foi submetido a uma comissão revisora composta por Vieira Braga, Roberto Lyra, Narcélio Queiroz e Nélson Hungria, a qual, manifestando divergência em relação ao projeto original, acabou por alterá-lo substancialmente. Por fim, sob a presidência do Ministro da Justiça, Francisco Campos, a comissão apresentou o projeto definitivo em 04/11/1.940, tendo sido sancionado em dezembro daquele mesmo ano, entrando em vigor, entretanto, apenas em janeiro de 1.942⁵³⁶.

Ainda, no que se refere ao sistema de fixação e medida da pena, o Código Penal de 1.940 demonstrou uma relevante e profunda alteração, não se assemelhando em quase nada à forma da Consolidação das Leis Penais e as legislações anteriores. Distante das fórmulas aritméticas, esse Código expandiu admiravelmente o arbítrio judicial, disponibilizando ao magistrado um autêntico roteiro de investigação das circunstâncias fáticas do crime e da pessoa do réu, permitindo-se, com isso, o exercício verdadeiro da tarefa de individualizar a pena, cuja fixação, agora, prendia-se tão-somente aos limites dos tipos penais, isto é, aos marcos mínimo e máximo da repreensão⁵³⁷.

Além disso, afastou-se da classificação dos delinquentes elaborada no Projeto de Alcântara Machado (ocasionais, por tendência, reincidentes e habituais). Com relação à dosimetria da pena, o Código de 1.940 apenas distinguiu os criminosos primários dos reincidentes, podendo estes últimos ser de caráter genérico ou específico⁵³⁸.

Por conseguinte, nesse Código constata-se que para a individualização da pena, não é necessário uma catalogação de espécies de infratores da lei, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação efetiva da pena. Portanto, o projeto toma um sentido individualizador. O magistrado, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e consequenciais, mas também o delinquente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42). O incriminado terá de ser apreciado por meio de todos os fatores, endógeno e exógeno, da sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menos desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu, ou seja, serão pesquisados o seu

⁵³⁷ MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos** para o fim do mínimo legal; cit., p. 138.

³⁸ Ibidem.

⁵³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**; cit., p. 222.

curriculum vitae, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar fato previsto como crime). Esta, em certos casos, é presumida pela lei, para o efeito da aplicação obrigatória de medida de segurança; mas, fora desses casos, fica ao prudente arbítrio do juiz o seu reconhecimento (art. 77) ⁵³⁹.

Todavia, quando o Código Penal de 1.940 trata da denominada periculosidade e das suas consequências, não apresentou soluções coerentes e adequadas. Ao instituir o chamado sistema duplo-binário, que aplicava pena privativa de liberdade e, em seguida, medida de segurança (para os criminosos tidos como perigosos), o novo estatuto penal abria as portas para a indeterminação absoluta da pena. Desse modo, podendo ser a periculosidade presumida pela lei, no caso, por exemplo, dos reincidentes em crime doloso (art. 78, IV), ou reconhecida pelo juiz, se a sua "personalidade e antecedentes", bem como "os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir" (art. 77), a medida de segurança consequentemente imposta após o cumprimento da pena só cessaria caso, "mediante exame do indivíduo", se verificasse que o mesmo havia deixado de ser perigoso (art. 81) ⁵⁴⁰.

De tal modo, há críticas a esse Código, sendo chamado de rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de "medida de segurança" pósdelituosas, que operavam por meio do sistema do "duplo binário", ou da "dupla via". Por esse sistema de "medidas" e da supressão de toda a norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar, dessa forma, a proibição constitucional da pena perpétua. Seu texto corresponde a um "tecnicismo jurídico" autoritário que, com a combinação de penas retributiva e medidas de segurança indeterminadas (própria do Código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de "indesejáveis", pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada⁵⁴¹.

Assim, observa-se que a sistemática de aplicação da pena e os critérios oferecidos pelo legislador de 1.940 não diferem da Reforma realizada em 1.984, isto é, constata-se a semelhança da redação do artigo 42 do Código Penal de 1.940 com a escrita

⁵³⁹ Exposição de Motivos do Código Penal de 1.940.

⁵⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte **geral**; cit., pp. 222 e 223. ⁵⁴¹ Ibidem.

do artigo 59 após a Reforma de 1.984 do Código Penal, realizando-se a análise desta posteriormente.

Com relação a todo o exposto sobre o Código Penal de 1.940, é imperativo fazer um adendo antes de analisar a Reforma de 1.984 que modificou a parte geral do Código Penal de 1.940, e mencionar o *Código Penal de 1.969*.

Nelson Hungria elabora o projeto original que vem a ser publicado em 1.963, sendo criticado com relação ao aspecto retributivo na cominação das penas. Esse projeto foi sancionado em 21/10/1.969, mas, antes que chegasse a viger, foi reformado em 1.973 (Lei 6.016/1.973). A Reforma teve como origem o projeto elaborado por uma comissão do qual faziam parte Antonio Carlos Penteado de Moraes e Francisco Papaterra Limongi Neto (membros do Ministério Público), bem como José Luis Vicente de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra e Manoel Pedro Pimentel (juízes do Tribunal de Alçada de São Paulo), tendo sido apresentado em 1.972 ao então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid⁵⁴².

Ao apresentar o projeto ao Ministro da Justiça, sugeria-se que a prisão fechada ficasse reservada aos indivíduos perigosos, deixando a maioria, de escassa ou nenhuma periculosidade, afastada do contato deletério dos presídios, os quais, mais esvaziados, poderiam servir de palco para um tratamento efetivamente adequado. Também, houve outras importantes alterações como a eliminação da distinção das formas de prisão (reclusão e detenção) e a introdução da prisão-albergue. Mas, antes de viger, o Código e sua Reforma foram derrogados pela Lei 6.578/1.978⁵⁴³.

Na aplicação da pena havia semelhança com o diploma anterior, mesmo o artigo 52 do Código de 1.969 ser diferente do artigo 42 do Código Penal de 1.940, ao referir-se ao juízo crítico que o condenado porventura fizesse em relação ao fato delituoso, ou seja, o artigo 52 dizia que "para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo, lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime". Dessa forma, verifica-se uma preocupação em tratar cada traço relevante da conduta criminosa; mas, na verdade, poderia se referir ao modo de

⁵⁴² GOULART, Henny. **Penologia I: origem e função.** São Paulo: Brasileira de Direito, [s.d.], p. 77.

⁵⁴³ MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**; cit., p. 141.

execução, o tempo, o lugar, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano simplesmente como circunstâncias e consequências do crime⁵⁴⁴.

Ao mesmo tempo, o Código de 1.969 dizia expressamente que se deveriam desprezar as frações de dia na pena privativa de liberdade (art. 55), a obrigatoriedade de fundamentação da sentença (art. 56) e o estabelecimento de frações determinadas para as agravantes e atenuantes, preservando os limites do tipo penal (art. 59). Além disso, referia-se à recuperação social do sentenciado como uma das finalidades a ser atingida pela execução da pena (art. 37), uma previsão que apresentava um desenvolvimento quando se comparava com as legislações pretéritas, os quais não faziam essa previsão. Também, esse Código estabeleceu, em alguns tipos penais, somente o máximo da pena, como por exemplo a lesão corporal grave (art. 132, §1°) e na seguida de morte (§3°), omissão de socorro (art. 138), injúria (art. 144), ofensa a memória dos mortos (art. 147), ameaça (art. 154), sequestro ou cárcere privado (art. 155), violação de domicílio (art. 180), comércio de entorpecente (art. 314) e corrupção ativa (art. 374)⁵⁴⁵.

Enfim, mesmo com todo esse conteúdo, o legislador de 1.969 apresentou uma impropriedade em seu escrito, isto é, desapareceu com o mínimo legal de forma aleatória, não justificando no corpo da lei e nem na Exposição de Motivos o porquê o fizera. No mais, apesar de tudo isso, verificou-se que o Código Penal de 1.969 não entrou em vigência em nenhum momento, permanecendo o Código Penal de 1.940 que, em 1.984, sofreu uma importante reforma.

A reforma da Parte Geral em 1.984, do Código Penal de 1.940, originouse da comissão presidida por Francisco de Assis Toledo, composta por Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Hélio da Fonseca, com a colaboração de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. Em 1.981 foi publicado o anteprojeto e logo em seguida designou-se uma comissão revisora composta por Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior. Afinal, os trabalhos de revisão foram concluídos em 1.982 e tornouse a Lei nº 7.209, de 11/07/1.984⁵⁴⁶.

Com essa reforma, no que diz respeito à aplicação da pena, a nova Parte Geral do Código Penal aboliu o sistema do duplo-binário e com isto retornou-se o direito

⁵⁴⁴ Idem, p. 142. ⁵⁴⁵ Ibidem.

⁵⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral; cit., p. 224.

penal da culpabilidade, excluindo a medida de segurança para os chamados delinquentes perigosos e diminuindo consideravelmente os efeitos da reincidência⁵⁴⁷.

Além disso, vale destacar que foram mencionadas no artigo 59 do Código Penal as finalidades da pena a serem ressaltadas pelo juiz no momento da aplicação da pena, isto é, "o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime".

Nesse sentido, aparece uma nova postura com relação a dar valor ao momento de aplicação da pena e, também, para demonstrar que a ausência de uma valoração concretamente finalística esvaziaria de sentido qualquer substância⁵⁴⁸.

Ademais, depois da Reforma da Parte Geral de 1.984, ocorreu a incorporação, no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito à finalidade da pena, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que foi definitivamente integrada à legislação nacional por meio do Decreto 678, de 06/11/1.992 (com supedâneo no Decreto Legislativo 27/1.992). De tal modo, no artigo 5°, n. 6, desta Convenção, observa-se que países signatários resolveram atribuir à punição um caráter de prevenção especial positiva, no que tange às penas privativas de liberdade, em que o juiz na dosimetria de sanção deverá "ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados" ⁵⁴⁹.

Assim, por todo o exposto, verifica-se uma análise da fixação da pena ao longo da história legislativa brasileira, com ressalvas ao Capítulo 1 e 3 para compreensão.

_

⁵⁴⁷ Idem, p. 225.

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**; cit., p. 144. ⁵⁴⁹ Ibidem.

CONCLUSÃO

Ao elaborar a dissertação com o tema "adequação de pena: reflexões e sugestões" há como foco a ideia da evolução da punição ao longo da história, bem como se existia ou não uma medição ou fixação da sanção adequada para os delitos cometidos, segundo valores humanos, até os dias atuais. Nesse sentido, observando os capítulos e tópicos desse trabalho, procurou-se concluir de forma linear e por pontos, seguindo a ordem estipulada, sendo assim, verifica-se que:

- 1 Na sociedade primitiva o delito é transgressão de uma gerência divina e ofende, primeiramente, a divindade, e, desse modo, nasce um poder de vida e de morte sobre os membros do grupo social, conferido ao chefe da organização, que assume também a autoridade sacerdotal, em que esta distribui as penas extremamente cruéis sem qualquer proporção entre o caráter da desobediência e o castigo. Nesse período não existia o Direito Penal, mas, tão somente, o dever de punir aquele que violasse determinadas regras sociais e com isto ofendesse os Deuses;
- 2 Com o passar dos tempos, ainda permaneciam os vestígios da vingança privada, administrada pelo poder central; porém, apenas duas ou três décadas antes de Cristo é que a vingança privada foi substituída pela administração estatal por meio do *jus puniend*. O legislador deixou de manifestar-se em nome dos Deuses e passou a exercer seus poderes em nome do próprio povo; dessa forma, a lei deixava de ser tradição sagrada e a punição passa a interessar exclusivamente à comunidade afrontada pelo delito;
- 3 Mesmo com a vingança privada presente em determinadas normas, o legislador desse período preocupa-se em estabelecer uma nova "adequação da pena", isto é, a *vindita* era proporcionada à ofensa e, além disso, era facilitada a composição voluntária em dinheiro;
- 4 A composição autorizava a transferência do aspecto pessoal para o patrimonial, em que haveria um valor econômico para indenizar a vítima e sua família pelo dano sofrido, com a preocupação de existir uma proporcionalidade entre o dano e a reparação. Quando não se era aplicada a compensação, pode-se dizer que a pena de prisão praticamente não existia, pois servia apenas como depósito de execrados aguardando o término de sua tortura e mutilação para, em seguida, serem executados;
- 5 Na visão do homem medieval, todas as coisas eram derivadas de Deus, não só o poder como o direito de punir eram delegações divinas e, nesse raciocínio, a pena versava numa espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação

como forma de salvação da alma para a vida eterna; chegava-se ao entendimento de que a morte não concedia libertação da penitência, ou seja, se um homem morria antes de completar a penitência a ele imposta, isto era interpretado como condenação divina, bem como a sua sentença não fora suficientemente severa aos olhos de Deus;

- 6 Na Idade Média o delito passou a significar ofensa a um Deus único, em que o transgressor das normas deveria prestar contas, diferentemente dos primórdios da antiguidade ao qual a pena tinha por fim a satisfação de diversas divindades, isoladas ou não. Existia confusão entre crime e pecado, ou seja, o delituoso era visto, ao mesmo tempo, como pecador e, por meio do acoimo, salvar-se-ia para a vida eterna. Isso demonstrava uma "adequação" primitiva e agressiva ao "delinquente" da época;
- 7 A punição sofreu grande influência da filosofia desenvolvida pela Igreja e pelo poder secular da época. As ideias refletem o sentimento do homem medieval com relação à justiça divina e a pena terrena significava uma espécie de penitência, no sentido de conduzir o pecador (criminoso) ao arrependimento, antes de submeter-se ao juízo final. A retribuição penal, no que tange à "medida da pena", deveria ser proporcional ao mal praticado pelo infrator, ou seja, essa proporção estaria fundada não no tempo de duração do crime, mas no de sua intensidade, em que o mal da ação será expiado pelo mal da pena;
- 8 Essa "adequação da pena" ao crime cometido perdurou por um longo período até chegar à fase conhecida como "Iluminismo", observando-se que num primeiro momento, no "Absolutismo", as punições rigorosas previstas nas Ordenações do Reino tinham o objetivo de intimidar a população e reafirmar o poder soberano, bem como o crime de lesa-majestade que representava ofensa direta à pessoa do rei, no qual versava numa traição em que os culpados eram punidos com morte cruel e tinham seus bens confiscados;
- 9 Em termos de proporção, de "dosimetria da pena", a punição sempre ultrapassava a gravidade do crime cometido e os suplícios integravam o próprio cerimonial da justiça penal daquela época, em que os cadáveres eram queimados e as cinzas jogadas ao vento; os corpos dos condenados eram arrastados e depois expostos à beira das estradas. O corpo do condenado não deixava de ser perseguido pela justiça, mesmo após a morte;
- 10 No "Absolutismo" a pena continuava impregnada de fundamentos religiosos como uma espécie de *vindita* à transgressão divina, o sofrimento tinha o objetivo de salvar a alma do pecador para a vida eterna e ainda visava abrandar suas culpas ou absolvê-lo perante Deus, como uma forma de penitência;

- 11 Na essência do "Iluminismo", com *Beccaria*, o direito de punir fundamenta-se na segurança geral da sociedade e, aliás, a aplicação das penas no que se refere a "medida da pena" não deve traduzir vingança coletiva, mas, sim, uma justiça preocupada com a prevenção do crime e a recuperação do criminoso, ou seja, é o cuidado com o bem comum que deve visar apenas à defesa da coletividade e à utilidade pública; com esse raciocínio *Beccaria* afirma a inutilidade da pena de morte e do direito de vingança;
- 12 O artigo 8º da Declaração de 1.789 preceituou que a legislação só deve estabelecer penas estritas e necessárias, passando a constituir um dos fundamentos do Direito Penal contemporâneo, como o atual Código Penal Brasileiro ao determinar no artigo 59 que a pena seja fixada segundo o critério de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime;
- 13 Vale destacar o pensamento classicista alemão de Paulo Anselmo de Feuerbach, em que a pena constitui um instrumento para a conservação da ordem e da segurança social, ou seja, a pena não tem cunho retributivo, mas preventivo. Feuerbach visualizou na prevenção verdadeiro sentido de ameaça, que chamou de coação psicológica, para intimidar as pessoas, impedindo-as de cometerem o crime;
- 14 A partir do "Iluminismo" há a teoria da retribuição (absoluta) e a teoria da prevenção (relativa). A primeira pregava que a pena tinha finalidade retributiva, voltada ao castigo do criminoso. O fundamento da pena era a justiça e a necessidade moral, pouco interessando sua efetiva utilidade, sem se preocupar numa "medida de pena" adequada. A segunda, considerada *relativa*, compreendia que a pena deveria ter um fim utilitário, consistente na prevenção geral e especial do crime, com uma preocupação a "dosimetria da pena";
- 15 Com a escola clássica, representada principalmente por Francesco Carrara, há uma manifestação contrária à pena de morte e às penas cruéis, asseverando que o crime seria fruto do livre-arbítrio do ser humano, devendo haver proporcionalidade entre o crime e a sanção aplicada, visando uma pena justa ao crime praticado. O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja reparado o dano sofrido, ou que se atemorizem os cidadãos; mas, sim, que seja restituída a disciplina externa social, pois o delito ofende todos os cidadãos e não apenas as vítimas, e com a pena, restabelece-se a ordem perturbada pela desordem do crime;
- 16 Na teoria correcional, a pena constitui um remédio no âmbito psíquico do criminoso, restabelecendo a força da legislação e garantindo a saúde social.

Compreende-se a punição como meio de buscar, de forma racional e necessária, a organização de vontade do criminoso, para que esta possa ordenar-se por si mesma;

- 17 Para aplicação e "adequação da pena", esta deve se utilizar de outras ciências que estudam o comportamento humano, como a antropologia criminal, a psicologia criminal e a sociologia criminal;
- 18 Com a *Terza scuola italiana* há aceitação do princípio da responsabilidade moral e a distinção entre imputáveis e inimputáveis; porém, não admite que a responsabilidade moral fundamenta-se no livre-arbítrio, acreditando apenas no *determinismo psicológico*, ou seja, o ser humano é determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável quem tiver capacidade de se deixar levar pelos motivos;
- 19 Com a Escola Alemã surge a compreensão do fim da pena como instrumento intimidador previsto de forma abstrata, destinando-se a assegurar os preceitos proibidos pela ordem jurídica. Aos homens de sentimentos inferiores, a pena coloca em perspectiva, como resultado do ato ilícito, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso às tendências criminosas, havendo um equilíbrio entre o crime e a punição da pena, como forma de "adequar" corretamente a punição ao delito praticado;
- 20 A pena justa é a pena necessária, isto é, aquela capaz de proporcionar a *satisfação* da vítima em ver o criminoso punido, como uma forma de compensação afetiva, seja para o ofendido ou para a sociedade, ainda que não repare o dano causado pelo crime. O sistema penal atuará em defesa da ordem jurídica, desempenhando seu papel de substituir a vingança privada e priorizando a prevenção especial;
- 21 Na Escola Técnico-Jurídica, a pena constitui uma reação e uma consequência do crime, com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis e refuta o emprego da filosofia do campo penal;
- 22 Com a nova concepção de "defesa social" o delito passa a ser entendido e estudado com fundamento em pesquisas criminológicas, segundo a realidade subjetiva do agente. Somente com base nesse estudo pode-se alcançar a pretendida individualização da pena, com vistas à reinserção social do condenado, porquanto só é possível compreender os atos criminosos a partir do estudo da personalidade do infrator. A pena deixa de ser exclusivamente retributiva, perdendo seu caráter de vingança ou de expiação, e passa ser utilizar medidas racionais de tratamento do criminoso, com a intenção de socializá-lo;

- 23 A evolução da "adequação da pena" apresentou pontos importantes no Brasil, constata-se que a partir das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, embora tivessem existido formalmente, pouca importância tiveram no Brasil no período das capitanias hereditárias, já que prevalecia o arbítrio dos donatários, transformando o regime jurídico num verdadeiro caos;
- 24 As primeiras legislações penais no Brasil, originárias de Portugal, tinham o escopo de manter a autoridade a qualquer custo, estabelecendo um regime de terror, sem qualquer método ou sistematização, com influência moral e religiosa, espelho do despotismo imposto ao povo português e aos colonizados no Brasil;
- 25 A "adequação da pena" anterior à Codificação é marcada pela intimidação geral, não havendo na prática uma preocupação para que o delinquente cumpra uma pena condizente com o crime cometido, pois se permitia o arbítrio no emprego das punições, que, em muitos casos atingiam a família do condenado. Além disso, observa-se que nesse período a proteção do monarca e influência religiosas foram as marcas dessa legislação;
- 26 Com o "Iluminismo", em razão dos propósitos humanitários, no Brasil se restringiram as penas aos delinquentes e eliminaram as sanções infamantes, dando lugar ao debate e a pretensão de codificação, o que foi possível com a Independência, em 1.822, e, com o advento do Império ocorreu à sustentação das Ordenações, apesar de ainda presentes as teorias liberais iniciadas com a Revolução Francesa e a Independência das 13 colônias inglesas;
- 27 O Código Imperial refletia as tendências de humanização e sistematização do Direito Penal, sob a influência do "iluminismo" e do contratualismo de Jean-Jacques Rousseau, já presentes na obra de Cesare Bonesana. Esse Código inovou substancialmente no que se refere à pena de multa, instituindo um sistema próprio, muito além dos demais praticados nos diferentes países, a tal ponto de pôr em evidência o *sistema de dias-multa* para a pena pecuniária;
- 28 No Código de 1.890 a pena conservava seu caráter instrumental tanto de prevenção quanto de repressão e dominação social;
- 29 O Código de 1.940 manteve a pena privativa de liberdade como defesa avançada da sociedade e com relação aos tipos penais foi cominada a pena privativa de liberdade e de detenção, algumas vezes, com a previsão de multa a ser aplicada concomitantemente ou, em alguns casos, alternativamente. Há, assim, poucos casos de

conversão da pena de prisão em pagamento de multa e há uma prevalência total da pena de prisão;

- 30 O Código de 1.940 ressaltou o trabalho do condenado, como forma competente para a reeducação do preso, em que essa atividade apresentava três aspectos: ético, penal e econômico. Dessa forma, evitava a ociosidade, como exigência moral; as forças individuais não poderiam ser utilizadas inutilmente como castigo, mas habituar o delinquente a um trabalho honesto, produtivo de valores e higiênico;
- 31 Em razão ao princípio da legalidade, constata-se que a pena pecuniária era a conferida à época dos fatos e qualquer atualização era considerada inconstitucional. De tal modo, devido à cobrança, perdia todo o significado retributivo ou penoso ao preso, já que se apresentava muitas vezes em valor irrisório. A insolvência absoluta isentava o condenado do pagamento, mas o artigo 39 aceitava a exigência da multa, depois que a situação econômica do réu admitisse o adimplemento da pena pecuniária;
- 32 O Código Penal de 1.969 cuidava expressamente a prevenção especial, determinando que a execução da pena devesse promover a recuperação do delinquente. Havia a previsão do regime de semiliberdade para condenados a pena não superior a seis anos de escassa ou nenhuma periculosidade e a substituição da pena de detenção não superior a seis meses por multa, observando como medida que o réu fosse primário, de pequena ou nenhuma periculosidade e tivesse reparado o dano antes da sentença. Todavia, depois do período de *vacatio legis* mais longo da história nacional, o novo Código foi revogado em 1.978, não entrando em vigor em nenhum momento;
- 33 A Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1.977 situou dois momentos para o emprego da pena, isto é, a fixação do *quantum* e a qualidade da sanção; com a determinação do grau de periculosidade, para se apurar o modo de execução, com a finalidade de ressocialização. Verifica-se nessa lei a amplitude das prisões fechadas, que se destinavam aos condenados com acentuada periculosidade. A adoção do estabelecimento aberto foi considerada um momento de sistema progressivo. Mas, uma modificação importante introduzida pela lei foi um sistema que reconhecia o caráter unitário da pena de prisão, mesmo que considerasse a dicotomia reclusão-detenção, em implicações importantes;
- 34 A reforma da parte geral do Código de 1.940, levada a termo pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1.984, foi extensa e realizada em clima de ampla discussão teórica e democrática, apesar de ainda se viver num regime autoritário. Destaca-se que

foram abolidas as penas acessórias, que eram aquelas aplicadas conjuntamente com a pena privativa de liberdade, bem como extinguiu o sistema do duplo binário, substituindo-se pelo sistema vicariante, isto é, aplica-se apenas a pena criminal ou apenas a medida de segurança, sendo a última aplicável apenas aos inimputáveis. Foi criado o sistema progressivo para cumprimento de pena, com o regime fechado, semiaberto e aberto, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena (*sursis*). Essa reforma alçou as penas restritivas de direitos à classe de penas principais e substitutivas das privativas de liberdade, apresentando uma tentativa de abrandar as sanções prisionais;

- 35 No sistema de penas, vale destacar cinco pontos fundamentais, isto é, o repúdio à pena de morte, a manutenção da prisão, a criação de novas penas patrimoniais, a extinção das penas acessórias e a revisão das medidas de segurança. Verifica-se a não utilização da reparação do dano à vítima como pena criminal, que poderia ter sido utilizada por meio da pena de *multa-reparatória*;
- 36 Observa-se no artigo 38 do Código Penal o respeito à integridade física e moral do preso, mas, não é apenas isso que merece destaque, ou seja, assegurou-se, também, o trabalho remunerado do condenado, garantindo-se os benefícios da Previdência Social, consoante o artigo 39;
- 37 A Lei 9.714/98 aceita a substituição da prisão por penas alternativas, desde que se trate de reprimenda penal fixada em no máximo de quatro anos, resta mantida a pena privativa de liberdade, quer para as infrações cuja pena seja superior a quatro anos, quer como meio coercitivo ao cumprimento das penas alternativas, pois a inobservância das regras instituídas para a execução das mesmas ocasiona a conversão em pena privativa de liberdade;
- 38 Verifica-se que pena é sempre reação ante a infração de uma norma: mediante a reação sempre se põe de manifesto que tem que se observar a norma. E a reação demonstrativa sempre tem lugar a custa do responsável por haver infringido a norma. Pena não se define negativamente, pois descreveria a pena só superficialmente, para ela tem que defini-la positivamente como uma amostra da vigência da norma a custa de um responsável;
- 39 No que se refere a "medida da pena", em sua adequação, há a chamada *teoria do espaço de jogo*. Nesta a pena tem que corresponder à medida da culpabilidade, devendo dar-se num marco limitado, em sua parte superior, pela pena que, todavia, é adequada à culpabilidade e, em sua parte inferior, pela pena que já é adequada à culpabilidade. No seio desse *espaço de jogo*, o magistrado determinará à pena atendendo a

critérios preventivos, enquanto que resulta inaceitável transbordar o *espaço de jogo* tanto para cima como para baixo dos limites estabelecidos em virtude da medida da culpabilidade;

- 40 A "medida da pena" depende da gravidade da lesão dos bens jurídicos e da intensidade da energia criminal. O princípio da culpabilidade corresponde aqui, como na fundamentação da pena, uma mera função de limitação impedindo que se tomem em consideração todas aquelas circunstâncias que o autor não pode conhecer e que, por tanto, não lhe podem censurar;
- 41 Se for abandonada a culpabilidade como base de medição da pena pode conduzir a uma medição puramente formal, que enlaça com os aspectos exteriores causais da lesão do bem jurídico;
- 42 Na medição da pena de um Direito Penal preventivo é, pois, preciso renunciar radicalmente a doutrina dominante na atualidade, que pretende considerar de forma incontrolável, na medição do *espaço do jogo* da pena adequada a culpabilidade, todas as sutilezas do comportamento do autor;
- 43 A medição da pena orientada à prevenção geral tem que fazer referência, em primeiro lugar, à magnitude da lesão do bem jurídico (a *gravidade do injusto*) e, em segundo lugar, à energia criminal manifestada no fato, na medida em que essas podiam ser conhecidas pelo autor e, para tanto, sê-la *imputadas subjetivamente*;
- 44 As considerações puramente preventivo-especial deveriam desempenhar um papel simplesmente no marco de decisões de prognóstico, como as que se exigem nos casos de suspensão da pena, de modo que as mesmas nunca podem incidir sobre a pena preventivo-geral em prejuízo do autor, mas também só em favor dele. Com isso se atende às visões realistas acerca das possibilidades limitadas de uma *correção mediante a pena*;
- 45 Vale destacar que uma vantagem decisiva situa-se no fato de se restabelecer a possibilidade de comparar e calcular a medição da pena, que, na doutrina dominante da atualidade, aparece fechada na personalidade; em consequência, se faz possível calcular a pena e dispô-la melhor como meio da prevenção geral;
- 46 A magnitude da pena tem que se graduar em função da intensidade do injusto imputável e do efeito da ameaça produzido pelo delito, enquanto isso as considerações preventivo-especiais (prescindindo da sensibilidade da pena) devem limitarse às decisões de prognóstico expressamente exigido na lei;

- 47 Constata-se que se deve manter a culpabilidade como princípio limitação junto à prevenção como princípio de fundamentação da pena, o que se faz necessário uma ampliação da sistemática tradicional do Direito Penal com a categoria da responsabilidade;
- 48 A abolição do Direito Penal de retribuição da culpabilidade não deve se deter ante a medição da pena, de modo que no lugar de uma pena pela culpabilidade, concebida no sentido da teoria do *espaço de jogo*, tem que aparecer uma pena preventiva, orientada à medida da ameaça do delito para a sociedade e, para tanto, garantidora do princípio da igualdade, em que a culpabilidade só mantém seu significado como princípio de limitação da pena;
- 49 Pode-se determinar a "medida da pena" (conteúdo e alcance, espécie de castigo e magnitude deste) tão somente a partir da ideia de fim, é algo que não precisa de ulterior justificação. Mas, essa opinião está em contradição aparentemente abrupta com o que há hoje dominante na ciência, na legislação e na administração da justiça, que pretende deduzir, no futuro, senão só do passado, a medida da pena para o delito cometido; o delito deve ser retribuído segundo o seu valor;
- 50 Seria dado um passo essencial para a compreensão de como ocorre à "medida da pena" se houvesse clareza de que não existe fundamentação metafísica da pena capaz de resolver o problema de sua medida. O grau determinante da pena pode e deve interpretar o fato empírico, mostrar o essencial e o que permanece constante por meio de suas manifestações; mas, não se pode prever o grau de punição;
- 51 Para a medida justa da pena não pode existir medida absoluta, válida para todos os tempos;
- 52 A pena não pode ser justificada senão a partir do delito cometido, permanecerá para sempre intacta. O Estado deve reagir contra a injustiça, é dizer, contra a ação ou omissão antijurídica, em interesse do Direito, não pode estar limitado de modo algum na eleição dos meios que sirvam a mencionada reação, já que a razão exige tão somente *que* e não *como* vai se reagir contra o ilícito;
- 53 Ao surgir dúvidas sobre a pena, sua finalidade, aplicação, disciplina, confronto com a sociedade, deve-se aplicar o método da Sociologia para dirimir as inseguranças, com a sistemática da observação da massa. Somente a estatística criminal, em seu sentido mais amplo, pode levar ao objetivo. Deve-se examinar o delito como fenômeno social e a pena como função social, se deseja comprovar com exatitude científica sua eficácia protetora de bens jurídicos e sua eficácia dissuasiva da delinquência;

- 54 Na "adequação da pena" é importante verificar o princípio da legalidade que é entendido como garantia individual que assegura a necessidade inarredável de desvendar-se o teto da punição, dando conhecimento ao cidadão daquilo que de pior pode acontecer-lhe no caso de violação da norma de conduta, a presença ou não de um piso para a sanção passa a ser matéria a ser discutida em outro âmbito que não o da legalidade;
- 55 A justiça seria ferida, sob o pretexto do bem público, se aumentasse a pena além dos seus preceitos, porque nela se encontra o limite do direito de punir. Mas não há ofensa a ela no caso inverso, justamente por não ser senão um limite;
- 56 Há o princípio da individualização da pena que individualiza uma situação, torna individual algo ou alguém, dentro de um contexto, particularizando o que era genérico, ou seja, a adaptação da pena ao indivíduo;
- 57 Na individualização legislativa, consiste a tarefa do legislador em graduar, de forma abstrata, a qualidade, a quantidade e a forma de cumprimento da pena para determinada espécie de crime, devendo o legislador orientar-se segundo a importância do bem juridicamente ofendido ou colocado em perigo, a gravidade, reprovabilidade e lesividade social abstrata da conduta que se pretende punir, ou seja, é na cominação legal que se encontra expressa a valoração ético-social média da infração à norma;
- 58 Há necessidade de um direcionamento da atividade judicial para estabelecer concretamente a sanção, já que se apresenta de forma importante para evitar que cada magistrado imprima, na "dosimetria da pena", a sua visão particular do que entende ser a finalidade da punição;
- 59 Há a individualização judiciária da pena que é a missão que detém o magistrado para, após o reconhecimento da existência do crime e sua autoria, fixar a pena segundo os critérios e limites oferecidos pelo legislador, levando em consideração os objetivos da pena, avaliando as peculiaridades do fato e do seu autor;
- 60 Constata-se que o juiz tem uma discricionariedade regrada, ou o denominado "arbitrium regulatum", esta é a discricionariedade relativa à determinação da pena, pois, além da lei deixar uma margem para a decisão, o seu conteúdo também normatiza como essa margem deverá ser preenchida;
- 61 Em matéria de fixação de pena é importante o artigo 59 do atual Código Penal brasileiro, uma vez que determina o quê deve ser analisado no criminoso, ou seja, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e comportamento da vítima;

- 62 No mesmo artigo, diz-se que a pena será estabelecida "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Neste sentido, deve-se tomar cuidado com essas aberturas de significado para que não tragam interferências das valorações eminentemente pessoais ou emocionais do juiz no momento da fixação da pena;
- 63 Na esteira da "dosimetria da pena" aparece o enfrentamento entre fatores de naturezas diversas, como quantidade de pena versus particularidades do crime ou do criminoso e, sendo assim, não há como um juiz penal deduzir de modo concludente o porquê de suas considerações sobre a determinação da pena levarem ao cômputo de três anos e não, por exemplo, de três anos e meio ou dois anos e meio;
- 64 Há como princípio material para fixação da pena a humanização, previsto na Constituição Federal de 1.988, como a dignidade da pessoa humana que aparece como um valor essencial e informador de todos os demais conceitos e princípios nela existentes, impedindo que a pena fira os direitos fundamentais da pessoa, ou seja, a humanidade das penas será observada sempre que se pretender cumprir suas finalidades, imprimindo o menor sofrimento moral possível ao condenado;
- 65 Vale observar que Beccaria reconhecia que era muito difícil encontrar uma justa medida entre os delitos e as penas;
- 66 Em nosso ordenamento jurídico, o princípio da proporcionalidade não está expresso, mas está contemplado na exigência de que as sanções devem ser proporcionais ao crime praticado, ou seja, para o crime mais grave a pena será maior do que para o delito mais leve;
- 67 Das circunstâncias judiciais do artigo 59 do atual Código Penal brasileiro, verifica-se que na culpabilidade a gravidade do dolo e da culpa são sinais para uma reprovação do comportamento. De tal modo, no que se refere aos crimes culposos, não é igual à conduta de alguém que tinha plena ciência de desprezar o dever de cuidado, mas acreditava poder evitar o resultado (culpa consciente), daquela em que a pessoa simplesmente não observou por distração, esquecimento ou qualquer outro motivo. Portanto, constata-se que ao prever o evento danoso, mas aguardando francamente que este não aconteça, pode ser menos grave do que não ter previsto coisa alguma, isto é, por intensidade do dolo deve-se ter apenas como um conceito proporcional ao grau de consciência e vontade com que se pratica a ação;
- 68 Os antecedentes são apenas os dados relativos aos registros criminais do sentenciado, diferenciando a conduta social dos antecedentes do sujeito ativo, estes compreendidos na esfera de registros policiais ou judiciários, como o caso de ter

contra si uma sentença condenatória definitiva, prolatada depois dos fatos tratados pelo juízo sentenciante, já que se a sentença condenatória transitou em julgado antes do cometimento da nova infração, o réu deve ser tido por reincidente, fazendo incidir circunstância agravante;

- 69 A conduta social é entendida como a postura que o incriminado teve em sua vida pregressa, na comunidade em que vivia, ou seja, se foi uma pessoa voltada ao trabalho, probo, caridoso, altruísta, cumpridor dos deveres, ou se transcorreu os seus dias ociosamente, exercendo atividades parasitárias ou antissociais. Será ainda considerado o comportamento do agente na família, no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Alguns se adaptam às normas de convivência social, outros reagem, manifestando condutas de agressividade ou inconformismo. É este comportamento que servirá de guia ao magistrado na fixação da pena;
- 70 Na "adequação da pena" não será aumentada a sanção se não existir nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente; ou pelos antecedentes do autor deve ser atraído somente o que está em relação com o ato e com a culpabilidade pelo ato, isto é, a personalidade está profundamente atrelada à conduta e, em função dela, poderá o juiz exacerbar ou atenuar a pena;
- 71 Se os traços da personalidade forem positivos, recomenda-se que a pena fique abaixo do que a culpabilidade pelo fato recomendaria no que tange a prevenção especial com fins à ressocialização do condenado;
- 72 Os motivos revelam um conteúdo moral da conduta e informam o maior ou menor apreço ou desprezo pelo bem jurídico protegido, que justifica sua avaliação para efeito da fixação da pena;
- 73 Circunstâncias são elementos acidentais ou acessórios do crime que, sem influir sobre a sua existência jurídica e sem condicionar a sua punibilidade, modificam a gravidade da sua consequência jurídica, agravando ou atenuando a pena;
- 74 A consequência é o mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico; mas, por outro lado, contrária a regra de que o crime só possa trazer consequências perniciosas, há possibilidade de ser considerada favorável, como caso do delinquente que rouba para dar o dinheiro a uma creche do seu bairro, apresentando um motivo nobre, e, além disto, se o dinheiro é efetivamente empregado na creche, às consequências têm que ser tidas como favoráveis;
- 75 O comportamento da vítima pode ter influência no delito, podendo provocar ou estimular a conduta criminosa (vitimologia) em que apresenta a relação entre

o agente que comete a infração penal e aquele que sofre suas consequências. São vítimas participantes aquelas que se comportam de forma imprevidente, até aquelas que desempenham um papel ativo e mais relevante para a ocorrência do crime;

- 76 A quantificação da culpabilidade tem razão de ser só na "medida da pena", porém é desnecessária se o delito é só o motivo para fazer um juízo sobre a personalidade do autor à que em definitivo se referirá à medida da pena, como o entende em última instância a dogmática;
- 77 A função da culpabilidade num sistema como o que estamos apresentando fica reduzida, então, a servir à exclusão da pura responsabilidade pelo resultado. Comprovado que a lesão antijurídica não tem sido produto da causalidade senão que resulta subjetivamente imputável ao autor, é simplesmente o pressuposto que abre um juízo sobre a personalidade do autor que determinará a medida da pena;
- 78 Qualquer que seja o grau de determinação do sujeito ao delito, enquanto se pode estabelecer a relação psicológica que o vincule com o resultado que produz se poderia afirmar sua culpabilidade;
- 79 Num sistema como o que se tem apresentado, a distinção entre penas e medidas deixa de ter sentido. A prova decisiva da desvinculação da pena e a teoria do delito se percebem no fato de que ainda se refere a pena à personalidade (periculosidade) do autor, esta personalidade não tem um lugar sistemático em nenhum dos elementos do delito. A fórmula da personalidade é o produto reflexivo de uma posição que diz respeito ao fim da pena, a consequência de uma criticável elaboração da teoria do delito sem consideração de sua funcionalidade a respeito de todo o problema penal;
- 80 A fórmula da personalidade é na realidade uma fórmula que se procura dar capacidade a personalidade perigosa do autor como base para a medida da pena. Não há dúvidas de que com ela se quer expressar que a personalidade do autor permita concluir o que se deve esperar dos futuros fatos puníveis; deve levar-se em conta à medida da pena. A comprovação de uma personalidade, de todo modo, não deve implicar um juízo moral sobre o autor;
- 81 Essa fórmula poderia dar lugar à aplicação da chamada *teoria da adequação*, segundo a qual a pena para o ato concreto deve determinar-se conforme a adequação social da personalidade, isto é, quanto mais adequado seja o fato à personalidade do autor, maior seria a pena;
- 82 Essa forma de tratar o problema daria lugar a duas alternativas igualmente criticáveis. Ou bem aceita a culpabilidade pela condução da vida e retroage a

culpabilidade ao momento em que se adquire a personalidade (mediante um deslocamento similar a *actio liberae in causa*), que resulta impossível determinar o curso da vida do autor e que na realidade se substituirá por uma mera ficção; ou bem se denomina *culpável* também à personalidade congênita do autor (não adquirida), o que parece ser absolutamente alheio ao significado com que usamos o termo *culpabilidade*;

- 83 O princípio da culpabilidade é de um alcance insuficiente, uma vez que se satisfaz com uma vinculação psicológica do autor com o resultado típico, permite que o autor seja apenado pelo que se é e não pelo que fez. A personalidade, ou o caráter, dificilmente podem ser conhecidos por meio de um único fato. A forma de diagnóstico não altera a essência do objeto a que se direciona a pena;
- 84 A ideia de "uma grave e continuada reclusão" ao delinquente, com o fim de que isto produzirá um melhoramento, que permitirá "salvar" o criminoso, não conta hoje em dia com uma comprovação empírica;
- 85 Propor prolongadas estadias em estabelecimentos carcerários deficientes e, em geral, orientadas por técnicas incapazes de recuperar ou ressocializar o sujeito passivo da execução, como é o caso de muitos em nosso país, parece ser, antes de tudo desumano:
- 86 A comprovação de que as penas curtas privativas da liberdade carecem de aptidão e devem deixar-se de lado, não permite concluir que as penas longas, pelo só fato de serem longas, atenderiam as necessidades de educar o criminoso para o convívio em sociedade. É evidente, então, que a ressocialização não é suficiente para aclarar o sentido da pena, como um mal merecido pela violação culpável do direito, quando a má execução transforma o condenado em pior do que já era;
- 87 Não se deve deduzir que os motivos de prevenção especial devam ser deixados de fora na consideração da "medida da pena", e muito menos que devam ceder a razões impostas pela prevenção geral. Portanto, trata-se de determinar que limite deva ser reconhecido às razões preventivo-especiais na "medida da pena". A personalidade do autor não dá um limite compatível com o princípio da culpabilidade;
- 88 No caso da reincidência, não pode fingir-se o aumento de culpabilidade, senão que deve averiguar-se em cada caso concreto se o autor, na situação fática atual, carregou sobre si uma culpabilidade (pelo fato) agravada;
- 89 Na "medida da pena" na lei e na sentença (graduação judicial da pena) o juiz tem de medir a pena aplicável ao crime individualmente dado. Tem de resolver

in concreto o problema que o legislador resolveu *in abstrato*, ou seja, o juiz deve achar a equação entre a culpa e a pena;

- 90 A determinação da pena dentro dos limites legais é o que se chama graduação da pena, e as circunstâncias pelas quais se guia o juiz em tal operação chamam-se agravantes e atenuantes;
- 91 No que se refere ao sistema de fixação e medida da pena, o Código Penal brasileiro de 1.940 expandiu admiravelmente o arbítrio judicial, disponibilizando ao magistrado um autêntico roteiro de investigação das circunstâncias fáticas do crime e da pessoa do réu, permitindo-se, com isso, o exercício verdadeiro da tarefa de individualizar a pena, cuja fixação, agora, prende-se tão-somente aos limites dos tipos penais, isto é, aos marcos mínimo e máximo da repreensão;
- 92 O magistrado, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e consequenciais, mas também o delinquente, como os seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes:
- 93 Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu, ou seja, serão pesquisados o seu *curriculum vitae*, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar fato previsto como crime);
- 94 O Código Penal brasileiro de 1.940 trata da denominada periculosidade e das suas consequências, não apresentando soluções coerentes e adequadas;
- 95 Com a reforma da Parte Geral em 1.984, do Código Penal brasileiro de 1.940, no que diz respeito à aplicação da pena, a nova Parte Geral desse Código aboliu o sistema do duplo-binário e com isto retornou-se o direito penal da culpabilidade, excluindo a medida de segurança para os chamados delinquentes perigosos e diminuindo consideravelmente os efeitos da reincidência.

BIBLIOGRAFIA

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos.** 4ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 1.964.

ANCEL, Marc. A nova defesa social. Rio de Janeiro: Forense, 1.979.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Contradicciones y Dificultades de las Teorías Del Castigo en el Pensamiento de La Ilustración. In: Mitologías y Discursos sobre el Castigo: Historia del presente y posibles escenarios. Coordenação Iñaki Rivera Beiras. Barcelona: Anthropos, 2.004.

AQUINO, Rubim Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme. **História Geral.** Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico. 26ª ed., 1.993.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três escolas penais.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1.963.

ARENAL, Concepción. El Visitador Del Pobre. Buenos Aires: Emecé, 1.941.

ARENAL, Concepción. *Estudios Penitenciarios. In:* **Obras Completas de Da. Concepción Arenal.** Madri: Librería de Victoriano Suárez, t. 5, v. 1, 1.895.

ARIÈS, Philippe; CHARTIER, Roger. Da Renascença ao Século das Luzes. **História da Vida Privada.** V. 3. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 11 reimpressão, 2.006.

ARRUDA, José Jobson de A; PILETTI, Nelson. **Toda a História.** São Paulo: Ática. 4ª ed., 1.996.

ARZT, Gunther. **Der Ruf nach Recht und Ordnung**. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland, 1.976. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

_____. Juristische Blätter, 1.987. *Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991.

AXINN, Sidney. *Authority, and the French Revolution. In:* **Journal of the History of Ideas**, Vol. 32. N. 3 (Jul. - Sep., 1.971).

BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A Inquisição.** Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Imago, 2.001.

BALDUS, Paulheinz. **StGB Leipziger Kommentar (LK).** Berlin: Auflage, 9^a ed., 1.971. Traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1.997.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.992.

BASTOS, Lidia. **O sitema de aplicação de penas.** Revista do II Congresso Nacional do Ministério Público. Guarapari: s.e., 1.973, s.v.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 4ª ed. São Paulo: Atena, [s.d.]. V. 22 (Coleção Biblioteca Clássica).

_____. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2.001.

_____. **Dos delitos e das penas.** 2ª ed. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão da tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2.002.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.977.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.997.

_____. Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.001.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral.** 14ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2.009, v. 1.

BOCKELMANN. Paul. **Studien zum Tüterstrafrecht**. German. 1.940, t. 11. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. **Direito penal: parte geral.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2.007.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BOSSUET, Jacques. **Politique Tirée de L'Écriture Sainte**. Paris: Chez Delestre-Boulage, ano MDCCC XXII, t. I.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi: introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários**. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2.001.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1.967, t. I.

_____. **Das penas.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1.976.

_____. **Direito penal: parte geral.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. 1: Introdução, norma penal, fato punível.

Direito penal. 5ª ed Rio de Janeiro: Forense, 2.009, t. III.
Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1.967, t. I.
BRUNS, Hans-Jürgen. Strafzumessungsrecht Allgemeiner Teil. Berlin: Verlag Carl Heymanns, 1 ^a ed., 1967. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
Strafzumessungsrecht Allgemeiner Teil . Berlin: Verlag Carl Heymanns, 2.ª ed., 1.974. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
. Strafzumessungsrecht . Munique: Carl Heymanns, 2.ª ed., 1.974. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
. Neue Juristische Wochenschrift . Die Beteiligten im Familienverfahren, 2797, 1.979. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft , 94, 1.982. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
CALAZANS FALCON, Francisco José. Iluminismo. São Paulo: Ática. 4ª ed. 2.002.
CAMARGO, Antonio Luís Chaves. Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal. São Paulo: Cultura Paulista, 2.002.
CAPEL, José Sáez. Influencia de las ideas de la Ilustración y la revolución em el Derecho penal. El penalista liberal: controvérsias nacionales e internacionales em Derecho penal, procesal penal y Criminologia. Buenos Aires: Hammurabi SRL. 1ª ed. 2.004.
CARRARA, Francesco. Programa del curso de Derecho Criminal : dictado em la real universidad de Pisa. Buenos Aires: Depalma, 1.944, v.II.
Programa do curso de direito criminal. Parte geral. Tradução José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1.957, v. II.

CARVALHO NETO, Inacio de. Alicação da pena. São Paulo: Método, 2.008.

CASTIGLIONE, Theodolindo. Lombroso perante a criminologia contemporânea. São Paulo: Saraiva, 1.962.

CATTANEO, Mario A. Illuminismo e legislazione penale: saggi sulla filosofia del Direitto Penal nella Germania del Settecento. Milão: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1.992.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.991.

CHAUI, Marilena. Espinosa, uma filosofia da liberdade. São Paulo: Moderna, 1.995.

A Nervura do real. Imanência e liberdade em Espinosa. São das Letras, 1.999.	o Paulo: Co	mpanhia
Política em Espinosa. São Paulo: Companhia das Letras, 2.00	3.	
CHEVALLIER, Jean-Jacques. História do pensamento político. Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1.982, t. I.	Tradução	Roberto

COIMBRA, Mario. **Tratamento do injusto penal da tortura.** Coordenação Luiz Regis Prado. Série Ciência do Direito Penal Contemporâneo, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

COSTA E SILVA, A. J. Comentários ao Código Penal brasileiro. 2ª ed., rev. e atual. por Luiz Fernando da Costa e Silva. São Paulo: Contasa, 1.967.

COSTA, Fausto. **El Delito y la Pena em La História de la Filosofia.** Tradução esp. Mariano Ruiz Funes. México: Uthea, 1.953.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1.992, v. 1.

_____. Direito Penal: curso completo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.999.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal: parte general.** Tomo I. Barcelona: Bosh, 11^a ed., 1.953.

DAVIS, David B. *The Problem of Slavery in the Age of Revolution*, 1.770 – 1.823. Ithaca: Cornell University Press, 1.975. *Apud:* LOSURDO, Domenico. **Contra-História do Liberalismo.** Aparecida: Idéias & Letras, 2.006.

DIAS JÚNIOR, Dirceu Aguiar Cintra. **A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 15, jul./set. 1.996.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998.

_____. **História da legislação brasileira: A reforma do CP 1940 (1942 a 1984)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 13, jan./mar. 1.996.

DREHER. **Protokolle des Sonderausschusses für die Strttfrechtsreform.** Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena.** 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2.008.

EBERT. *Strafrecht*, 2.001. *Apud*: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, ed. 2ª, 2.007.

ENGELHARDT, Knut. **Pychoanalyse der strafenden Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Haag und Herchen, 1976. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

ENGISCH. Die Lehre von der Willensfreiheit in der strufrechts philosophischen Doktrin der Gegenwart, 1.963. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999.

ENGISCH, Karl. **Die normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht**, *FSf. Mezger*. German, 1.954. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

ESTAL, Gabriel Del. La Orestiada y su Genio Jurídico: Justicia de sangre y espíritu urbano. Madri: El Escorial, 1.962.

FARIA, Bento de. Annotações theorico-praticas ao Código Penal do Brazil: de acordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência, nacionaes e estrangeiras. 2ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1.913, v. 1.

_____. Código Penal Brasileiro (comentado). 2ª ed. Rio de Janeiro: Récord, 1.958, v. I.

FARIA COSTA, José de. *Ler Beccaria hoje*. **Boletim da Faculdade de Direito.** Vol. LXXIV. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1.998.

FAULCONNET, Paul. La Responsabilité. Paris: Librairie Félix Alcan, 1.920.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal.** Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 1.995.

FERREIRA, Waldemar. **História do Direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1.951, v. I.

FEUERBACH, Ritter von Paul Johann Anselm. **Revision der Grundbegriffe des peinlichen Rechts.** Erfurt: Henningschen Buchhandlung; Chemnitz; G.F. Tasche, 1.799, II, p. 131 e ss. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Algunas consideraciones sobre la evolución del derecho penal português en materia de determinación de la pena**. Separata de Estudios de Derecho Penal y Criminología, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidade Nacional de Educación a Distancia, p. 281-296, 1.989.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. **Tratado de derecho penal.** Parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.966, t. 1.

FOUCAULT, Michel. *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1.975. *In:* FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Rio de Janeiro: Graal, 1.979.

Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 25ª ed., 2.002.
A verdade e as formas jurídicas. 3ª ed. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2.003.
FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. Parte Geral. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.993.
Lições de direito penal. Parte Geral. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.994.
FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995.
FRISCH. Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumesing, 1.971. <i>Apud:</i> SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991
Neue Juristische Wochenschrift, 1973. <i>Apud:</i> SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.
FROSCH, Hartmut. Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB . Tübingen: J.C.B. Mohr, 1.976. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. História do direito penal: crime natural e crime plástico. São Paulo: Malheiros, 2.005.
FUNES, Mariano Ruiz. Actualidad de la Venganza. Buenos Aires: Lousada, 1.943.
GALLAS, Wilheim. Beitrage zur Verbrechenslehre. Berlin: de Gruyter, 1.968.
GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1.954, v.1, t. I e II.
GAROFALO, Raffaele. Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal. São Paulo: Teixeira e Irmão, 1893.
GAXOTTE, Pierre. La Révolution française. Paris: Arthème Fayard, 1.957.
GETTELL, Raymond G. História das ideias políticas. Tradução Eduardo Salgueiro. Rio de Janeiro: Alba, 1.941.
GEYER, August. Geschichte und System der Rechtsphilosophie . Innsbruck, Wagner Year, 1.863. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaften. <i>In:</i> Franz von Holtzendorf (Hrsg.): Enzyklopädie der Rechtswissenschaften in systematischer und

alphabetischer Bearbeitung. 4., umgearbeitete und teilweise vermehrte. Aufl. Leipzig, 1.882, S. 1-96.

GIBBON, Edward. **Declínio e Queda do Império Romano.** Editora: Companhia de Bolso, 2.005.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.997.

GOLDSCHMIDT. **Festgabefür Frank**, 1.930, t. 1. *Apud:* BACIGALUPO, Enrique. **Principios Constitucionales de Derecho Penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 1.999.

GONZAGA, João Bernardino. O direito penal indígena. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].

_____. A inquisição em seu mundo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.993.

GOULART, Henny. **Penologia I: origem e função.** São Paulo: Brasileira de Direito, [s.d.].

GRAMATICA, Felippo. **Princípios de Derecho Penal Subjetivo**. Madrid: Ed. Reus, 1.941.

GRESPAN, Jorge. **Revolução Francesa e Iluminismo.** Repensando a História. Coordenador: Jaime Pinsky. São Paulo: Contexto, 2.003.

GROTIUS, De iure belli ac pacis libri três, 1625, lib. II, cap. XX, De poenis: poena est malum passionis, quod infligitur malum actionis.

GUIMARÃES, Ruth. Dicionário da mitologia grega. São Paulo: Cultrix, 1.995.

GUSDORF, Georges. Les principes de la pensée au siècle des Lumières. Paris: Payot, 1.971.

Introduction aux science	s humaines.	Paris: Ophrys	s, 1.974.
--------------------------	-------------	---------------	-----------

HADDENHORST, Michael. **Pönometrie**, Heft 3 der Schriftenrihe des Instituts für Konfliktforschung. Munique: o. J. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HAELSCHNER, Hugo. **Das gemeine deutsche Strafrecht.** Bonn: Katalog der Deutschen Nationalbibliothek, 1.881, I. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HAFFKE, Bernhard. **Tiefenpsychologie und Generalprävention**. Aarau: Sauerlander: 1976. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

_____. **Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie**, in: Goltdam- mer's Archiv füe Strafrecht, German, GA, 1.978. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

_____. Reincidencia y medición de la pena. Apud: SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991.

HAMPSON, Norman. O Iluminismo. Lisboa: Ulisséia, 1.973.

HANACK, Ernst-Walter. *Zur Problematik einer Sonderstrafe für Riickfalltater;* in: **Programm für ein neues StGB.** Frankfurt: Jürgen Baumann, s/a. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HASSEMER, Winfried. **Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik.** Hamburg: Rowohlt, 1.974. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. **Sozialwissenschaften im Studium des Rechts**, *Strafrecht*. Munique, 1.978, t. III. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HASSEMER, Winfried; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang; WEISS, Manfred. **Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften**. Tübingen; Mohr, 1.978. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. **Hauptprobleme der Generalprävention.** Frankfurt am Main, 1.979. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HASSEMER, Winfried. **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform** (MschrKrim). Köln: Akademischer Werdegang, 1.983. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

_____. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Paulo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2.005.

_____. Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990. *Apud*: SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2ª ed., 2.007.

HAZARD, Paul. La pensée européenne au XVIII siècle. T.1. Paris: Boivin, 1.946.

HEGEL. **Handbuch,** I. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1994, p. 98.

HEINITZ, Ernst. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 63, Band (1.951). Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HELMKEN, Dierk. **Deutsche Richterzeitung**. German, Heidelberg, 1.980. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HILLENKAMP, Thomas. **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**. Zitiert: Küper GA, 1.974. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HIRSCH, Günther. **Leipziger Kommentar.** Berlin: Duncker & Humblot, 10^a ed., s/a. Traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HOBSBAWM, Eric J. **A Era das Revoluções: Europa 1.789 – 1.848.** Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 22ª ed., 2.007.

HORSTKOTTE, Hartmut. **Juristenzeitung**. German, s/e, 1.970. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª ed., 1ª impressão, revista e atualizada do Aurélio Século XXI. Editora Positivo, 2.004.

HOLTZENDORFF, Franz von. **Enzyklopaedie der Rechtswissenschaft**. Leipzig: Fünfte Auflage, 4^a ed. 1.882.

HORKHEINER, Max; ADORNO, Theodor Wisengrud. **Dialettica dell'Iluminismo.** Torino: Einaudi, 1.996.

HORN, Eckhard. **Systematischer Kommentar zum StGB**. Leipziger. 9^a ed., 1.971, t.1. Traduzidos com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

_____. Zeitschrift für diegesamte Strafi-echtswissenschaft - ZStW 89 (1.977). Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

HUME, David. *Investigação sobre o Entendimento Humano*. *In:* Tratados Filosóficos I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2.002. *In:* **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral.** Tradução de Jaimir Conte. São Paulo: UNESP, 2.001.

_____. *Investigação sobre os Princípios da Moral. In*: Tratados Filosóficos II. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2.005. *In*: **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. Tradução de Jaimir Conte. São Paulo: UNESP, 2.001.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.955, v. 1, t. 1.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio; LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Volume II. Artigos 28 a 74. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1.958.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2.009.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** Buenos Aires: Losada, 3ª ed., 1.964, t. I.

	Tratado	de Derecho	Penal	Ruenos	Aires.	Losada	3ª ed	1 964	v 2
·	Tratauo	uc Derceno	i chai.	Duchos	mus.	Losada,	J Cu.,	1.707,	v. ∠.

	. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada, 3ª ed., 1.964 - 1.965, t. II.
<u>V.</u>	. Tratado de derecho penal. Parte general. Buenos Aires: Losada, 3ª ed., 1.964, t.
	Immanuel. Crítica da Razão Prática. Capítulo 1. Prólogo do autor. Tradução de Schaefer. São Paulo: Martin Claret, núm. 126, 2.004.
	. Crítica da Razão Pura . Prefácio da primeira edição (1.781). Tradução de Alex São Paulo: Martin Claret, núm. 3, série ouro, 2.001.

KAUFMANN, Felix. **Diephilosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld.** Leipzig: Deuticke, 1.929. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

KAUFMANN, Armin. **Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie**. Schwartz: Göttingen, 1.954. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

KAUFMANN, Arthur. **Das Schuldprinzip**. Bonn: Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1961. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

KERNER, Hans-Jürgen. **Kriminalitätseinschätzung und Innere Sicherheit**. Wiesbaden: Bundeskriminalamt, 1.980. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

KOLLER, Peter. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 91, (1979). Traduzido com o auxílio da professor de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

KOSELLECK, Reinhart. **Critica illuminista e crisi della società borghese.** Tradução italiana de Giuseppina Panzieri e de Vanna Polacchini. Bologna: Il Mulino, 1.972.

KOSHIBA, Luiz. **História: Origens, Estruturas e Processos.** São Paulo: Atual. 1ª ed., 2.000.

KUHLEN. **Die Objetktivität von Rechtsnormen**, 1.978. *Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991.

KUNERT, Karl Heinz. **Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände**. Berlin: de Gruyter, 1.958. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

KÜRSCHNER, Wolfgang. **Die materielle Rückfallklausel des § 48 StGB**. Heidelberg: Kriminalistik-Verlag, 1.978. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

LABROUSSE, Ernest. **Flutuaciones econômicas e historia social.** Madrid: Tecnos, 1.962.

LANDROVE DIÁZ, Gerardo. La moderna victimología. Valencia: Tirant lo Blanch, 1.998.

LAPLANCHE, Jean; PONTALIS, Jean-Bertrand. **Das Vokabular der Psychoanalyse.** Frankfurt Loch W: Suhrkamp, 1.967.

LASSON, Adolf. **System der Rechtsphilosophie.** Berlin und Leipzig: J. Guttentag, 1.882. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

LAUTMANN, Rüdiger. Vom Nutzen und Nachteile der Sozialwissenschaften für das Strafrecht. Frankfurt: Athenäum, 1.980, t. 2. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

LESCH, Heiko H. La función de La pena. Tradução Shánchez Javier. Madri: Dykinson, 1.999.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, núm. 89, 2.002.

LÖFFLER, Alexander. **Die Schuldformen des Strafrechts.** Leipzig. 1.895. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso.** Tradução Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1.983.

LOPES, João Batista. **Processo romano: instrumento da eficácia jurisdicional.** Belo Horizonte: Líder, 2.004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias.** São Paulo: Max Limonad, 2.000.

LOPES, Marcos Antonio. A imagem da realiza. São Paulo: Ática, 1.994.

LÜDERSSEN, Klaus. **Erfahrung als Rechtsquelle.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1.972. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2.003.

_____. Tiberio Deciani e o sistema penal. **Direito e Democracia**. Canoas, v. 1, n. 2, 2.000.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.955, v. II

MACEDO SOARES, Oscar de. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1.910.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *O tecnicismo jurídico-penal. In*: **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.** Guanabara: Universidade do Estado de Guanabara. Instituto de Criminologia do Estado da Guanabara, ano 1, n. 1, abr./jun., 1.963.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal.** 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.975, v.1.

MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho penal.** Tradução José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1.954, v. II.

_____. Arturo Rocco y el método técnico-jurídico. Buenos Aires, 1.961.

MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1.956, v. 3.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.964.

. Tratado de direito penal. 1ª ed. atual. Campinas: Bookseller, 1.997, v. I.

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal**. São Paulo: DPJ Editora, 2.009.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Strafrecht**, AT. Heidelberg, 5^a ed., t. 2, 1.978. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

MAYER, Max Ernst. Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. Leipz. 1.901. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

MAYNTZ, Renate. *Die Implementation politischer Programme: Theoretische Überlegungen zun einem neuen Forschungsgebiet*, in: **Die Verwaltung**, Heft I, 55 ff., 1.977. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

MERKEL. Über das gemeine Deutsche Strafrecht Von Haelschner und der Idealismus in der Strafrechtswissenschaft, in: **Zeitschrift**, I. Apud: VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994.

_____. **Zeitschrift**, I. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994.

MEYER, H. **Lehrbuch**. Stuttgart: Fisher, 3^a ed., s/a. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

MEZGER. Edmund. *Die Straftat als Ganzes*, in: **Zeitschrift für diegesamte Strafiechtswissenschaft -** "ZSTW" 57. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

_____. *Die Straftat als Ganzes*; in: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 57. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

MIR PUIG, Santiago. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 86, Berlin, 1.974. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. 23ª ed. rev. e atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2.006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2.000, t. IV.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)**. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra, 1.995.

MITTELSTAEDT. **Zeitschrift**, II. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho Penal Romano.** Tradução esp. P. Dorado. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1.999.

MONTEIRO, Marcelo Valdir. Penas Restritivas de Direito. Campinas: Impactus, 2.006.

MONTERO, Pedro Dorado. **Bases para um nuevo Derecho Penal.** Buenos Aires: Depalma, 1.973.

. El Derecho Protector de los Criminales. Madri: Victoriano Suárez, 1.915.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, núm. 9, série ouro, 2.002.

MÖSL, Albert. **Deutsche Richterzeitung.** Berlin. 1.979. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

_____. **Neue Juristische Wochenschrift.** Berlin. 1.982. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade.** São Paulo: Atlas, 1.996.

MÜLLER-EMMERT. **Protokolle des Sonderausschusses für die Strttfrechtsreform.** Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

MURCK. Kriminologisches Journal, 1.978. *Apud*: SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991.

NASCIMENTO, Anna Amélia Vieira. Introdução da obra **Autos da devassa da Conspiração dos Alfaiates.** Salvador: Arquivo Público do Estado da Bahia, 1.998, v. I.

NASS, Gustav. **Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens.** Neuwied/Berlin: Luchterhand Verlag, 1.963. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.005.

_____. **Manual de Direito Penal.** Parte geral e especial. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2.006.

NAUCKE. *Strafrecht*, 2000. *Apud*: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, ed. 2ª, 2.007.

NUÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino**. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1.960, t. 11.

_____. **Manual de derecho penal**. Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1.972.

ONECA, Antón. Homenaje a Jiménez de Asúa, 1.970, t. 11.

PALLADINO, Alfonso. **Introduzione allo Studio della pena.** Milão: Dott. A. Giuffrè, 1.959.

PESAGNO, Rodolfo G.; BERNARDI Humberto P. J.. **Temas de História Penal.** Buenos Aires: Perrot, 1.953.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica.** Bauru: Jalovi, 1.980.

_____. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001.

PIKART, Eberhard. **Karlsruher Kommentar zur StPO,** 1.982, § 337, n.° marginal 32. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Breves notas para a história da criminologia no Brasil*. In: **Ciência Penal.** N. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1.979.

_____. **Estudos e Pareceres de Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.973.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2.002.

POPITZ, Helmut. **Sobre la eficacia preventiva del no saber** (*Recht und Staat*, 350), s/e, 1.968

PRADO, Luiz Regis. **Multa penal: doutrina e jurisprudência.** 2ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1.993.

PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Elementos de Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995, v. 1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva. 25ª ed., 2.000.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Das penas e sua execução no novo Código. In:* Ciência Penal. nº 1. São Paulo: Convívio, 1.975.

REALE JUNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes & PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. **Penas e medida de segurança no novo Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1.985.

REALE JÚNIOR, Miguel. Mens legis insana, corpo estranho, Penas restritivas de direitos, críticas e comentários às penas alternativas, Lei 9.714, de 25.11.1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

REILL, Peter Hanns. *Introduction. In:* **Encyclopedia of the Enlightenment.** REILL, Peter; WILSON, Ellen. New York: Facts on File, 2.004.

RIVACOBA e RIVACOBA, Manuel de. *El principio de culpabilidad em la graduación de la pena en el Código Penal argentino;* in: **Jornadas Internacionales de Derecho Penal**. Belgrano, 1.971

La reforma penal de la Ilustración. Doctrina Penal: Teoria y Prática en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, año 11, num. 41 a 44, 1.988.
Prólogo a su traducción de las Observaciones sobre la tortura, de Pietro Verri. Buenos Aires: Depalma, 1.977, p. L. Apud. RIVACOBA y RIVACOBA, Manuel de. La reforma penal de la Ilustración. Doctrina Penal: Teoria y Prática en las Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, año 11, num. 41 a 44, 1.988.
El correcionalismo penal. Buenos Aires: Córdoba, 1.989.

RÖDER, Cárlos David Augusto. Las Doctrinas Fundamentales Reinantes sobre el Delito y la Pena em SUS Interiores Contradicciones. 3ª ed. Tradução Francisco Giner. Madri: Victoriano Suarez. 1.876.

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do Iluminismo.** São Paulo: Companhia das Letras. 2 ed., 2.008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** Livro 1. Capítulo 1. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, núm. 46, 2.001.

ROXIN, Claus. *Strafzweck und Strafrechtsreform;* in: **Programm fürein neues StGB**. Frankfurt: Jürgen Baumann, s/a. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

	Franz	von	Liszt	und	die	kriminalpolitische	Konzeption	des
Alternativ	entwurf,	in: Z (eitschrift	für d	diegesa	mte Strafi-echtswisse	e <mark>nschaft -</mark> ZStV	W 81
(1.969). Ti	raduzido c	com o a	auxílio da	a profe	essora d	e alemão Priscila da S	ilva Pereira Toı	res.

_____. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.** Berlin: de Gruyter, 1.970. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

Strafverfahrensrecht. Munique: Verlag. C. H. Beck, 18 ^a ed., 1.983. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
Sentido e limites da pena estatal. In: Problemas fundamentais de direito penal 2ª ed. Tradução Ana Paula dos Santos Luís Ntscheradetz. Lisboa: Vega, 1.993.
Derecho Penal. Parte General. 2ª ed Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2.006, t. I.
ROXIN, Claus; Maurach/Zipf; Baumann/Weber/Mitsch. <i>Apud:</i> AMBOS, Kai. Direit e Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos . Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2.006.
ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal . Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro Renovar, 2.006.
Strafrecht, 1.997, p. 15. Apud: SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: partageral. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2.007, ed. 2ª.
RÜMELIN, Gustav. Über die Idee der Gerechtigkeit, em sus Reden und Aufsaetze Neue Folge . Freiburg und Leipzig, 1.881. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

SACK, Fritz. *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, in: SACK, Fritz; KÖNIG, René. **Kriminalsoziologie**. Frankfurt: Akadememische Verlagsgesellschaft, 1.968, 2^a ed., 1.974. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

______. Probleme der Kriminalsoziologie, in: KÖNIG, René. **Handbuch der empirischen Sozialforschung.** Frankfurt: Akadememische Verlagsgesellschaft, 2^a ed., 1978, t.12. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

SANTAMARIA. Il fondamento etico della responsabilita penale.

SANTO AGOSTINHO. **A Cidade de Deus contra os pagãos.** 2ª ed. Tradução Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 1.990.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. 2ª Parte da 2ª Parte. Questões 47 – 79, 1956, Questão LXIV, artigo II.

SCHIEL, Jürgen. **Unterschiede in der deutschen Strafrechtssprechung**. Hamburg, 1.969. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

SCHMIDT, Eb. **Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege.** Göttingen. 3.ª ed., 1965. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

SCHNEIDEWIN, Karl. **Juristenzeitung.** Oktober 1.955. Miscellany Author: Schnorr von Carolsfeld. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

SCHRÖDER, Richard. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Munique. 2.ª ed., 1894. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

SCHÜNEMANN, Bernd e outros. Art und Gewicht der Bestimmungsgründe richterlicher Sanktionsentscheidungen bei Straftaten nach § 316 StGB, Forschungsbericht aus dem Sondeforschungsbereich 24, Mannheim, 1.983. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales.** Tradução de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1.991.

SCHWEIKERT, Heinrich. **Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling**. Karlsruhe: C.F. Müller, 1.957. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002.

SOLER, Sebastián. Ley, Historia y Libertad. Buenos Aires: Losada. 4ª ed., 1.943.

_____. **Derecho penal argentino**. Parte general. Buenos Aires: TEA, 4ª ed., 1.970, t. V.

SONTAG. **Zeitschrift**, I. SONTAG. **Zeitschrift**, I. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994.

_____. **Zeitschrift**, II. *Apud:* VON LISZT, Franz. **La idea de fin en el derecho penal.** Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994.

SOUSA E BRITO, José de. **A medida da pena no novo Código Penal**. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, número especial, estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia III, p. 555 – 587, 1.984.

SOUZA JUNIOR, Ney Fayet. *Apresentação in* LOMBROSO, César. **O homem delinquente.** Porto Alegre: Ricardo Lens, 2.002.

STERNBERGER, Dolf. Gotthold Ephraim Lessing. Editora: Inter Nationes, 1.978.

STRATENWERTH, Günter. **Tatschuld und Strafzumessung** (*Recht und Staat*, 406/407). Tübingen: Mohr, 1.972. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

STRENG, Franz. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft** 92, Berlin, 1.980, Helf 3. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

TASSE, Adelo El. **Teoria da pena.** Curitiba: Juruá, 2003.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, fascículo especial de lançamento, 1.992.

THOMPSON, Augusto F. G. Esboço histórico do Direito Criminal luso-brasileiro. Rio de Janeiro: Líder Júris, 1.976.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11.07.1984 e com a Constituição Federal de 1.988**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.994.

_____. **Princípios básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 1.999.

TREIBER, Hubert. **Vom Nutzen und Nachteile der Sozialwissenschaften für das Strafrecht.** Munique, 1.978, t. 2. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

VALJAVEC, Fritz. História de la Ilustración em occidente. Madrid: Rialp, 1.964.

VENTURI, Franco. *Cronologia e geografia dell'illuminismo*. *In:* VENTURI, Franco. **Utopia e riforma nell'Iluminismo**. Torino: Einaudi, 1.970.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura.** Prefácio de Dalmo de Abreu Dallari. Tradução de Frederico Carotti. São Paulo: Martins Fontes. 2ª ed., 2.000.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2.005.

VOLTAIRE. **O preço da justiça.** Apresentação de Acrísio Tôrres. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes. 2ª ed., 2.006.

VON BAR, Carl Ludwig. **Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien.** Aalen: Scientia Verlag, 1.992. 2ª ed. de 1.882. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

_____. Handbuch, I. *Apud:* VON LISZT, Franz. La idea de fin en el derecho penal. Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994.

VON HOLTZENDARFF, Franz. **Das Verbrechen des Mordens und die Todesstrafe.** Berlin. Luederitz.1.875, p. 234. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

VON IHERING, Rudolf. **Zweck im Recht.** Leipzig: Manz, 1.877-1.883. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

VON LILIENTHAL, Karl. **Beitraege zur Lehre von den Kollektivdelikten**. Universität Halle. Leipzig 1.879. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal . Tradução Luis Jiménez de Asúa. 3ª ed Madrid: Reus, [s.d.]. t. II.
Tratado de Direito Penal Alemão. Tradução José Higino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1.899, tomo I, v.1.
Teoria dello scopo nel Diritto Penale. Milano: Giuffrè, 1.962.
La idea de fin en el derecho penal. Valparaíso: EDEVAL, 1ª ed., 1.994.
Strafechtliche Vorträge unddufsätze, 1.905, t. 1. <i>Apud:</i> BACIGALUPO Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi 1.999.
Tratado de direito penal alemão. Tradução José Higino Duarte Pereira, atual. notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2.003, t. I.
VOLK, Klaus. Juristenzeitung. Strafrecht und Wirtschaftskriminalität. Kriminalpolitische Probleme und dogmatische Schwierigkeiten, 1.982. Traduzido com o auxílio da professor de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
WAHLBERG, Ges. Kriminalistische und nationaloekonomische Gesichtspunkte mi Rücksicht auf das deutsche Strafrecht. Berlin, 1.872. Traduzido com o auxílio de professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht . Berlin: de Gruyter, 11 ^a ed., 1.969. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
Derecho penal alemán: parte general . Tradução de Juan Busto Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 11ª ed. 4ª ed. castellana. Santiago del Chile: Editorial Jurídica de Chile 1.997.
WINCH, Peter. Comprender uma Sociedad Primitiva. Tradução Maria José Nicolau Gloria Llorens. Barcelona: Paidós Ibérica, 1.994.
WOLF, Erik. <i>Der Sachbegriff im Strafrecht</i> , in: Die Reichsgerichtspraxis im deutscher Rechtsleben . German, t. V, 1.929. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. German, 1.931. Traduzido com o auxílio da professora de alemãp Priscila da Silva Pereira Torres.
WOOLF, Leonard. After the Deluge. Bristol: Pelican Books, 1.937.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal. Parte general. 6ª ed. Buenos

Aires: Ediar, 1.997.

Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Revista do
Tribunais, 2001.
ZIPF, Heinz. Die Strafmassrevision. Munique. Series: Münchener Universitätsschriften 1.969. Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.
Die Strafzumessung. Munique. Series: Münchener Universitätsschriften, 1.977
Traduzido com o auxílio da professora de alemão Priscila da Silva Pereira Torres.