



RAFAEL DE PAIVA CARNEIRO

A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE SANÇÃO PENAL

LAVRAS/MG

2022

RAFAEL DE PAIVA CARNEIRO

A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE SANÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do curso de Direito para obtenção do título de Bacharel.

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

LAVRAS/MG

2022

RAFAEL DE PAIVA CARNEIRO

A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE SANÇÃO PENAL

THE EVOLUTION OF CRIMINAL SANCTION FORMS

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal de
Lavras, como parte das exigências do
curso de Direito para obtenção do título
de Bacharel.

Prof. Dr. Ricardo Augusto de Araújo Teixeira

LAVRAS/MG

2022

RESUMO

O presente trabalho buscará expor a evolução das formas de sanção penal, desde os primórdios das organizações sociais, através da metodologia de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Desta forma, fará um apanhado histórico acompanhando os conceitos de punição, pena e vingança através das discussões doutrinárias que acompanharam a evolução humana, bem como se debruçará sobre o tratamento dado à pena pela legislação brasileira — principalmente no que tange à Constituição da República Federativa do Brasil e aos Código Penal de 1940 — ressaltando, por sua vez, que o fim do presente trabalho é contribuir para o enriquecimento da discussão acerca do tratamento dado à pena nos dias atuais, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema.

Palavras-chave: Direito Penal. Sanção penal. Punição. Pena. Vingança.

SUBJECT

The present work will seek to expose the evolution of the forms of penal sanction, since the beginnings of social organizations, through the methodology of bibliographic and jurisprudential research. In this way, it will make a historical overview following the concepts of punishment and revenge through the doctrinal discussions that followed human evolution, as well as it will focus on the treatment given to the penalty by the Brazilian legislation - mainly with regard to the Constitution of the Federative Republic of Brasil and the Penal Code of 1940 — emphasizing, in turn, that the purpose of the present work is to contribute to the enrichment of the discussion about the treatment given to the penalty in the present day, without any pretense of exhaustion of the theme.

Keywords: Criminal Law. Penal sanction. Punishment. Revenge.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A CONCEPÇÃO PRIMITIVA DA PENA.....	6
3. A ANTIGUIDADE E O DESENVOLVIMENTO DA PENA.....	9
4. O CRISTIANISMO E A CONCEPÇÃO MEDIEVAL DA PENA.....	11
5. A PENA NA MODERNIDADE.....	12
6. OS MOVIMENTOS DE DEFESA SOCIAL.....	21
6.1. Influência da Nova Defesa Social sobre as legislações da segunda metade do século XX.....	22
7. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: O CÓDIGO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	23
8. AS PRÁTICAS PENAIS NO SÉCULO XXI E SUAS ANÁLISES DOUTRINÁRIAS.....	24
9. NOTAS CONCLUSIVAS.....	25
REFERÊNCIAS.....	26

1. INTRODUÇÃO

Em um primeiro momento da história das sociedades, as punições se estabelecem intrinsecamente ligadas à vingança, uma vez que visavam uma espécie de “manutenção da honra” familiar. Neste sentido, faz-se importante, a priori, o entendimento da realidade mítica¹ da vingança, uma vez que este sentimento inerente à condição humana pode ser considerado o primeiro passo para, posteriormente, com a transferência da legitimidade de vingança para um poder central, desenvolver-se um conceito de punição, que seria regulamentada através do Direito.

Nesta toada, destaca-se, também, a importância da religião — principalmente do cristianismo — na história da punição. Tendo, por muito tempo, os soberanos, encarregados da representação Estatal, carregado também um cunho de representação divina, como expressão da vontade dos deuses — com a estocada do cristianismo, posteriormente, da vontade de Deus, único — estes comandavam mediante a utilização da intimidação pela violência, como forma de manutenção da ordem social.

Dentro deste contexto, a aplicação dos suplícios — castigos infligidos com extrema crueldade, de forma completamente desproporcional entre o delito cometido e a pena aplicada, em locais públicos, como forma de espetáculo punitivo — se manteve por um longo período da história social.

Com o Renascimento e a transferência da atenção retomada ao homem, como expressão divina a partir da própria existência, a queda do absolutismo para abrir terreno ao desenvolvimento do capitalismo, mostra-se necessária, a partir dos posicionamentos que ecoaram à época, um entendimento cada vez mais humanitário da punição.

Tais discussões reverberaram na necessidade de adaptação às formas punitivas, o que levou, em vários países, ao desaparecimento dos suplícios — tanto no inquérito como durante a execução penal —, ao fim da pena capital e a uma, cada vez mais presente, preocupação com os espaços arquitetônicos das prisões e os fins ressocializadores que estas representam.

2. A CONCEPÇÃO PRIMITIVA DA PENA

Em um contexto primitivo, a chamada “vingança de sangue” se estabelece como uma das primeiras formas de punição, uma vez que o homem primitivo se encontrava muito ligado à comunidade, pois fora dela sentia-se desprotegido e à mercê dos perigos imaginários.

Referida vingança é definida por Erich Fromm como “um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto”².

Conforme constatação, através de pesquisa desenvolvida para redação doutrinária de Aníbal Bruno, “nessas formas primárias de comunidade, a que falta um órgão que exerça a autoridade coletiva, a vigência das normas resulta do hábito e a sua

¹ Oswaldo Henrique Duek Marques. Os fundamentos da pena, p. 28.

² Erich Fromm. Anatomia da destrutividade humana, p. 366.

obrigatoriedade assenta no temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas, e com certas instituições de fundo mágico ou religioso, como o tabu³”.

Consoante à Anibal, complementa Hans von Hentig: “em condições de vida primitivas, só existem grupos compostos de membros, não de indivíduos. Os gigantes, os devoradores de homens e os ciclopes podiam viver solitários por si mesmos. Mas os homens comuns, somente unidos podiam fazer frente à prepotência das forças da natureza e aos inimigos humanos, às feras e aos fantasmas. Somente mantendo-se unidos teriam proteção e segurança”⁴.

Nesta configuração social, a vingança firmava-se, além de uma forma de estabelecer o respeito de um grupo, como forma de vivenciar o luto — sendo, a raiva, dentro de uma abordagem psicanalítica moderna, um de seus estágios.

Segundo Freud, “se um membro de um clã é morto por alguém não pertencente a ele, todo o clã do assassinado se une no pedido de satisfação pelo sangue que foi derramado⁵”. Entretanto, tal modo de punir levava à existência de guerras que nunca se encerravam, em detrimento da necessidade de sempre vingar uma morte. Tais guerras entre as famílias traziam prejuízo para a própria comunidade, que ficava enfraquecida — principalmente diante de ataques externos. “Algumas vezes, a vingança atingia não só os combatentes, mas também as crianças e as pessoas doentes. Noutras, recaía até sobre coisas e animais. Por essa razão, passou posteriormente a ser regulamentada e administrada por um poder central. Pouco a pouco, o particular foi impedido de exercer a vingança e passou a constituir crime o fazer justiça por mãos próprias. O que antes era regra, passou a caracterizar infração penal^{6,7}”.

A transferência da punição para um poder central não visava o abrandamento da vingança em si, mas a manutenção de uma ordem social, de forma a se evitar guerras infundáveis entre grupos da mesma comunidade. Como consequência desta transferência, a vingança passou a ser aceita no contexto social e, então, inserida nos sistemas punitivos.

Neste sentido, o sistema judiciário, por monopolizar de forma absoluta a vingança, aproxima-se do próprio princípio da vingança, ao racionalizá-la, dominando-a e limitando-a, sem perigo, conseguindo transformá-la em uma técnica de cura e de prevenção⁸. Portanto, na pena estatal estaria canalizado o instinto de vingança, desenvolvendo uma função psicológica sobre a sociedade, de modo que fossem satisfeitas as demandas inconscientes do coletivo⁹.

Considerando o que foi até aqui exposto, entende-se que não foram impostos limites à vingança devido à racionalidade jurídica, ou pela busca do equilíbrio entre ofensa e castigo, uma vez que a vingança sempre caracterizou parte do sentimento humano. A razão da imposição de limites à vingança foi, primordialmente, a preservação

³ Aníbal Bruno. *Direito Penal. Parte geral*, cit., p. 54

⁴ Hans von Hentig. *La Pena: Formas Primitivas y Conexiones Histórico-Culturales*, p. 117

⁵ Sigmund Freud. “Totem e tabu”, cit. p. 113.

⁶ A esse respeito, o artigo 345 do Código Penal Brasileiro em vigor: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena — detenção de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês ou multa, além da pena correspondente à violência”.

⁷ Oswaldo Duek. *Fundamentos da pena*, p. 15.

⁸ René Girard. *A violência e o sagrado*, p. 29.

⁹ Jesús-María Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, pp. 233-234.

da comunidade, que se encontrava em perigo diante da vingança interminável quando no âmbito particular.

Examinados os aspectos da vingança no contexto primitivo, pode-se concluir que a demanda de vingança, inerente à natureza humana, se mantém ao longo da história e não é afastada pelos fundamentos científicos das diversas finalidades atribuídas às penas.

Em “Totem e tabu”, Freud menciona uma teoria segundo a qual as interdições são necessárias para evitar o contágio do grupo social pelo transgressor. Diante do desejo reprimido, o infrator torna-se ele mesmo um tabu, oferecendo o perigo de imitação da sua conduta.

Nesse sentido, com base nas teorias psicanalíticas, Klaus Günther observa que a punição do criminoso tem o condão de compensar a renúncia às pulsões, a fim de permanecerem recalçados os impulsos desviantes. Sendo assim, “a pena estabiliza os próprios mecanismos de repressão e recalque. Quando a confiança na inviolabilidade da norma é abalada pelo crime, a pena precisa eliminar a irritação que isso causa”¹⁰

Com a aplicação da sanção, a comunidade tem a oportunidade de praticar o ultraje como forma de expiação. Este contexto reforça o pensamento freudiano segundo o qual os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no transgressor quanto na própria comunidade que se vinga. Ainda sob a ótica freudiana, a violência deixa de representar a propensão destrutiva ou irracional de um indivíduo para se tornar um caminho capaz de instaurar o direito, a justiça e as sanções. Assim, “a violência é posta a serviço da preservação da comunidade e da vida cultural e não do desejo instintivo de matar ou de fazer sofrer o semelhante”¹¹.

Jurandir Freire Costa considera uma aproximação entre os pensamentos de Freud, Hobbes e Girard, entendendo, este último, que “a violência é a matriz de todas as instituições sociais e é o elo que permite entender a transição do estado de natureza ao estado de cultura”¹². Conclui, por fim, que os três pensadores creem na igualdade do medo da violência recíproca, no estado de natureza, que os leva a se unir em sociedade. Entretanto, na vida em comunidade, precisam da violência e do uso da força para resolução de conflitos que não puderam ser resolvidos pelo diálogo ou pela cooperação. Dessa ótica, vislumbra-se que toda cultura é estabelecida por normas garantidas pelo poder, que repousa na violência que fundamenta e mantém a vigência da ordem social e cultural.

De forma contínua à análise do que é exposto por Jurandir Freire Costa, é possível entender que “toda cultura é formada por instituições compostas de normas ou regras; ora, o que dita as regras e garante seu funcionamento é o poder; como todo poder repousa, em última instância, na violência, é a violência que funda e determina a vigência de qualquer ordem sociocultural”¹³.

¹⁰ Klaus Günther. “Crítica da pena II”, pp. 89-90.

¹¹ Jurandir Freire Costa. Violência e psicanálise, p. 26.

¹² Idem, ibidem, p. 29.

¹³ Idem, ibidem, p. 48.

3. A ANTIGUIDADE E O DESENVOLVIMENTO DA PENA

A pena, via de regra, nas antigas civilizações, baseava suas justificativas em fundamentos religiosos, e tinha como princípio a satisfação da divindade ofendida pelo crime. A partir desta necessidade de apaziguar a fúria de determinada divindade, decorrente da prática de um delito, diversos povos antigos passaram a utilizar os sacrifícios para apaziguar a cólera divina. Segundo Goldkorn,

“o sacrifício aparecia como uma forma aparentemente inteligente de transferir a energia vingativa do pecado para o objeto mágico, o qual era investido de mágica e simbolicamente do poder de purgar os pecados da tribo. A figura do bode expiatório nos fornece um bom exemplo. Esse costume perdurou por muito tempo entre os judeus, que colocavam pedaços de pergaminho (onde escreviam os seus próprios pecados) amarrados num bode, e depois o soltavam no deserto para vagar e por fim morrer, expiando assim os seus (deles) pecados”¹⁴.

Tamanha era a crença nas divindades entre os antigos que a autoridade simbolizava a vontade dos deuses, dos quais emanava o direito de punir. Essa espécie de delegação divina iria se repetir no período absolutista da Idade Moderna, que antecede a fase humanitária do Direito Penal.

A pena, na mitologia grega, possuía caráter de expiação sagrada. Ela era encarregada da manutenção da ordem social e do castigo aos autores dos crimes, os quais perturbavam a ordem familiar e social.

Com o desenvolvimento do pensamento político, em face do caráter religioso da pena, houve a debilitação da ideia teocrática do Estado, o que trouxe a necessidade de leis escritas¹⁵. Em Atenas, tais leis trouxeram equilíbrio entre o poder do Estado e a liberdade individual, o que contribuiu para afastar a vingança divina das práticas penais. Os sofistas passaram a sustentar a razão como fonte do conhecimento, abrindo o caminho para as doutrinas de Sócrates, Platão e Aristóteles¹⁶.

¹⁴ Roberto B. O. Goldkorn. O poder da vingança, pp. 23-24. Consoante Sylvia Brinton Perera, “o sacrifício hebreu do bode expiatório, descrito na Bíblia (Levítico, 16), constituía parte central no ritual Yom Kippur, O Dia do Perdão. Cerimônias de reconciliação e expiação do mal, em outras culturas, foram descritas por James George Frazer e por diversos antropólogos. Todas elas representam um veículo de renovação do contato com o espírito que rege o povo. Representam, também, uma tentativa de expulsar os males que afligem a humanidade, sejam estes a morte, a enfermidade, a violência, o sofrimento físico e psíquico ou o sentimento de culpa e pecado que acompanha a consciência de transgressão ao código moral” (O complexo de bode expiatório, p.15). Frazer chama a atenção para o fato de o bode expiatório poder ser humano. Segundo o autor, “no Sião, era costume excolher, num determinado dia do ano, uma mulher desgastada pela vida devassa e leva-la numa liteira pelas ruas ao som de tambores e oboés. A multidão insultava-a e atirava-lhe lixo; depois de levada por toda a cidade, ela era jogada num monturo ou numa moita de espinhos fora da cidade e proibida de voltar a esta. Acreditava-se que a mulher atraía sobre si, desta forma, todas as influências malignas do ar e os maus espíritos” (Sir James George Frazer. *O ramo de ouro*, p. 174).

¹⁵ Cujas principais fontes foram o Código de Dracon, de 621 a.C.

¹⁶ Essa transformação ocorrida na Grécia pôde ser sentida, principalmente, nas peças de Sófocles. Como sublinha Michel Foucault, “muitas peças de Sófocles, como Antígona e Electra, são uma espécie de ritualização teatral da história do direito. Essa dramatização da história do direito grego nos apresenta um resumo e uma das grandes conquistas da democracia ateniense: a história do processo através do qual o povo se apoderou do direito de julgar, do direito de dizer a verdade, de opor a verdade aos seus próprios senhores, de julgar aqueles que os governam” (A verdade e as formas jurídicas, p. 54).

O pensamento de Sócrates estava em consonância com o dos sofistas, no sentido de que os fundamentos jurídicos tinham de sofrer a crítica da razão individual, afastando-se da religião e dos costumes. “Sócrates, o mestre de Platão, demonstrou ser o Direito instrumento humano de coesão social, dotado de um fim bem definido, o Bem Comum, objetivo comum a todos, consistente no desenvolvimento integral de todas as potencialidades humanas, alcançável por meio do cultivo das virtudes”¹⁷. Essa filosofia iria, de modo gradual, contribuir para modificar a finalidade atribuída à pena — em um momento anterior, ofensa à determinada divindade, passaria a constituir ofensa à comunidade em si.

Platão, por sua vez, acreditava na imortalidade da alma, portanto, a justiça terrena tinha como único fim o respeito à lei¹⁸. Propunha que se imunizasse definitivamente a sociedade contra delinquentes não passíveis de correções externas — os incorrigíveis deveriam ser afastados da sociedade ou submetidos à pena de morte. Para o filósofo, a pena, quando merecida por quem a recebe, tem por objetivo torná-lo melhor ou servir de exemplo para outros,

“a fim de que estes, vendo-os sofrer o que sofrem, se atemorizem e se tornem melhores. Os que aproveitam com o seu próprio castigo, seja ele imposto pelos deuses, seja pelos homens, são os que cometem faltas remediáveis. Todavia, esse proveito só é alcançado por meio de dores e sofrimento, tanto aqui na terra como no Hades; não há outro modo de limpar-se da injustiça. Os culpados dos piores crimes, que, por isso mesmo, são incuráveis, são os que ficam para exemplo, sem que eles próprios tirem a menor vantagem disso, visto não serem passíveis de cura. Para os outros, porém, é proveitoso vê-los expiar eternamente os próprios erros por meio dos maiores, mais dolorosos e mais terríveis suplícios, expostos para exemplo na prisão do Hades, espetáculo e advertência, a um tempo, para quantos criminosos ali chegarem” (Górgias, 525, b, LXXXI)¹⁹.

Como ensina Janine Chanteur, para Platão, “a retribuição é a separação necessária do rompimento da ordem ontológica, cuja expressão sensível é social, mas cuja realidade, transcendendo a sociedade, fornece precisamente a essa sociedade seu grau de realidade na ordem universal e, por consequência, a torna necessária”. Com isso, conclui que a retribuição é, portanto, reparação, ela não é jamais vingança. “Ela não satisfaz pulsões, paixões ou sentimentos. Ela não é a expressão, que poderia entretanto parecer bem compreensível, de afetividade das vítimas ou de seus parentes. Ela é a condição necessária e suficiente do restabelecimento da ordem destruída”²⁰.

¹⁷ Eduardo C. B. Bittar. *A justiça em Aristóteles*, p. 50.

¹⁸ Entretanto, como observa Michel Villey, “Platão rejeitaria vigorosamente a definição do positivismo jurídico segundo a qual o direito seria o conjunto das regras positivas estabelecidas pelo Estado; e seu corolário: o trabalho do jurista consistiria em conhecer (como era o caso das faculdades de direito francesas no começo do século XIX) e aplicar textos de lei. Seu programa de estudos é o mais vasto: assim como o médico procura o remédio mais útil, o jurista está à procura da melhor solução” (*A formação do pensamento jurídico moderno*, 2005, p. 25).

¹⁹ Platão. *Diálogos*, p. 214. Consoante comentário de Eduardo Bittar, “seja no Górgias, seja nas Leis, seja na República, a retribuição aparece como a forma providencial de justiça cósmica. Nas Leis, sobretudo, a ordem do mundo é dada pela justiça retributiva (Leis, 903). Esta é infalível. O melhor à alma que se separa do corpo é nada dever a ninguém, pois aquele que algo dever, ainda que se esconda (Leis, 905), sob a justiça encaminhada pela providência divina haverá de sucumbir” (*A justiça em Aristóteles*, pp. 61-62).

²⁰ “Rétribution et Justice chez Platon”. In: *Rétribution et Justice Pénale*, pp. 28 e 30)

Embora discípulo de Platão, Aristóteles, por sua vez, possuía outra concepção acerca da pena. Para ele, esta seria um meio apto a atingir o fim moral pretendido pela convivência social. Por acreditar no poder de intimidação das sanções, sustentava que o delinquente que foge da dor deve ser castigado, já que as pessoas, em sua maioria, só se abstêm da prática de más ações por temerem a punição, e não por causa da baixaza de tais ações²¹. Afirmava, portanto, que “uma pessoa má, ansiosa apenas pelo prazer, só é corrigida pelo sofrimento, como uma besta de carga. É também por isto que se diz que os sofrimentos infligidos devem ser os mais contrários aos prazeres pelos quais estas pessoas anseiam”²².

Para Aristóteles, “não se trata de punir o culpado, de apaziguar a cólera dos deuses (a moral de Aristóteles não faz nenhuma referência ao divino) — mas de fazer que o justo permaneça entre os homens”²³.

Na Antiguidade, a administração da pena foi sendo pouco a pouco transferida do particular ao poder central. Embora inicialmente representasse uma espécie de satisfação a determinada divindade ofendida pelo crime, passou a ser considerada ofensa à própria comunidade. Isso ocorreu principalmente com a criação das cidades, como se verificou na Grécia. De qualquer forma, durante esse período, a punição não perdeu seu caráter de vingança, quer em seu aspecto divino, quer em seu aspecto público, não obstante o surgimento de conceitos relativos à retribuição proporcionada²⁴ (Aristóteles) e à finalidade da pena como emenda do condenado (Sêneca).

4. O CRISTIANISMO E A CONCEPÇÃO MEDIEVAL DA PENA

A reconstrução dos valores humanos pregada pelo cristianismo influenciou diretamente as práticas penais, ao passo que o homem passou a ser visto como imagem e semelhança de um deus único.

Para o homem medieval, todas as coisas eram derivadas de Deus. Por essa razão, a pena consistia em uma espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação como forma de salvação da alma para a vida eterna²⁵. Neste sentido, tal expiação explica, inclusive, o surgimento da privação de liberdade utilizada pela Igreja como oportunidade oferecida ao condenado para meditar sobre sua culpa e arrepende-se²⁶.

²¹ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Livro X, p. 206.

²² Idem, *ibidem*, p. 208.

²³ Jacques Henriot. “La Commensurabilité de la Peine chez Aristote”. In: *Rétribution et Justice Pénale*, p. 49.

²⁴ “Aristóteles estabeleceu a diferença entre os conceitos de justiça e de retribuição, introduzindo outra espécie desta última, distinta daquela preconizada pela Lei de Talião, arrimada na proporção baseada nas trocas sociais entre bens de naturezas diversas” (Eduardo C. B. Bittar. *A justiça em Aristóteles*, p. 102).

²⁵ De acordo com Michael Baigent e Richard Leigh: “A morte não concedia libertação da penitência. Se um homem morria antes de completar a penitência a ele imposta, isso era interpretado como condenação divina — uma indicação de que sua sentença não fora suficientemente severa aos olhos de Deus” (*A Inquisição*, p. 50).

²⁶ “Na evolução do conceito de penalidade, o cristianismo representa, em suma, a valorização máxima da interioridade do espírito. Essa conquista não poderá jamais ser abandonada. A Antiguidade só conhecia uma falsa interioridade; para ela, o espírito era natureza física ou intelectual, mas sempre ‘natureza’. Somente o cristianismo descobre a verdadeira espiritualidade do sujeito e faz dela uma força que, no interior do homem, luta, sofre e ama” (Fausto Costa. *El Delito y la Pena em la Historia de la Filosofía*, pp. 40-41).

Neste âmbito, a Igreja, como mandatária de Deus, se uniu ao poder secular e passou a ter influência decisiva nas questões de Estado. Entre os séculos VIII e XV, o cristianismo estabeleceu-se em toda a Europa Ocidental e o direito canônico foi praticamente o único escrito durante quase todo o período medieval, o que manteve a confusão entre crime e pecado.

Durante o período medieval, há comunhão de ideias entre a doutrina pregada por Santo Agostinho e a preconizada por Santo Tomás de Aquino. Ambas refletiam a preocupação maior da justiça *post mortem* e faziam a diferença entre as Cidades Divina e Terrena. Em ambas, a autoridade civil constituía mera representação da vontade divina, e as sanções impostas aos transgressores vistos como verdadeiros pecadores, não tinham por objetivo final a retribuição no sentido jurídico, mas sim no seu aspecto de conversão, por meio da expiação.

Não obstante essa finalidade atribuída à pena, o que prevalecia, no íntimo, era a necessidade de castigo, gerada pelo sentimento de revolta contra todo aquele que se insurgisse contra os preceitos religiosos. Como o homem medieval era guiado quase exclusivamente pela fé cristã, seu maior inimigo era o herege, contra o qual recaía a vingança, embora coordenada pelo poder central²⁷.

5. A PENA NA MODERNIDADE

Durante o Renascimento, são estudadas as sugestões apresentadas pelos autores desta fase histórica. Neste sentido, há destaque para Maquiavel, que justificava os castigos como forma de intimidação, para a segurança da sociedade e garantia do poder do soberano — concepção própria do absolutismo, que não visava outra finalidade da pena, a não ser a de incutir temor em nome da salvaguarda da monarquia absoluta.

Sua concepção do Direito, base do absolutismo que iria se instalar, futuramente, na Europa Ocidental, frisa que um príncipe deve

“não se preocupar com a fama de cruel se desejar manter seus súditos unidos e obedientes. Dando os pouquíssimos exemplos necessários, será mais piedoso do que aqueles que, por excessiva piedade, deixam evoluir as desordens, das quais resultam assassínios e rapinas; porque estes costumam prejudicar uma coletividade inteira, enquanto as execuções ordenadas pelo príncipe ofendem apenas um particular”²⁸.

Para o autor, os fins mais vantajosos para o Estado justificavam os meios, pouco importando se tais meios colocavam em risco os direitos e as necessidades de cada indivíduo. Desta forma, a obra de Maquiavel exaltava o poder de intimidação do castigo.

Thomas Hobbes, por sua vez, não vê o absolutismo com sua origem na delegação divina de poder, mas na convenção estabelecida entre os homens, sendo, portanto, absolutista sem ser teólogo. Da perspectiva de Hobbes, o poder não é conferido pela

²⁷ O homem medieval acreditava em forças sobrenaturais e bruxaria, considerada responsável pelas catástrofes naturais. Daí porque as bruxas satânicas, no fim da era medieval, tornavam-se bodes expiatórios perfeitos, gerando as chamadas caças às bruxas, nos séculos XVI e XVII. A imagem da bruxa poderia ser utilizada contra qualquer pessoa que não concordasse com os dogmas da Igreja (Sexo, desvio e danação: as minorias na Idade Média, p. 94).

²⁸ Nicolau Maquiavel. *O Príncipe*, p. 79.

legislação, porquanto esta só pode existir onde haja poder, representado pelo Estado na figura do soberano²⁹.

Segundo o referido autor, “de todas as paixões, a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo”³⁰. Nesta toada, a finalidade da intimidação que é pregada por Hobbes se faz consoante com a essência da soberania, baseada na vontade ilimitada da figura do soberano.

Apesar de sustentar defesa ao poder ilimitado do soberano, visando impedir a guerra infinita de todos contra todos, defende a impossibilidade de o indivíduo abandonar ou transferir alguns direitos por ocasião do pacto social; e também se manifesta contrário à autoacusação e às acusações conseguidas mediante tortura.

Durante o período moderno, outros autores de destaque também contribuíram de forma importante para as discussões à respeito da aplicação das penas, como Thomas More, em sua obra *Utopia*³¹ (1516), onde propõe evitar a prática de determinados crimes com o combate às suas causas principais, trazendo raciocínios de cunho humanitário para a elaboração do sistema penal — incluindo, aqui, a noção de culpabilidade, antecipando-se à concepção da responsabilidade de cunho subjetivo, em uma época em que predominava a responsabilidade de cunho objetivo.

Por fim, entre os autores renascentistas, destaca-se Campanella — tendo, no ritmo de Thomas More, também desenvolvido um conceito de cidade utópica —, que a exemplo de Platão, considerava os males da República, como o furto e a fraude, oriundos das diferenças entre a riqueza e a pobreza. Na visão do autor, sendo solucionada a questão da distribuição dos bens entre os cidadãos, deixaria de existir criminalidade, ao menos voltada para o patrimônio. Tal pensamento pode ser ligado ao conceito de criminologia marxista que seria desenvolvida posteriormente, e ainda defendida atualmente.

Conclusivamente, durante a Renascença, o castigo, que foi defendido como forma de intimidação ou como função medicinal, não conseguiu alterar a concepção penal, que serviu de alicerce para a Inquisição e para o próprio Direito medieval. Em um ponto de vista prático, pode-se considerar que tais obras reforçaram a continuidade do sistema punitivo medieval, agravado ainda mais pelo absolutismo que iria se instalar na Europa Ocidental.

De forma transicional, houve, na sociedade europeia ocidental do século XVIII — com o período de transição em ocorrência desde o século XV —, o desenvolvimento do modo de produção capitalista e, conseqüentemente, destruição do sistema econômico feudal, que foi substituído pela instauração das monarquias absolutas de direito divino³².

Durante o absolutismo, as penas eram aplicadas não com a função de supliciar os pecados do indivíduo perante a Deus, visando a salvação da alma, mas com o intuito de

²⁹ “(...) para Hobbes, a essência da soberania está no Absolutismo e na unicidade do poder, de tal forma que as vontades humanas individuais estejam subordinadas a uma só vontade” (Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. *Dicionário de política*, p. 6).

³⁰ Thomas Hobbes. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma República eclesiástica e civil*, pp. 131-132.

³¹ A palavra “utopia” passou a existir com a publicação do livro de mesmo nome. Na visão do autor, utopia seria a sociedade perfeita, a República ideal, capaz de englobar somente o necessário à felicidade de seus cidadãos.

³² Nas monarquias absolutas, a lei tornara-se a única fonte de produção jurídica, emanada da vontade soberana do rei, que não reconhecia outro poder jurídico acima dele nem admitia outro poder de controle de suas ações. Anteriormente, na era medieval, havia na sociedade pluralismo de ordenamentos jurídicos abaixo do Império, com destaque para os feudos (Marcos Antonio Lopes. *A imagem da realeza*, pp. 11-12).

intimar os demais através da reafirmação do poder do soberano — demonstrando, através de violência explícita, que este era a lei em si e nada podia o impedir de aplicar os castigos que entendesse válidos.

Neste contexto explica-se a ênfase ao crime de lesa-majestade, previsto no Título 6, do Livro V, das Ordenações Filipinas, cuja definição versa que:

“Lesamajestade quer dizer traição cometida contra a pessoa do rei ou seu real estado, que é tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharam que o comparavam à lepra, porque assim como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem e aos que com ele conversam, pelo que é apartado da comunicação da gente, assim o erro da traição condena o que a comete e empece e infama aos que de sua linha descendem, posto que não tenham culpa”.³³

Através da redação da referida ordenação, é explícito o intuito de atribuir um caráter divino ao soberano, carregando, este, tamanha honra, que trair sua pessoa configuraria um crime tão grave quanto a contração de lepra, doença já vista como forma de castigo dos deuses.

A gravidade dos suplícios, em nome da vingança pública, foi sentida em vários países. A punição, em termos de proporção, sempre ultrapassava a gravidade do crime cometido, como é exemplificado, em *Vigiar e Punir*, o famoso suplício suportado por Damiens, na França, condenado em 1757:

“(...) levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros do corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas e suas cinzas lançadas ao vento.”³⁴

Os suplícios integravam o próprio cerimonial da justiça penal daquela época. Por isso, como é relatado por Foucault, estes prolongavam-se mesmo após a morte. 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, em suma, não deixava de ser perseguido pela justiça, mesmo após a morte³⁵. No Brasil, a execução de Joaquim José da Silva Xavier, conhecido como Tiradentes, é exemplo dessa perseguição *post mortem* em nome da vingança pública. Além disso, os suplícios infligidos aos condenados guardavam certo fundo religioso, oriundo da época medieval³⁶.

Desta forma, até o final da época moderna não se verifica evolução do sistema punitivo. Foram adicionadas, à vingança pública, justificativas da penalidade medieval. A pena continuou sustentada por fundamentos religiosos, caracterizando uma espécie de

³³ Ordenações Filipinas, Livro V, p. 69.

³⁴ Michel Foucault. *Vigiar e punir*, p. 9.

³⁵ Michel Foucault. *Vigiar e punir*, p. 32.

³⁶ Como é destacado por Foucault, “o suplício antecipa as penas do além; mostra o que são elas; ele é o teatro do inferno; os gritos do condenado, sua revolta, suas blasfêmias já significam seu destino irremediável. Mas as dores deste mundo podem valer também como penitência para aliviar os castigos do além; um martírio desses, se é suportado com resignação, Deus não deixará de levar em conta. A crueldade da punição terrestre é considerada como dedução da pena futura; nela se esboça a promessa do perdão” (*Vigiar e punir*, p. 40).

represália à violação divina. Da mesma forma como ocorria no período medieval, a expiação tinha, também, o objetivo de salvar a alma do pecador para a vida eterna. Como no período do absolutismo, os sofrimentos suportados pelos condenados visavam abrandar suas culpas ou absolve-los perante Deus.

A reação aos atos de punição cruéis e arbitrários, através dos suplícios, em nome do absolutismo, surgiu com a própria evolução da humanidade e principalmente com a filosofia liberal do século XVIII.

Com o fim do absolutismo, as sanções, por via de consequência, perderam a função de reafirmar o poder do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade. A pena, nesse contexto, perdia igualmente o seu caráter religioso.

De acordo com o que é observado com Foulcault,

“a arte liberal de governar vai se ver obrigada a determinar em que medida e até que ponto o interesse individual, os diferentes interesses — individuais no que têm de divergente uns dos outros, eventualmente de oposto — não constituirão um perigo para o interesse de todos. Problema de segurança: proteger o interesse coletivo contra os interesses individuais”³⁷.

Na visão do autor, o acolhimento das sanções penais no século XVIII não foi causado pela alteração da sensibilidade das pessoas, mas em virtude dos interesses que passaram a reger a nova prática governamental do liberalismo, pelas duas vias mencionadas de delimitação do liberalismo — *direitos naturais e utilidade (fatos concretos)* —, cujos reflexos serão analisados na obra de Beccaria, *Dos delitos e das penas* (1764), que marcou o início da corrente clássica no âmbito penal e pode ser considerada a antecipação da *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789).

Reconhecido como o primeiro abolicionista da pena de morte, por considera-la cruel e ineficaz à prevenção geral, Beccaria manifestou-se de forma abrangente contra as injustiças do absolutismo do século XVIII. O autor em questão considera a pena capital, de efeito imediato, menos eficaz para prevenir o crime do que o longo período da privação da liberdade³⁸.

Em sua obra, com amparo na economia política do poder punitivo, segundo critérios de necessidade e utilidade, Beccaria também sustentou o abrandamento das penas, esclarecendo a importância de ser estabelecida uma relação dialética entre a necessidade da pena, para prevenção geral, e a liberdade individual, segundo o princípio da máxima segurança, conciliado com o da máxima liberdade³⁹.

De acordo com o que é observado por Franco Venturi:

“O nó que durante milênios se formou unindo com mil fios pecado e delito, crime e culpa, foi cortado por Beccaria com um único golpe. Que a Igreja, se o desejasse, se ocupasse dos pecados. Ao Estado cabia apenas a tarefa de

³⁷ Michel Foucault. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*, p. 54.

³⁸ “Não é o espetáculo terrível mas passageiro da morte de um celerado, e sim o longo e sofrido exemplo de um homem privado de liberdade e que, convertido em besta de carga, recompensa com seu trabalho aquela sociedade que ofendeu, que constitui o freio mais forte contra os delitos” (Cesare Beccaria. *Dos delitos e das penas*, p. 94).

³⁹ “Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros e defende-lo. A agregação dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito” (Idem, *ibidem*, p. 43). Segundo Alessandro Baratta: “Do princípio utilitarista da máxima felicidade do maior número [de pessoas] 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 implica” (*Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 34).

avaliar e ressarcir o dano que a infração da lei havia acarretado ao indivíduo e à sociedade. O grau de utilidade ou não utilidade media todas as ações humanas. A pena não era uma expiação⁴⁰.

Em resumo, segundo Beccaria, a pena, para não se tornar um ato de violência contra o cidadão, “deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis”⁴¹.

Como é destacado por Oscar Mellim Filho, “o indivíduo que pratica o delito, embora ofenda a sociedade, rompendo o contrato social, também faz parte dela, por ser um dos contratantes”⁴². Dessa ótica, a pena cruel estaria em contradição com o próprio pacto social.

Por fim, Beccaria também se mostrava contrário à tortura nos processos, enfatizando a inutilidade de tal meio, uma vez que o inocente, visando escapar dos sofrimentos, admitiria sua culpa, enquanto o responsável permaneceria isento de punição, caso os suportasse.

Na época da publicação de seu livro, a tortura, oriunda da Inquisição, era largamente utilizada nos processos criminais. Abolida no final do século XVIII, hoje caracteriza, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, crime equiparado ao hediondo, previsto em legislação específica.

Consoante com o posicionamento de Beccaria, Voltaire concorda com o pensamento humanitário do autor, no sentido de que a punição excessiva e desproporcional à gravidade do crime torna-se perniciosa para o Estado. O suplício, em seu entendimento, constitui invenção da tirania e não da justiça.

A França, não obstante a obra de Beccaria e a influência de Voltaire e dos filósofos iluministas, demorou a abolir a tortura e manteve a pena capital e um regime carcerário cruel. Uma das razões para essa permanência, mesmo nas proximidades da queda do antigo regime, foi o crescimento da periculosidade social, atribuída a camponeses, mendicantes e criminosos⁴³. Nem mesmo com a Revolução Francesa, alicerçada nos direitos naturais do indivíduo, a pena de morte foi afastada.

Considerando o exposto, Jacques Derrida conclui que a permanência da pena de morte na França ocorre devido à suspensão da justiça almejada para formar o direito da revolução em nome da soberania, apta a justificar a medida de exceção. Segundo o autor, a soberania, de origem teológica, outrora delegada ao monarca, passou a ser delegada ao povo ou à nação⁴⁴. Entretanto, a necessidade manifestada pelo marquês de Beccaria de humanizar as leis penais motivou vários monarcas a modifica-las, como Catarina II, da Rússia (1767); Frederico o Grande, da Prússia; e José II, da Áustria. Na Itália, por sua vez, somente em 11 de setembro de 1789 foi suprimida a tortura⁴⁵.

Contemporâneo à Beccaria, Manuel de Lardizabal y Uribe, sustenta que a sanção penal não pode ser tão grave a ponto de ultrapassar a necessidade de correção do delinquentes ou de prevenção geral pela intimidação.

Continuamente, defende o princípio da personalidade da pena, segundo o qual ela não pode ultrapassar a pessoa do delincente, por mais grave que seja o crime cometido. No Brasil, esse princípio só foi incorporado na Constituição de 1824 (artigo 179, n. 20),

⁴⁰ Franco Venturi. *Utopia e reforma no Iluminismo*, pp. 189-90.

⁴¹ Cesare Beccaria. *Dos delitos e das penas*, p. 139.

⁴² Oscar Mellim Filho. *Ética de interesses versus ética de princípios: Cesare Beccaria e a justificação da punição legal*, p. 40.

⁴³ Franco Venturi. *Utopia e reforma no Iluminismo*, p. 207.

⁴⁴ Jacques Derrida e Elisabeth Roudinesco. *De que amanhã... diálogo*, p. 107.

⁴⁵ Luis Jiménez de Asúa. *La Ley y el Delito*, p. 35.

que derogou as normas das Ordenações do Reino que puniam descendentes por crimes cometidos por seus ancestrais.

Consoante seu entendimento, o agente só seria responsável pela prática de um crime se tivesse atuado com dolo ou culpa em sentido estrito⁴⁶. Desta forma, demonstrava preocupação com o elemento subjetivo da infração penal, em uma época em que predominavam os aspectos objetivos do crime.

O autor também advertiu ter a experiência demonstrado que a maior parte dos condenados saía dos presídios com mais vícios. Daí a necessidade de serem criadas casas de correção, para tornar os egressos mais úteis e proveitosos à sociedade. Propunha a substituição das prisões por verdadeiras casas de correção. Naquela época, embora a prisão como pena tivesse pouco tempo de existência, pois só era anteriormente utilizada como medida cautelar, para imposição dos suplícios ou outros castigos, já apontava vícios semelhantes aos da atualidade.

Por sua vez, Jeremias Bentham, considerado grande expoente do princípio utilitário das penas, concluiu que estas constituem um mal contra os que praticam atos proibidos pela lei, com a finalidade de prevenir infrações futuras⁴⁷. Obstante, a eficácia dessa prevenção estaria incompleta sem a investigação das causas da criminalidade.

O delinquente, considerado inimigo público, é tornado inócuo a partir da pena, portanto, daí sua utilidade. Nesse sentido, o autor enfatiza:

“A pena causa um mal na primeira ordem, e um bem na segunda: faz passar o criminoso por um padecimento, em que tem incorrido por sua vontade; e nos seus efeitos secundários transforma-se em um bem, amedronta os homens perigosos, é o alento das almas inocentes, e vem a ser o único abrigo que pode manter e conservar qualquer sociedade”⁴⁸.

Continuamente, no entender do autor, o Estado deve lucrar com a imposição dos castigos — lucro, este, consubstanciado na utilidade geral de prevenção de novos crimes. Portanto, como justificativa econômica, propõe a proporcionalidade da pena, mantida nos limites de sua necessidade com o intuito de que não se torne dispendiosa. Dentro de tal proporcionalidade, devem ser aferidas, bem como as circunstâncias objetivas de cada infração, as que influem na sensibilidade dos indivíduos. Assim, as circunstâncias de caráter subjetivo, dentro da questão relativa às sanções penais, ganhavam mais terreno.

Embora defendesse a função retributiva da pena, consoante o pensamento clássico, Bentham sustentou a medida da pena na necessidade de prevenção geral, com critérios também voltados para a individualização. Como forma de prevenção da criminalidade, apontava o dever do Estado em propiciar os meios de subsistência e educação aos indivíduos. Neste sentido, concluiu:

“um bom Governo é a imagem de um pai, que não mortifica; nem desterra seus filhos, senão depois de esgotar todos os meios de os poder emendar. Facilitai os meios de cada um poder ganhar a sua vida, desterrai a ociosidade, e os delitos serão menos: educai a mocidade; na boa educação e na paz e felicidade das famílias estão as sementes da felicidade geral”⁴⁹.

Bentham também foi o criador do projeto arquitetônico do *Panóptico*, destinado às casas de correção, que passaria a ser utilizado na construção de várias prisões, a partir da primeira metade do século XIX. O panóptico é definido pelo autor como

⁴⁶ Manuel de Lardizabal y Uribe. *Discurso sobre las Penas*, p. 46.

⁴⁷ Jeremias Bentham. *Teoria das penas legais*, p. 17.

⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 83.

⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 11.

“um edifício circular, ou polígono com seus quartos à roda de muitos andares, que tenha no centro um quarto para o inspetor poder ver todos os presos, ainda que eles não o vejam, e donde os possa fazer executar as suas ordens sem deixar seu posto”⁵⁰.

Neste sentido, observa Michel Foucault que “o Panóptico funciona como uma espécie de laboratório de poder. Graças a seus mecanismos de observação, ganha em eficácia e em capacidade de penetração no comportamento dos homens”⁵¹.

Posteriormente, Giandomenico Romagnosi enfatiza em sua obra que a pena deve seguir o delito, como meio necessário utilizado pela sociedade e como seu direito, voltado para sua própria conservação. Para o autor, de acordo com observação de Aníbal Bruno, “a pena vale como contraestímulo criminoso, e aí está a sua natureza e o seu limite — aquela que não é absolutamente necessária como contraestímulo é injusta. Por isso deve ser proporcional, não à gravidade do crime ou à importância do dano, mas ao impulso criminoso, que ela se destina a contrabalançar”⁵².

Por sua vez, a doutrina do referido autor encontra grande oposição em Kant, um grande expoente das teorias absolutas ou retributivas da pena. O crime, na visão kantiana, configura transgressão ao direito de cidadania, cuja pena a ele deve corresponder, medida por uma espécie de talião jurídico. De acordo com ensinamento de Beleza dos Santos,

“o que caracteriza as doutrinas da retribuição é considerarem o crime não só pressuposto, mas, de certa maneira, medida da pena; quer dizer, o mal que esta faz sofrer ao criminoso deverá ser equivalente, adequado ao mal socialmente produzido por aquele; o crime deverá ter a pena que merece, esta será um desvalor para o criminoso, equivalente ao desvalor social do crime”⁵³

Continuamente, consoante Nieves Sans Mulas, “Kant sustenta a tese de que a pena é uma retribuição ética justificada pelo valor moral da lei infligida pelo culpado. A Lei Penal, dessa forma, apresenta-se como um ‘imperativo categórico’. Como uma exigência incondicionada de Justiça, e, portanto, livre de toda consideração utilitarista”⁵⁴.

Neste sentido, a partir da análise da obra de Kant, é possível observar a defesa de que a pena constitui uma necessidade de justiça absoluta, com o objetivo de restaurar a ordem social violada pela transgressão⁵⁵.

Na teoria kantiana, o Direito Penal é uma forma de restrição forçada da vontade individual para garantir a estabilidade da comunidade, uma vez que o homem apresenta tendências naturais à ambição, por meio da dominação. Considerando o que é observado por Wolfgang Naucke, dentro do contexto apresentado, “este é o direito que permite ao homem passar do estado natural para o cultural”⁵⁶.

A teoria absoluta viria a ser retomada por Hegel, no sentido da justiça da pena em sua própria aplicação. Este, considerava o crime como violação de um direito, que deve ser suprimido por meio da pena, o que possibilitaria, desta forma, a restauração do direito⁵⁷. Desta forma, o crime é a negação do Direito, enquanto a pena, como negação do crime, reafirma o Direito.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 106.

⁵¹ Michel Foucault. *Vigiar e punir*, p. 180.

⁵² Aníbal Bruno. *Direito penal. Parte geral*, p. 87.

⁵³ Apud Anabela Miranda Rodrigues. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, p. 165.

⁵⁴ Nieves Sans Mulas. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*, p. 40.

⁵⁵ Emmanuel Kant. *Doutrina do direito*, p. 176.

⁵⁶ Wolfgang Naucke. “*Le Droit Pénal Rétributif Selon Kant*”, p. 75.

⁵⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel. *Princípios da filosofia do direito*, pp. 88-89.

Desta forma, para Hegel, considerando entendimento expresso por Raymond Polin, o essencial na pena não é seu elo com a pessoa lesada, mas sua relação lógica com a justiça. Continuamente:

“O crime, como expressão da violação do Direito, constitui atentado à vontade substancial universal, na qual se inclui a do próprio criminoso. Por isso, a vontade manifestada no crime é contraditória com ela mesma. Com a punição, visa-se, portanto, atentar contra a vontade particular do criminoso e suprimir a existência empírica do crime, reafirmando, dessa forma, o Direito”⁵⁸.

Tanto para Hegel quanto para Kant, diante de observação elaborada por Klaus Günter, o infrator, ao cometer um crime, cria uma espécie de “contranorma”, motivo pelo qual à pena incumbe negar essa “contranorma” e reforçar a obrigatoriedade da norma jurídica original⁵⁹. Desta forma, a pena é justa por sua função de reafirmação do Direito, não por produzir um mal correspondente ao crime cometido, uma vez que é irracional a objetivação de um mal pela via do castigo diante do mal produzido pelo crime, como ocorre no talião, o que caracteriza vingança.

Hegel, da mesma maneira que Kant, se manifestou partidário da pena de morte, combatendo a tese abolicionista de Beccaria, baseada no contrato social.

Em sequência, na segunda metade do século XIX, assim como Beccaria, Francesco Carrara se manifestou contrário às penas capitais e aos martírios infligidos aos delinquentes. Defende, desta forma, que mesmo com a prática do crime, não perde o infrator os direitos inerentes à sua condição humana.

Referido autor conceitua o delito como ente jurídico — com arrimo no livre-arbítrio — cuja essência consiste na violação de um direito, decorrente de uma vontade livre e inteligente do criminoso⁶⁰. Não menciona, por sua vez, nenhuma finalidade reeducativa na pena, embora proponha sua proporcionalidade com o delito praticado.

Considera o excesso na retribuição uma violação do direito, prepotência e tirania. Já a deficiência, configuraria traição ao dever da autoridade de impor sanções. Portanto, a quantidade da pena prevista pelo legislador deve ser medida por critérios jurídicos, baseados na proporcionalidade dos danos causados pelo crime, ou no perigo ao bem jurídico tutelado pela norma. A pena, assim, teria o condão de tranquilizar o espírito dos indivíduos, de modo a afastar a agitação primitiva causada pelo crime: “Sem o sistema penal, conforme conclui, seriam as cidades um contínuo teatro de lutas e de guerras sem limites. E aí está porque na *tranquilidade* reside, segundo meu modo de entender, o verdadeiro fim da pena”⁶¹. Portanto, conclusivamente, a pena, então, para o autor, nada mais é do que um mal necessário contra o mal do crime, com o escopo de preservar a tranquilidade pública. Punir significa causar um mal.

Diante do exposto, conclui-se que a corrente clássica contribuiu de forma significativa para a evolução do Direito Penal, uma vez que procurava afastar dos ordenamentos jurídicos os suplícios e os castigos corporais. O corpo deixava de ser objeto imediato do castigo, abrindo terreno para a pena de prisão, que prevalece até hoje. Entretanto, ainda com a evolução destas ideias, predominava a teoria absoluta da pena, onde a sanção encontra fundamento em si mesma.

Consecutivamente ao período clássico, têm-se o positivismo criminológico, no final do século XIX. Tal período inverteu o método habitual, segundo o qual as

⁵⁸ Raymond Polin. “La Notion de la Peine dans la Philosophie du Droit de Hegel”. In: *Rétribution et Justice Pénale*, p. 88.

⁵⁹ Klaus Günter. “Crítica da pena I”, p. 59.

⁶⁰ Francesco Carrara. *Programa do curso de direito criminal. Parte Geral, v. I*, p. 11.

⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 78.

instituições e as tradições determinavam a natureza criminal. Para o positivismo, era o criminoso que deveria ser investigado no lugar do delito, já que este configura apenas uma manifestação da periculosidade do indivíduo. Desta forma, o criminoso passa a ser estudado como um ser enfermo, em razão de sua herança patológica ou pelo determinismo social⁶².

Com a publicação de *L'Uomo Delinquente*, em 1876, Cesare Lombroso, partidário do determinismo, dá início ao positivismo criminológico. Defende, em sua tese, que o delinquente é uma espécie do gênero humano que comete necessariamente crimes, em razão de seus caracteres antropológicos, determinados pelo atavismo — outrora vinculado a dados antropológicos, cedeu lugar ao caráter psicológico, diante da impossibilidade de serem reconhecidos índices somáticos da constituição antropológica do delinquente⁶³.

A tese do determinismo faz com que a ideia do castigo perca sua eficácia, de forma a ceder lugar às propostas de medidas de defesa social sugeridas pelos sucessores de Lombroso — cuja obra, concentrada no estudo do homem delinquente, motivou o surgimento da criminologia e das ciências relacionadas a esta, como a Psicologia, a Biologia e a Sociologia, passando, então, o Direito Penal, a ser estudado de forma conjunta com outras áreas do conhecimento humano.

Nesta toada, no campo da sociologia, Enrico Ferri destaca-se na Escola Positiva. Este sustenta que a função da justiça penal não deve ser outra senão a de preservar a existência da sociedade. Considera que, para a imposição da sanção penal, os critérios relativos à proteção da sociedade devem prevalecer sobre a questão da aferição da culpabilidade de cada infrator.

Continuamente, em consonância a Lombroso e Ferri, Gerofalo reforça a tese de que o delinquente, em razão de sua anormalidade inata, está fadado à reincidência e à prática de crimes. Desta forma, não acredita na recuperação de delinquentes e sustenta que o trabalho educativo que é desenvolvido nas prisões possui um efeito nulo — ou quase nulo. Defende, ainda, apesar de sua defesa sobre a ausência de livre-arbítrio no delinquente, que é importante, com o intuito de evitar a reincidência, não permitir ao egresso de um estabelecimento penal retornar ao seu ambiente antigo.

Ao considerar o que foi até aqui exposto, percebe-se que a corrente positivista passou a se interessar pela pessoa do criminoso, abrindo caminho para o surgimento da criminologia — e a aproximação com outras áreas do conhecimento a elas vinculadas. Desta forma, o crime deixava de ser apreciado de modo abstrato, passando a ser estudado como fato humano de natureza individual, com origem na estrutura biológica e social do delinquente.

Ao final do século XIX, é apresentada, por Franz von Liszt, uma nova concepção do Direito Penal que procura conciliar princípios das Escolas Clássica e Positiva. Para o referido autor, a pena fundamenta-se na necessidade de manutenção da ordem jurídica e, conseqüentemente, do Estado. Só será justa se for necessária para a manutenção da ordem jurídica. Por sua vez, obstante à corrente positiva, defende o livre-arbítrio como pressuposto da aplicação da pena, uma vez que esta “pressupõe somente que o indivíduo sobre quem ela recai pode sentir, como todos os outros homens, o mal que lhe é infligido,

⁶² Francisca Cano López. “La Influencia del Positivismo en la Criminología y Penología Españolas: Orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición”. In: *Mitologías y Discursos sobre el Castigo: Historia del presente y posibles escenarios*, p. 70.

⁶³ Roberto Lyra. *Novas escolas penaes*, p. 48.

e, como todos os outros homens, pode assimilar as ideias que a cominação e a execução da pena devem suscitar”⁶⁴.

Por fim, concorda apenas com a possibilidade de aplicação de medidas de defesa social contra indivíduos que são considerados perigosos após terem cometido uma infração penal, uma vez que a imposição da pena ofende — de forma imediata e profunda — a liberdade individual, sendo este motivo pelo qual a mera intenção do agente de praticar um crime não pode dar lugar à ação repressiva do Estado.

6. OS MOVIMENTOS DE DEFESA SOCIAL

Durante o período que se deu entre as duas guerras mundiais, o Direito Penal se distanciou da corrente humanitária, dando lugar a um viés extremamente repressivo, predominando o tecnicismo jurídico — onde o Direito Penal deve se afastar de qualquer indagação de política criminal ou de cunho filosófico — resultando em um retrocesso em face do positivismo crítico. Dessa forma, as leis vigentes passam a ser o único objeto de estudo do Direito Penal.

A influência de referido tecnicismo ecoa em diversas legislações da primeira metade do século XX — como no Código Italiano de 1930 e na Constituição brasileira de 1937, que prevê a aplicação da pena de morte para o “homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade”⁶⁵. Entretanto, no Brasil, a pena de morte não chegou a integrar as sanções do Código Penal de 1940, tendo, então, os legisladores desprezado o mandamento constitucional.

Finalizada a Segunda Guerra Mundial, ocorre um movimento de retorno às concepções humanitárias — em reação aos crimes contra a humanidade recentemente cometidos —, acontecendo a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujos princípios tiveram grande reflexo no Direito Penal, com destaque para a abolição da pena capital em países como a República Federal da Alemanha, França e Itália.

Os movimentos humanitários do período pós-guerra trouxeram para o Direito Penal uma nova doutrina de defesa social, que em um momento anterior tinha como sentido a defesa 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 indivíduo⁶⁶.

Esta nova corrente, por sua vez, defende um processo penal mais abrangente, que investigue não apenas a prática do crime, mas também a constituição biológica do delinquente e seu aspecto psicológico — bem como sua história pessoal. O fato criminal passa, então, a ser analisado como um fenômeno social e humano, o que conduz ao distanciamento do tecnicismo jurídico por parte da justiça penal.

O movimento reconhece que a prisão, não obstante suas consequências negativas, é inevitável no mundo contemporâneo. Entretanto, considera que o período de encarceramento pode ser utilizado como uma ocasião a proporcionar ao delinquente a oportunidade de se modificar através do tratamento, de forma a deixar de oferecer um perigo para a sociedade. Não há necessidade para que a pena seja cumprida em condições

⁶⁴ Franz von Liszt. *Tratado de direito penal alemão*, pp. 160-161.

⁶⁵ Constituição brasileira, artigo 122, n. 13, letra j.

⁶⁶ Marc Ancel. *A nova defesa social*, pp. 4-5.

desumanas, incompatíveis com sua socialização. Ainda, reconhece que o Direito, além de não ser a única, não é a melhor arma para ser empregada na luta contra a criminalidade.

Além de ser contrário à pena capital, o movimento moderno de defesa social solicita a revisão das sanções tradicionais existentes, postulando a descriminalização de certas condutas, seja em razão de novos valores ou pela ofensa mínima ao bem jurídico protegido. Com esta posição, visa evitar o encarceramento em massa, passando a pena privativa de liberdade a ser vista como uma medida de caráter excepcional.

De forma inédita, há, ainda, por parte de referida corrente, preocupação com a questão da impunidade de crimes econômicos, sendo estes praticados, em sua maioria, por autores que habitam as camadas mais elevadas da sociedade. Para estes, não se pode desprezar a eficácia das medidas preventivas e das sanções como um todo, incluindo, aqui, as penas privativas de liberdade — tendo como intuito a reeducação cívica, com o escopo de harmonizar a coesão social.

6.1. INFLUÊNCIA DA NOVA DEFESA SOCIAL SOBRE AS LEGISLAÇÕES DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XX

Ao considerar o que se ocorre no Brasil, constata-se que a legislação penal vem se ajustando aos postulados que foram traçados pelo moderno movimento de defesa social, no que tange a busca por penas alternativas, com um enfoque para a reparação do dano causado pelo crime, como é possível observar na Reforma Penal de 1984, na Lei dos Juizados Especiais Criminais⁶⁷ e na legislação das penas alternativas⁶⁸ — chegando a prever a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nas condenações de até quatro anos de reclusão, em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

A legislação penal brasileira estabelece, ainda, meios eficazes para prevenir e reprimir a criminalidade organizada, dentro do equilíbrio entre as exigências da tutela estatal e a proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos⁶⁹. Consoante é o que ocorre no que se refere à criminalização da tortura⁷⁰ — prevista desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

No que tange a progressão de regimes, esta atende a um dos objetivos da Lei de Execução Penal, previsto em seu artigo 1º, de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, em consonância com os postulados progressistas da Nova Defesa Social. Continuamente, a Lei n. 12.433, de 2011, alterou a Lei de Execução Penal, de forma a inserir também, como forma de remissão de pena, além do trabalho, as atividades estudantis, com a finalidade de ressocialização do confinado.

⁶⁷ Lei n. 9.099, de 1995.

⁶⁸ Lei n. 9.714, de 1998.

⁶⁹ Oswaldo Henrique Duek Marques. “Considerações sobre a criminalidade organizada”. In: Justiça penal — críticas e sugestões, n. 6, p. 281.

⁷⁰ Lei n. 9.455, de 1997.

7. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: O CÓDIGO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIV, assegura “aos presos o respeito à integridade física e moral”. O inciso seguinte garante “às presidiárias as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. De acordo com o inciso XLVII, não haverá penas i) de morte, salvo o caso de guerra externa declarada, nos termos do artigo 84, XIX; ii) de caráter perpétuo; iii) de trabalhos forçados; iv) de banimento; e v) cruéis.

Supracitados dispositivos preveem o princípio da humanidade nas penas, relacionado com a dignidade da pessoa humana, limite essencial à atuação do Estado no âmbito penal. Partindo deste princípio, é incabível qualquer ação ou omissão estatal capaz de ofender a condição humana, seja do investigado, seja do acusado ou do condenado. Desta forma, todo ser humano, independentemente do delito cometido, possui dignidade, exclusivamente em razão de sua condição humana, e deve ser tratado com respeito e com humanidade. Por esta razão, em um Estado Democrático de Direito, não se consideram legítimas as penas degradantes, desumanas e cruéis⁷¹. Consoante Luigi Ferrajoli,

“o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um valor político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser”⁷².

No que se refere ao Código Penal, se interpretado seu artigo 59, em consonância com os princípios contidos na Constituição de 1988, alicerçada na dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que ficou estabelecida para a pena a teoria da prevenção geral, em sua versão limitada aos princípios constitucionais, de reforçar os valores contidos na norma penal.

As medidas preventivas utilizadas pelo Direito Penal, por atingirem a liberdade individual — protegida constitucionalmente — apresentam uma relação dialética entre as exigências de prevenção e reprovação com as de preservação de liberdade. Nesta toada, a Constituição brasileira não estabelece de forma expressa o princípio da necessidade, entretanto,

“o fundamento material do princípio da necessidade, na Constituição brasileira, pode ser apreendido a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, e V, respectivamente), assim como por meio da garantia de liberdade inserida entre os direitos e garantias individuais (artigo 5º, *caput*) e do amplo rol de direitos individuais e coletivos (artigo 5º), que atuam como freio à criação e manutenção das normas penais”⁷³.

⁷¹ Oswaldo Henrique Duek Marques e Carolina Alves de Souza Lima. “O princípio da humanidade das penas”. In: *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*.

⁷² Luigi Ferrajoli. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 364.

⁷³ Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*, p. 84.

Na legislação penal atualmente em vigor, é previsto o perdão judicial em casos de homicídio culposo e de lesão corporal culposa, de forma que o juiz pode deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o agente de forma tão grave que a sanção se torne desnecessária⁷⁴. Diante de tal possibilidade, abre-se margem para pensar, equivocadamente, que a finalidade da pena seria a de causar consequências graves para o agente; no entanto, em 1977, ao introduzir essa espécie de perdão judicial, anteriormente à reforma da Parte Geral do Código, em 1984, não havia nenhuma previsão de finalidade preventiva para a pena, tampouco os princípios constitucionais consagrados pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, a pena tinha por finalidade exclusivamente a retribuição, baseada no mal do crime cometido pelo agente.

Com a Nova Parte Geral do Código Penal (1984), por força do artigo 59, consoante com os princípios constitucionais vigentes, impõe-se uma releitura sobre a natureza jurídica do perdão judicial, que não pode mais ser interpretado a partir da finalidade retributiva da pena. A partir desta nova ótica, têm-se a comunicação para a comunidade de que o mal gerado para o infrator não justifica o reforço de vigência da norma por meio da sanção penal.

8. AS PRÁTICAS PENAIS NO SÉCULO XXI E SUAS ANÁLISES DOUTRINÁRIAS

Embora a pena privativa de liberdade deva ser mantida como *ultima ratio*, frente à impossibilidade de sua renúncia nos dias atuais, isso não significa renunciar aos limites necessários da prisão para preservar a dignidade humana, nem renunciar a reduzir, na medida do possível, os aspectos negativos do ambiente prisional, como a insuficiência de espaço e a insegurança individual⁷⁵.

Sustenta-se, ainda, não se poder harmonizar a retribuição penal com a reeducação do delinquente, em razão do mal contido na pena, cujo caráter estigmatiza em vez de propiciar sua recuperação. A esse respeito, Alessandro Baratta menciona o reconhecimento científico da impossibilidade de o indivíduo ser reintegrado por meio do cárcere, pois este representa para a sociedade somente um sofrimento imposto como castigo, o que reforça as concepções absolutas da pena ou da prevenção especial negativa⁷⁶. Entretanto, o mal contido na pena não deve ultrapassar a privação de liberdade, nada impedindo que durante o período dessa privação possa ser desenvolvido um trabalho voltado à socialização do preso. Dessa forma, a finalidade preventiva geral pode conciliar-se com a finalidade de socialização.

Alessandro Baratta atenta, ainda, para a relação entre a sociedade que exclui e o preso por ela excluído. Desta forma, não seria possível, de forma concomitante, a exclusão e inclusão por meio da pena. De acordo com o autor, as sociedades capitalistas baseiam-se em relações de egoísmo e violência ilegal, nas quais os indivíduos mais débeis são submissos e explorados. Por esse motivo, “antes de falar em educação e reinserção social é necessário, portanto, fazer um exame do sistema de valores e dos modelos de comportamento presentes na sociedade em que se quer reinserir o preso”⁷⁷.

⁷⁴ Artigo 121, § 5º, e artigo 129, § 8º, ambos do Código Penal.

⁷⁵ Nieves Sanz Mulas. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*, p. 213.

⁷⁶ Alessandro Baratta. *Resocialización o Control Social: Por um concepto crítico de 'reintegración social' del condenado*. In: *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*, p. 252.

⁷⁷ Alessandro Baratta. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 186.

Atualmente, a pena permanece com seu teor de castigo, como nas épocas mais remotas da história. Neste sentido, conclui Duek que “somente com a conscientização dessa realidade mítica da vingança existirá a possibilidade de refletir sobre as práticas penais e de humaniza-las, a fim de que, na prática, possam transformar-se e tornar-se efetivamente benéficas para a comunidade⁷⁸”.

9. NOTAS CONCLUSIVAS

Iniciada no âmbito da vingança privada entre as comunidades primitivas, a punição evoluiu com o intuito de proteção destas, uma vez que a vingança desenfreada levava à existência de guerras infundáveis que enfraqueciam as próprias comunidades em suas estruturas de defesa no que se refere à ataques externos, das quais eram passíveis. Considerando determinado contexto, entende-se, desde o início, que repousa na violência a demonstração de poder e, conseqüentemente, a manutenção deste. Neste sentido, é a violência que rege toda a história da punição.

Vencido este período primitivo da história, as antigas civilizações passam a buscar as justificativas da punição em fundamentos religiosos. Entretanto, o desenvolvimento do pensamento político traz um novo caráter para as penas, o que contribui para o afastamento da ideia de vingança divina contido na pena. A sustentação da razão como fonte de conhecimento foi o meio de abrir caminho para doutrinas que sustentassem estes novos ideais. Neste sentido, a criação das cidades, na Antiguidade, teve um papel fundamental para a transição da noção de ofensa à determinada divindade com a prática de um crime para a ideia de ofensa à própria comunidade.

Durante o período medieval na Europa Ocidental, o homem entendia que todas as coisas eram derivadas de Deus. A Igreja, então, como mandatária de Deus, passou a ter influência decisiva em questões do Estado, onde a sustentava-se a necessidade de expiação dos pecados advindos da prática do crime com a aplicação da pena — que não possuíam, por objetivo final, a retribuição jurídica do mal causado.

Posteriormente, a “era das luzes” instaurada com o Renascimento, acompanharia o desenvolvimento do modo de produção capitalista, em contrapartida ao sistema econômico feudal, que foi substituído pela instauração das monarquias absolutas de direito divino. Diferentemente do que ocorre no período medieval, aqui as penas não são aplicadas com a função de supliciar os pecados do indivíduo perante a Deus, visando a salvação da alma, mas com o intuito de intimidar os demais através da reafirmação do poder do soberano.

Ainda na modernidade, diversas discussões doutrinárias se erguem com o intuito de debater a aplicação das penas — trazendo, para o centro da mesa, questões como a aplicação da pena capital ou, como um todo, o uso de violência na aplicação das penas. Neste sentido, instauram-se defensores, durante o curso deste recorte histórico, das escolas clássica e positivista, por exemplo, que contribuem para o surgimento da criminologia e das ciências relacionadas a esta, passando, então, o Direito Penal a ser estudado de forma conjunta com outras áreas do conhecimento humano.

Por fim, os movimentos humanitários reforçados no período posterior às duas guerras mundiais trouxeram para o Direito Penal um novo movimento de defesa social, que defendem, com cada vez mais afinco, a necessidade de um processo penal mais

⁷⁸ Oswaldo Henrique Duek Marques. *Fundamentos da pena*, p. 28.

abrangente, que vá além da investigação da prática do crime, mas também do fenômeno social e humano presente no fato criminal. Neste sentido, tais movimentos contribuíram de forma direta para o tratamento da punição nas legislações que surgiram a partir da segunda metade do século XX — influenciando, no Brasil, principalmente, a Constituição Federal de 1988 e as reformas do Código Penal vigente.

REFERÊNCIAS

A NICÓMACO, ARISTÓTELES—Ética. Trad. do grego e notas de António C. **Caeiro**. Lisboa: **Quetzal Editores**, 2004.

ANCEL, Marc. A nova Defesa Social, tradução da 2a. ed. rev. e notas por Osvaldo Melo. **Rio de Janeiro, Forense**, 1979.

BAIGENT, Michael; LEIGH, Richard. **A inquisição**. Imago, 2001.

BARATTA, Alessandro. Resocialización o control social: por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do Colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: **Revan**, p. 251-265, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal**. Siglo xxi, 1986.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas (Dei Delitti e delle pene—1764). Trad. **Paulo M. Oliveira**, v. 13, 2010.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Edijur, 2002.

BITTAR, Eduardo CB. **A justiça em Aristóteles**. Grupo Almedina, 2021.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política**. Siglo xxi, 1991.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. Lei n. 9.714, de 1998. Lei n. 9.455, de 1997. Lei n. 9.099, de 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988.

BRUNO, Aníbal. Direito penal: parte geral: v. 3. 2009.

CANO, Francisca. La influencia del positivismo en la criminología y penología españolas: orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición. In: **Mitologías y discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios**. Anthropos, 2004. p. 61-80.

CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral, Volume I. Tradução **Ricardo Rodrigues Gama**. Campinas, SP: **LZN**, 2002.

COSTA, Fausto. **El delito y la pena en la historia de la filosofía**. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1953.

COSTA, Jurandir Freire. Violência e psicanálise. In: **Violência e psicanálise**. 1986.

- DE MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que amanhã..** Zahar, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Leya, 2014.
- FRAZER, Sir James George. O ramo de ouro. **Edição do texto: Mary Douglas**, 1982.
- FREUD, Sigmund. **Totem und tabu**. Рипол Классик, 1956.
- FROMM, Erich. Anatomia Da Destrutividade Humana, Rio de Janeiro (Zahar Editores) 1975. 1973.
- GIRARD, René. A violência e o Sagrado, trad. **Martha Gambini, revisão técnica Edgard de Assis Carvalho (Unesp)**. São Paulo: Paz e Terra, 1990.
- GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena II. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, p. 137-150, 2007.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. LeBooks Editora, 2019.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley y el delito: Principios de derecho penal. 1967.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes: Contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude**. Edipro, 2020.
- LIMA, Carolina Alves de Souza; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O princípio da humanidade das penas. **SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (Coords.)**. **Tratado luso-bra7sileiro da dignidade humana**, v. 2, 2008.
- LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão. **Campinas: Russell**, v. 1, 2003.
- LOPES, Marcos Antônio. A imagem da realeza: simbolismo monárquico no Antigo Regime. **São Paulo: Ática**, 1994.
- LYRA, Roberto. Novas escolas penaes. 1936.
- MAQUIAVEL, Nicolau; PRÍNCIPE, O. tradução de Antonio Caruccio-Caparole. **Porto Alegre: L&PM Pocket**, 2008.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. J. de Oliveira, 2000.
- MELLIM FILHO, Oscar. **Ética de interesse versus ética de princípios**. Tese de Doutorado. Dissertação de mestrado, Campinas.
- MORE, Thomas. Utopia. In: **Utopia**. Yale University Press, 2014.
- MULAS, Nieves Sanz. **Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana**. 2000. Tese de Doutorado. Universidad de Salamanca.

NAUCKE, Wolfgang. O alcance do direito penal retributivo em Kant. **GRECO, Luís-TÓRTIMA, Fernanda Lara. O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar**, p. 77-100.

PERERA, Sylvia Brinton. **O complexo de bode expiatório: rumo a uma mitologia da sombra e da culpa**. Cultrix, 1998.

PLATÃO, Diálogos. Abril Cultural, S. 1972.

RICHARDS, JEFFREY H. **Sexo, desvio e danação**. Zahar, 1993.

RODRIGUES, Anabela Miranda; DA PENA, A. Determinação da Medida. Privativa de Liberdade (os critérios da culpa e da prevenção). **Coimbra: Coimbra Editora**, 1995.

SILVA, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. JM Bosch, 1992.

VENTURI, Franco. **Utopia e reforma no Iluminismo**. Edusc, 2003.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Martins fontes, 2005.

VON HENTIG, Hans; DEVESA, José María Rodríguez. **La pena: Formas primitivas y conexiones histórico-culturales. Volumen I**. Espasa-Calpe, 1967.

Y URIBE, Manuel de Lardizábal; ONECA, José Antón. **Discurso sobre las penas**. Revistas de Estudios Penitenciarios (Artes Gráficas CIM), 1967.