ASPECTOS HISTÓRICOS DA EXECUÇÃO PENAL: EVOLUÇÃO OU INVOLUÇÃO?

Alessandro Máximo de Sousa*

Resumo

Partindo da legislação mais antiga de que se tem notícia, o Direito Penal e suas formas de execução da pena vezes foram mais humanizados, vezes mais rígidos. A história do Direito Penal abrange desde o Edito de Urukagina (2.350 a.C.), Código de Hamurabi, pssando pela legislação romana, Lei das XII Tábuas até sua deterioração. Aborda ainda a compreensão da transição legislativa desde suas origens até as novas tentativas de humanização do instituto da pena. Os reflexos do Direito Penal e de institutos do Direito Canônico e Germânico na Idade Média tiveram influências no Direito português e conseqüentemente em nossa legislação.

Palavras-chave: Execução penal – histórico e evolução; Direito penal – execução penal.

INTRODUÇÃO

A compreensão da atual sistemática de execução penal não se torna completa se não tentarmos buscar as raízes dos institutos de punição ou suas justificativas históricas. No berço das civilizações, a Mesopotâmia, os institutos de execução penal mais antigos não contemplavam como regra a pena privativa de liberdade. Esta surge, generalizadamente, após o século VXIII, com a influência do Direito Canônico. As penas pecuniárias eram utilizadas em larga escala, proporcionalmente, como

* Advogado, professor convidado da UCG e mestrando em Direito pela UFG.

se utiliza hoje das penas privativas de liberdade, mesmo em face da tentativa de transição rumo às penas alternativas.

PERÍODO PRIMITIVO E ANTIGO

Remonta a 4.000 a.C., segundo historiadores, o surgimento do embrião das civilizações. O cenário é a Mesopotâmia, chamada crescente fértil, e os agentes provinham de diversos povos: tartésios, iberos, celtas, celtíberos e franco-pirenaicos, além dos estrangeiros, fenícios, gregos e cartagineses (Pieranguelli, 1983, p. 22.)

Guerras, conflitos e conquistas refletiram na formação do Direito e sobremaneira na modificação dos costumes de execução penal. Inicialmente, a legislação na Mesopotâmia previa, basicamente, dois tipos de pena: a de morte, julgada somente pelo soberano; e a pecuniária, julgada geralmente por um juízo pré-constituído. Como ainda não havia a concepção da moeda, a pena pecuniária era calculada em prata, cevada ou outro bem de valor equivalente. Existiam ainda o exílio e o cárcere, sendo que a este último preferia-se somente em alguns casos de reincidência.

Vejamos algumas figuras penais e suas penas:

• Homicídio: pena de morte.

• Furto: o condenado pagaria o dobro do que havia roubado. O furto de um pomar era punido com o pagamento de dez siclos[1] de prata. Havendo violação de barreira para adentrar a área, essa quantia subia para trinta siclos.

Um funcionário público que recebesse em depósito um escravo, um animal ou um bem durável e não devolvesse rapidamente ficava preso. Caso passasse um mês, este era acusado de furto.

• Violação de domicílio: tratando-se de violação de barreira para adentrar em domicílio, o criminoso era condenado à morte, caso o fato ocorresse no período noturno. Porém, se um indivíduo fosse apanhado de dia dentro de uma residência era condenado a pagar dez siclos.

• Propriedade suspeita: se o acusado não demonstrasse de onde havia adquirido determinado bem – um escravo, por exemplo –, era considerado ladrão.

• Violência sexual: se um homem violentasse a noiva de outro, era punido com a morte; se violentasse a escrava de outro, deveria pagar quinze siclos de prata.

• Adultério: se uma mulher casada cometesse adultério, seria condenada à morte. O seu amante não seria punido. Se uma mulher, acusada de adultério, conseguisse sair viva da ordália do rio, seu acusador deveria pagar vinte siclos de prata.

• Seqüestro: se o seqüestrado morresse, o seqüestrador devia morrer também. Se o seqüestrado ficasse vivo, o seqüestrador era punido com cárcere e pagamento de quinze siclos de prata.

• Defloramento: caso um homem deflorasse uma virgem encontrada na beira da estrada, deveria casar-se com ela. Deveria, também, pedir desculpas solenemente no templo. Se uma mulher pela qual já se tivesse pagado o presente de núpcias fosse raptada e deflorada, o culpado seria condenado à pena de morte. Se a deflorada fosse uma escrava pagaria trinta siclos de prata, sem todavia adquiri-la como sua propriedade.

• Aborto provocado: se uma mulher agredida viesse a perder a criança, o agressor seria condenado a pagar trinta siclos. Caso a agressão ocasionasse a morte da mulher, o agressor também deveria morrer. Se ele provocasse acidentalmente o aborto, pagaria dez siclos de prata. Caso a vítima fosse uma escrava, o dono seria ressarcido com cinco siclos de prata. Se do aborto resultasse a morte da escrava, o condenado deveria restituir o dono com uma outra escrava.

• Relações pré-nupciais: se um homem acusasse uma jovem de ter tido relações pré-nupciais e não conseguisse prová-lo, ficaria condenado a pagar trinta siclos de prata.

• Homicídio em rixa: se um homem cometesse homicídio em uma rixa, deveria pagar quarenta siclos.

• Cães: se um cão mordesse acidentalmente uma pessoa, o ressarcimento seria de quarenta siclos. Se a vítima fosse um escravo, a pena seria reduzida para quinze siclos.

• Insulto à esposa do senhor de escravos: se uma escrava amaldiçoasse a esposa de seu senhor, seria esfregada em sua boca uma "sila" (medida correspondente a quase um litro) de sal.

• Danos físicos: A Tabela 1 contém alguns exemplos dos ressarcimentos por danos físicos. As amostras se referem a períodos diversos. As penas variavam no tempo.

Tabela 1 – Exemplos de danos físicos - Sumérios

ÓRGÃO	DANO	PENA
Clavícula	Quebrada	20 siclos
Dente	Quebrado	2 siclos
Dente	Perdido	30 siclos
Dedo	Cortado	40 siclos
Mão	Rompida	30 siclos
Nariz	Esfaqueado	40 siclos
Nariz	Perdido	60 siclos
Olho	Perdido	60 siclos
Orelha	Perdida	30 siclos
Osso	Quebrado	60 siclos
Pé	Ferido	10 siclos
Pé	Quebrado	30 siclos
–	Bofetada	10 siclos

Fonte: Maat (2002)

A primeira legislação organizada de que se tem notícia é o Edito de Urukagina, datado entre 2.300 e 2.350 a.C., tratando de uma reforma administrativa (Maat, 2002).

O Código de Ur-Nammu, cuja base continuava sendo a reparação pecuniária, foi confeccionado na dinastia de Ur, pelo rei Ur-Nammu,

e data de 2.100 a.C., sendo seguido pelos códigos de Lipt-Ishtar (1934 - 1924 a.C.) e Esnunna (meados do século XVIII a.C.).

O CÓDIGO DE HAMURABI

A figura que temos ao lado, uma estela de 2,25m de altura, foi encontrada por J. de Morgan nas escavações da acrópole da capital elamita, Susa, no inverno de 1901-1902 (dezembro-janeiro). A estela, atualmente, está no Museu de Louvre.

Figura 1 – Estela que traz escrito o Código de Hamurabi

Na parte superior da estela vê-se esculpida, em baixo-relevo, a imagem do rei, de pé e em atitude reverente com a mão direita levantada, diante de uma divindade, provavelmente o deus Samas, que, sentado em seu trono, entrega ao rei as insígnias do poder real e o encarrega de estabelecer a justiça no país. A inscrição consta de cinquënta e uma colunas escritas com sinais cuneiformes da época babilônica antiga. Na parte inferior da estela, sete colunas, aproximadamente, foram raspadas, perdendo-se, deste modo, de 35 a 40 artigos legais. Acredita-se que os próprios elamitas, que sob o comando do rei Shutruknahhunte invadiram a Babilônia pelo ano 1.155 a.C. e carregaram a estela como presa de guerra para Susa, tenham raspado essas colunas. A divisão atual em 282 parágrafos foi feita por Vincent Scheil, seu primeiro estudioso e editor, que em 1902 conseguiu identificá-la e traduzi-la em poucos meses de trabalho. (Galvão, 2002)

Para os estudiosos da obra, esta tem um caráter nítido de reforma, pois dirige-se contra abusos da época. Para a área penal, especificamente, reaviva certas tradições antigas, ampliando suas abrangências e tornando-as mais rígidas, principalmente algumas penas. O objetivo era reformar o direito sob seu vasto domínio, unificando e tornando as regras mais severas. A Lei de Talião é outra característica desse ordenamento:

196. Se um homem arrancar o olho de outro homem, o olho do primeiro deverá ser arrancado [olho por olho].197. Se um homem quebrar o osso de

> outro homem, o primeiro terá também seu osso quebrado. 198. Se ele arrancar o olho de um homem livre, ou quebrar o osso de um homem livre, ele deverá pagar uma mina em ouro. 199. Se ele arrancar o olho do escravo de outrem, ou quebrar o osso do escravo de outrem, ele deve pagar metade do valor do escravo. 200. Se um homem quebrar o dente de um seu igual, o dente deste homem também deverá ser quebrado [dente por dente]. (Galvão, 2002)

A figura 2 mostra um fragmento do Código de Hamurabi em sua escrita original.

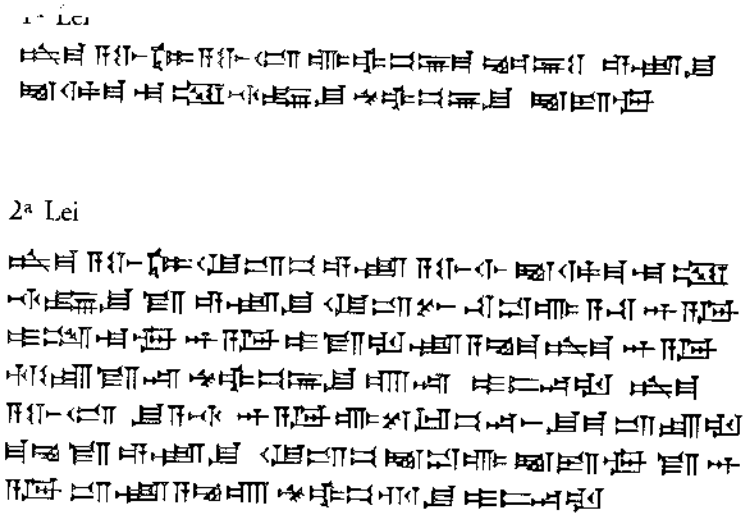

Figura 2 – Trecho do Código de Hamurabi no idioma original da Babilônia

A tradução fica assim:

> 1. Se alguém enganar a outrem, difamando esta pessoa, e este outrem puder provar, então aquele que enganou deve ser condenado à morte. 2. Se alguém fizer uma acusação a outrem e o acusado pular no rio e afundar, seu acusador deverá tomar posse da casa do culpado, e se o acusado escapar sem ferimentos, ele não será culpado, e então aquele que fez a acusação deverá ser condenado à morte, enquanto que aquele que pulou no rio deve tomar posse da casa que pertencia a seu acusador. (Galvão, 2002)

O DIREITO ROMANO E A LEI DAS XII TÁBUAS

A disputa entre patrícios e plebeus originou o período dos diplomas legais, que teve início com a confecção da Lei das XII Tábuas em Roma. Essa lei foi confeccionada em 451 e 450 a.C. por um decenvirato, nomeado especificamente para essa finalidade. As XII Tábuas originaram-se do direito costumeiro e primitivo, certamente para conter a vingança privada entre os cidadãos romanos. A distinção entre crimes públicos e crimes privados surge no início da realeza. A traição e a conspiração política contra o Estado, bem como os assassinatos, chamados respectivamente de *perduellio* e *parricidium*, eram considerados crimes públicos, *crimina publica*. Por exclusão, os demais delitos eram crimes privados, *crimina privata*, ou, *delicta*, pois atingiam o indivíduo (dano, injúria, furto etc.). A sansão aplicada aos crimes públicos era a capital, pena de morte. Em contrapartida, nos crimes privados o Estado somente interferia para regular o exercício do particular.

Segundo estudiosos, surge uma nova modalidade de crime, na época do império, os *crimina extraordinária*, fundada nas ordenações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica, que resulta na aplicação de uma pena individualizada pelo árbitro judicial à relevância do caso concreto.

No século II d.C., tendo em vista o aparecimento dos crimes extraordinários, reaparece a pena de morte, agora mais intensa, entre os romanos. A privação da liberdade, durante a Antiguidade, tinha caráter meramente provisório, antecedia os suplícios. Os romanos já raciocinavam de maneira avançada em relação a agravantes e atenuantes vinculados ao dolo e à culpa.

O Direito Penal teve seu núcleo no conjunto de leis publicadas ao fim da República, aproximadamente em 80 a.C., com as *legis Corneliae* e *Juliae*. Essas criaram uma verdadeira tipologia de crimes, no que se refere à catalogação feita por esse ordenamento. A distinção básica entre ambas consiste no fato de que a *legis Corneliae* destinava-se aos delitos decorrentes das relações interpessoais entre os cidadãos, quais sejam: patrimoniais, familiares etc. Em contrapartida *legis Juliae* dirigia-se aos crimes praticados contra o Estado, seja pelos particulares, seja pelos pró-

prios administradores, destacando-se os crimes de corrupção dos juízes e do parlamento, além da prevaricação, e de alguns crimes violentos, como seqüestro, estupro etc.

Devido aos seus objetivos da época, quais sejam, regrar a convivência entre os cidadãos romanos, possibilitando o avanço das conquistas de Roma e excluindo os estrangeiros do seu alcance, a Lei das XII Tábuas serviu aos romanos muito bem até a anexação dos territórios e posterior aculturamento dos conquistados. No que tange à continuação do desenvolvimento, porém, a legislação tornou-se superada e impeditiva de progressos. Ainda assim, a Lei das XII Tábuas foi mantida, e aos poucos estendida também aos estrangeiros.

Com a queda do Império Romano, também sua legislação e seus institutos diluíram-se, aos poucos, mesclando-se aos institutos, principalmente, de Direito Germânico e Canônico, através das atividades dos glosadores e dos pós-glosadores.

IDADE MÉDIA

O Direito Germânico, de origem primitiva e costumeira, tinha como valor principal a paz; a violação desta gerava o direito de punição. Tratando-se de violação da paz pública, qualquer pessoa poderia punir o agressor, com a morte. Se a violação fosse relacionada à vida privada, cabia à vítima ou à sua família o exercício da punição. A vingança era predominante, tanto a pública, exercida por qualquer do povo, quanto a privada, exercida individualmente ou através da família, vingança de sangue.

Com o aperfeiçoamento do Estado a vingança de sangue foi sendo paulatinamente substituída por influência do direito dos bárbaros. Passava-se, então, de pouco em pouco, a aceitar a *compositio*, que seria a compensação, por meio de pecúnia, do dano sofrido, somada ao caráter de pena. Uma parcela da pecúnia era dada à família do ofendido, ou ao próprio, e a outra revertia-se ao juízo ou ao monarca, como espécie de paga pela paz. Daí o reflexo da Lei Sálica, que por sua vez contém traços de influência da tarifação de danos dada pelos sumérios e que atravessou milênios.

Numa época posterior, além de absorver parcelas do Direito Romano e dos ordenamentos cristãos, os germânicos utilizaram-se, também, da Lei de Talião. Inicialmente, o resultado era o fator preponderante para caracterizar a culpa, extraindo-se daí o caráter objetivo da conduta, com reflexos romanos; posteriormente, esse resultado evolui para a análise do dolo e da culpa.

Legislações como o *Fuero Juzgo* e a Lei das Sete Partidas também serviram de instrumentos de transição, conjuntamente com o Direito Canônico, para a fase mais negra do Direito de Execução Penal: A Idade Moderna.

A IDADE MODERNA

Este trecho da história do Direito, em especial do Direito Penal, não resulta de institutos progressistas ou de inovações; resulta da decadência dos valores humanos e de uma época de desequilíbrio de forças e lamentável retrocesso penal.

> A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebentados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebentados, outros a ser arrebentados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebentados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida ser queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim a ter a cabeça quebrada. (Soulatges, citado por Foucault, 2002, p. 30)

A questão do crime, nesse período, envolve não só a sociedade, mas principalmente o soberano, que demonstra o poder judiciário e político através dos suplícios e execuções públicas com caráter de espetáculo.

A IDADE CONTEMPORÂNEA

As atrocidades cometidas pela nobreza e pelo clero, nos seus excessos em diversos âmbitos, somadas à enorme distinção social e econômica, e a privilégios que dividiam as classes, gerou pouco a pouco a formação do que se chamou Iluminismo. O movimento anuncia a Revolução Francesa e defende como principais idéias: a separação entre Igreja e Estado; o anticlericalismo, ou seja, não acredita na mediação entre homem e Deus através do clero; a crença de que Deus está presente na natureza e no homem, e é entendido através da razão.

O Iluminismo vem na segunda metade do século XVIII e traz como lema: "Liberdade, Igualdade e Fraternidade". Os juristas, filósofos e outros pensadores criticam incessantemente o modelo penal vigente de maneira a transmitir a defesa das liberdades do indivíduo enaltecendo os princípios da dignidade do homem.

Uma das questões centrais de revolta era o sistema punitivo. Em assim sendo, por meio dos pensamentos de Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Locke, o principal pensador do movimento, César Bonessana, o marquês de Beccaria, publica uma das principais obras do Direito Penal moderno. John Howard e Jeremias Bentham também são influenciados pelo pensamento iluminista da Revolução Francesa.

O DIREITO PORTUGUÊS

O Direito Português sofreu influências do Direito Romano, do Germânico e do Canônico, que resultaram nas Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e posteriormente nas Filipinas (1603). Existem institutos que também se originaram da Lei das Sete Partidas, guardando, conseqüentemente, em grande parte, características medievais e da Idade Moderna, época dos suplícios.

EVOLUÇÃO DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

No início da convivência neste território chamado Brasil, o "descobridor" português invadiu a cultura aqui já existente, a dos indígenas, trazendo as Ordenações Afonsinas e passando às Filipinas quando da

colonização. Apesar de não existir uma organização estatal para a aplicação das Ordenações Filipinas, estas fizeram efeito até o surgimento do Código Criminal do Império (1830). Descrevendo a severidade das Ordenações Filipinas, dos colonizadores da época, Francisco de Assis Toledo relata:

> A severidade desse Código não contrastava, contudo – repita-se –, com o espírito dos colonizadores da época, pois se as leis eram cruéis os homens não deixavam por menos. Relata Pe. Vieira, referindo-se ao Maranhão, em carta de 20 de abril de 1657, dirigida ao Rei D. Afonso VI, sucessor de D. João IV, o seguinte: "As injustiças e tiranias que se têm executado nos naturais destas excedem muito às que se fizeram na África. Em espaço de quarenta anos se mataram e se destruíram, por esta costa e sertões, mais de dois milhões de índios, e mais de quinhentas povoações como grandes cidades; e disto nunca se viu castigo".

Esse cenário perdurou. Paralelamente, o crescente sentimento de independência, aliado às idéias do Iluminismo, foi criando um clima hostil entre a colônia e a metrópole, adicionado:

a) pelo descontentamento da elite local em face do poder exacerbado da metrópole, dos altos impostos, das limitações ao livre comércio e das vedações a atividades industriais;

b) pela influência da independência dos Estados Unidos;

c) pelos reflexos das idéias da Revolução Industrial.

Esse quadro, sintomático, de insatisfações, expectativas e desentendimentos entre a elite local e o poder da metrópole desencadeou as primeiras revoltas com caráter separatista no Brasil: a Inconfidência Mineira e a Conjuração Baiana, ou Revolta dos Alfaiates.

A Inconfidência Mineira foi um dos palcos da aplicação das Ordenações. A revolta tinha como bandeira o jargão *Libertas quae sera tamem* (Liberdade ainda que tardia). Ao serem traídos por colegas portugueses, devedores de grandes somas à coroa, e que viriam a ser perdoados pelo ato de delação, os inconfidentes foram julgados. Onze foram condenados à forca, e os demais à pena de açoite e degredo na África, num processo chamado de "devassa".[2]

A Conjuração Baiana, inspirada na Inconfidência Mineira e nos ideais da Revolução Francesa, eclode em 1798. É liderada por pessoas

do povo, alfaiates, soldados e outros, que propõem além da independência, o livre comércio e o fim da escravidão. O movimento também fora delatado e reprimido, não obtendo êxito.

Com a expansão de Napoleão Bonaparte em toda a Europa e a insistência de Portugal em continuar negociando com a Inglaterra, que estava sob o bloqueio de Bonaparte, este ordena a invasão de Portugal. Sob a ameaça de invasão, a família real foge para o Brasil.

O BRASIL IMPÉRIO

A vinda da família real para o Brasil inicia um processo de desenvolvimento forçado. Com as operações da coroa no Rio de Janeiro, necessário se fez a abertura do comércio para as outras nações, a reformulação da estrutura administrativa e política, bem como o estímulo às ciências, às artes e à educação.

Na Europa o quadro muda completamente. Napoleão Bonaparte é derrotado pelos ingleses, e D. João, para oportunamente cumprir a decisão do Congresso de Viena,[3] transforma o Brasil em Reino Unido de Portugal e Algarves.

O novo reino se torna cada dia mais dispendioso e necessita cada vez mais de aumentar os impostos, gerando grandes insatisfações, principalmente entre os setores exportadores, que são os maiores sacrificados. Paralelamente, o movimento antiabsolutista em Portugal exige uma maior dedicação da corte à Europa, fator contribuinte para aumentar o desgaste da família real.

A Revolução Pernambucana, em 1817, foi outra tentativa de independência que acabou derrotada, porém mais um ponto de desgaste para a família real, que, logo em seguida, em 1820, teve de enfrentar a Revolução do Porto, realizada por nobres e comerciantes portugueses em busca de maior autonomia.

Não obstante as dificuldades de representação do Brasil nas decisões da Corte em Portugal, decidiu-se que D. João VI para lá retornaria. Ao fazê-lo, este deixou no Brasil seu filho D. Pedro como príncipe regente.

Convocado por D. João VI, que observava atento os movimentos no Brasil, a retornar a Portugal, D. Pedro recusa-se a acatar essa ordem

e anuncia sua decisão, que se torna um marco na história: o dia 9 de janeiro de 1822, o Dia do Fico.

Em 3 de junho de 1822, D. Pedro convoca a Assembléia Constituinte para substituir o Conselho de Procuradores. Portugal remete ordens para a anulação da constituinte e para o retorno do príncipe regente, inclusive com ameaças de enviar tropas.

D. Pedro, incentivado por José Bonifácio e dona Leopoldina, proclama a independência em 7 de setembro de 1822.

Mais tarde, em novembro de 1823, D. Pedro dissolve a Assembléia Constituinte e encomenda o trabalho a uma comissão especial orientada para a manutenção do poder centralizado no monarca. Assim, é outorgada, em 25 de março de 1824, a primeira Constituição do Brasil. Nesse ponto histórico, é importante ressaltarmos o pioneirismo do ordenamento, conforme bem nos lembra José Afonso da Silva (1994, p. 155):

> As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes, até, que a primeira constituição, no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia.

A Constituição de 1824 trouxe à realidade um conjunto de dispositivos que não mais coadunavam com o direito das Ordenações. Urgia, portanto, a reformulação da nossa legislação penal. O clima de mudança e os pensamentos iluministas já permeavam o território brasileiro, o que contribuiu para a rápida elaboração do Código Criminal do Império do Brasil. Sua originalidade e seu avanço despertaram a manifestação de Raúl Zaffaroni, citado por Francisco de Assis Toledo (1994, p. 58):

> Gran importancia tuvo el código del Brasil de 1830, elaborado fudamentalmente por José Clemente Pereira y Bernardo Vasconcelos. Era un código de corte kantiano, com penas fijas y racionales, que debían tener em cuenta la 'sensibilidad' de la víctima, elemento característico del talión kantiano. Fue de trascendencia superlativa para América Latina, porque servió de modelo al código español de 1848, debido a Joaquim Francisco

Pacheco. El código español fue reformado en detalle en 1850 y en 1870, y estos sucesivos códigos españoles (particularmente el de 1870) fueron seguidos por la mayoría de los códigos latinoamericanos del siglo pasado.

Apesar de vários avanços, o Código de 1830 não aboliu a pena de morte e manteve o banimento, o degredo para fora do país, além de penas diferenciadas para escravos.

A Guerra do Paraguai, os movimentos abolicionistas e as mudanças socioeconômicas geram para o final do século XIX um desgaste enorme no poder centralizado do Imperador, provocando a ruína da atual estrutura, somada a um desgaste contínuo com a cúpula do Exército, na pessoa do marechal Deodoro da Fonseca. O marechal Deodoro toma o poder e proclama a República, instalando um governo provisório, ocasião em que a família real volta a Portugal.

O BRASIL REPÚBLICA

Em 1890, sob os cuidados do conselheiro Batista Pereira, é elaborado de maneira muito rápida o *Código Penal do Brasil*, que seria o segundo do país e o primeiro da República. Em virtude da crítica, o regulamento foi reformado em 1932, trabalho consolidado por Vicente Piragibe. Publicado sob o título "Código Penal Brasileiro, e completado com as leis modificadoras em vigor", vigeu até o advento do *Código de 1940* (Toledo, 1994, p. 60).

A maior curiosidade do *Código de 1940* foi o fato de ter surgido com concepções liberais dentro de um Estado ditatorial. Apresentou boa técnica e simplicidade de manuseio, sofreu aplausos e críticas, e adotou o duplo binário (acumulando pena e medida de segurança). Possui uma grande carga de repressividade, sendo tão destacada a pena privativa de liberdade que causa outros grandes problemas, sobretudo a falta de espaço nos presídios e um excedente de execuções impossíveis de se cumprirem.

A reforma penal promovida à época do ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel objetivou um enfoque sistemático, reformando não só a Parte Geral, como também a Especial, o Processo Penal, a Lei de Execução Penal e a Lei das Contravenções Penais. Primeiramente, foram entregues

a Parte Geral do Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, promulgados somente o primeiro e o último (Toledo, 1994, p. 69). O projeto de reforma da Parte Especial do *Código Penal* tramita até hoje no Congresso Nacional, com a esperança de ser aprovado em breve.

Com o advento da Lei 9.099/1995 o legislador pátrio sinaliza, mesmo que tardiamente, uma transição para um sistema mais humano de penitência, aproximando-se mais da moderna teleologia da pena, qual seja: a retribuição, a prevenção, a reeducação e a ressocialização (Barbosa, s. d., p. 31).

Em oportuna construção, o Prof. Licínio Leal Barbosa, ao citar o extraordinário Prof. Heleno Fragoso, extrai um dos pensamentos mais nobres acerca do assunto:

> O encarceramento deve ser sempre a última solução [...] Convém repetir que a eficácia da repressão não depende nem da gravidade da pena, nem da prisão do condenado, mas, sim, da certeza da punição. [...] Tudo deve ser feito para afastar do cárcere o réu primário e de bons antecedentes [...] as leis penais modernas devem prever ao lado da pena de prisão penas restritivas da liberdade e pena de multa de forma alternativa, ampliando os casos de suspensão condicional da condenação ou da pena e do livramento condicional. (Barbosa, s. d.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O binômio fato–direito há muito faz os estudiosos filosofarem sobre essa curiosa relação. No decorrer da história, vezes encontramos soberanos, legisladores, imperadores, presidentes e outros chefes de Estados, e grupos com interesses em comum utilizando-se do direito a fim de alcançar a solução para determinados fatos sociais e/ou comportamentos de grupos ou sociedades; vezes, esses mesmos chefes de Estado, ou grupos interessados, mudam os fatos sociais, por meio de "revolução", para alterar *status* jurídicos na prática, o que origina a posterior adequação dos respectivos ordenamentos.

A história evidencia que a pena vem servindo mais como fator de conveniência social e política do que de exercício do direito e finalidade da justiça penal.

O Estado, outrossim, que teoricamente foi concebido para servir aos anseios da convivência social, vem paulatinamente invertendo os papéis, ou seja, hoje a sociedade é quem o serve. Embora ele possua o rótulo de Estado de Direito, impõe, na verdade, uma ditadura econômica do consumo, elegendo como valores supremos os valores materiais (econômicos e patrimoniais).

Tendo em sua totalidade seus representantes em todos os poderes, o Estado deve encarar criteriosamente a questão da criminalidade, atuando preventiva e corretivamente e visualizando como o seu bem maior o cidadão e não interesses, conveniências ou valores materiais. Estes devem ser protegidos, porém, não priorizados em detrimento da vida e do cidadão.

A questão, principalmente do ordenamento jurídico penal, nos faz perceber que este, no decorrer da história da humanidade, evoluiu em certos aspectos e regrediu em outros. Os interesses patrimoniais, com o passar dos tempos, foram tomando lugar de destaque nos ordenamentos penais. Em certos aspectos, na Idade Média, os interesses religiosos predominaram, e suas práticas permearam e fecundaram nosso direito, fato evidente nas instituições modernas.

Parece-nos que o fenômeno da especialização das ciências e, em conseqüência, do Direito afastou-nos da interdisciplinaridade e vedou-nos os sentidos. A cada reformulação uma maior especialização, e as oscilações entre a busca da justiça e a proteção de interesses momentâneos de grupos macularam o que chamamos atualmente de Direito Penal. Muitas evoluções, sem dúvida. Porém, muitos desencontros, desvios de finalidade e equívocos, ladeados por conveniências sociais e de classes, construíram institutos injustos, a citar um exemplo apenas, a Lei dos Crimes Hediondos.

O Direito necessita, para alcançar seu fim, a justiça, de se interrelacionar com todas as outras disciplinas. Para exemplificar isso, peguemos o instituto da pena privativa de liberdade. Solução ou problema? Logicamente, quando seu campo de projeção foi aumentado, o objetivo era, através do caráter retributivo da pena, intimidar os pretensos malfeitores. Fato é que, parece-nos, ignoraram e desprezaram os estudos da Sociologia, da Criminologia, da Psicologia, da Economia Política, dentre outras. Ou seja, mitificaram a elaboração de leis por comissões pre-

ponderantemente de juristas, em vez de dar preferência a comissões multidisciplinares com estrategistas, psicólogos, sociólogos, dentre outros profissionais, para resolver problemas de maneira técnica, relacionando causas e efeitos, atuando sobre as origens das causas e concomitantemente estancando os efeitos.

O esforço do Estado deve ser para o bem-estar comum. Ele deve agir prioritariamente nas causas mediatas dos problemas – condições econômicas, sociais, de educação, saúde e lazer (ócio *x* cultura) – e não confeccionar legislações tidas como solução, que atuam somente nos efeitos, como a pena privativa de liberdade nos crimes contra o patrimônio.

Para muitos institutos a nossa evolução do Direito Penal encontrou um amadurecimento louvável, humanizando a pena e buscando a justiça entre a sociedade e o infrator da lei. Para outros estamos em retrocesso, haja vista que aos crimes de menor monta há quatro mil anos aplicavam-se penas de compensação pecuniária, somente, e hoje priva-se a pessoa da convivência social. Por justiça ou conveniência social?

NOTAS

1 "Siclo: unidad básica, 11,4 gramos de plata" – Siclo: unidade básica, 11,4 gramas de prata (*Medidas antiguas y modernas*, 2002).

2 O processo inicia-se com a prisão de Tiradentes, em 10 de maio de 1789, e termina três anos depois, em 18 de abril de 1792.

3 Pela decisão do Congresso de Viena, as famílias reais que haviam perdido seus tronos durante o domínio de Napoleão retornariam aos seus reinos para reivindicar a posse de seus domínios e negociar os demais limites.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Licínio Leal. *Direito de execução penal*. Goiânia: [s.n., s.d.].

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* Trad. Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALVÃO, André Sabino Penteão. *O código de Hamurabi*. Disponível em: <http://planeta.terra.com.br/arte/hammurabi/index.html> Acesso em: 13 set. 2002.

MAAT, Liberan M. *Conoscere la storia per creare il futuro.* Disponível em: <http://space.tin.it/clubnet/nnikef/livello2/leggi-sumere.htm> Acesso em: 17 set. 2002.

MAAT, Liberan M. *Antico oriente* – storia società economia. Laterza. Disponível em: <http://space.tin.it/clubnet/nnikef/livello2-i/urukagina%20-i.htm> Acesso em: 18 set. 2002.

MEDIDAS antiguas y modernas. Disponível em: <http://webs.sinectis.com.ar/mcagliani/medidas.htm> Acesso em: 18 set. 2002.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito.*13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal:* evolução histórica e fontes legislativas. Bauru, SP: Javoli, 1983.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.