

EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL

José Henrique LIGABO¹

Cláudio José Palma SANCHEZ²

RESUMO: O presente trabalho aborda a evolução histórica do Direito Penal. Inicia-se com a evolução das penas. A seguir faz-se uma análise das questões abolicionistas. E para terminar relata-se sobre o movimento Lei e Ordem.

Palavras-chave: Direito penal. Evolução histórica do direito penal.

INTRODUÇÃO

O direito penal constitui importante ramo do direito público. Atualmente é extremamente importante a contextualização dos institutos penais com os valores constitucionais. O direito penal recebe tal *status* por tutelar somente bens jurídicos de extrema importância para o ser humano.

Verifica-se tal afirmação pela importância que os princípios constitucionais penais tem no contexto constitucional especialmente no artigo 5º, da Constituição Federal.

O conceito de direito penal conforme preleciona Guilherme de Solza Nucci, em seu livro Manual de Direito Penal Parte Geral e Especial (ano e a página) “é o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”.

Desde os primórdios o ser humano sempre procurou se agrupar para a obtenção de suas necessidades, surgindo assim às sociedades, onde cada indivíduo

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP

sede uma parcela de sua liberdade em face de gozar da restante com segurança, e até mesmo ampliá-la, junto com estas sociedades surge o direito.

Como advento da sociedade e o direito, surgem os conflitos, as violações de direitos, a lide entre os integrantes de uma sociedade, buscando meios de resolução de tais conflitos, para manter o controle social e o bom funcionamento da sociedade.

Dentro de uma sociedade existem duas formas de controle sociais sendo elas, o controle social formal e controle social informal.

O controle social informal consiste no controle exercido pela própria sociedade, não sofrendo interferência Estatal. Tal controle mesmo sendo informal possui suas regras e sanções próprias, trata-se dos usos e costumes de determinado tempo e lugar. O controle informal verifica-se pela rejeição de determinadas condutas, tendo como pena a repulsa da sociedade àqueles indivíduos, facilmente verificada nos dias de hoje por comportamentos anti-sociais, tais como fumar em lugares fechados, confunde-se tal controle com a ética e a moral.

O controle social informal é exercido pelos próprios integrantes da sociedade, em tempos remotos, eram realizados com punições ao descumprimento de normas, determinado pelo convívio em sociedade, as penas para tais violações eram severas e cruéis, havendo uma desproporcionalidade entre a violação e a sanção imposta.

Com a evolução da sociedade e a obtenção de todo “ius puniend” para o Estado surge o controle social formal.

O controle social formal consiste na interferência do Estado para regularização do convívio social. O direito penal, em sua integridade (inquérito, ação penal, processo etc.) bem como todos os ramos do direito integram este tipo de controle, o que será debatido adiante durante o desenvolvimento do trabalho.

1 Evolução das Penas

Em um primeiro momento acreditava-se que as violações feriam os deuses, e que estes se manifestavam através fenômenos sobrenaturais, muitas vezes não passando de fenômenos da natureza como, chuva, trovão, tendo a pena, finalidade de acalmar-los, através de sacrifícios e ou flagelos por parte do transgressor das normas divinas, denomina tal (“totem”).

Atingiu-se uma segunda fase denominada de *vingança privada*, que consistia no direito do ofendido de se vingar do agente agressor da mesma forma que foi agredido, tratando-se de justiça pelas próprias mãos, também não obtendo êxito, pois, abria margens à retribuição, tornando-se um ciclo vicioso, acabando por desfalcar e até mesmo extinguir os clãs.

A vingança privada dá lugar a concentração de poder nas mãos dos representantes dos clãs, centralizando assim o poder, proporcionando maior eficiência e respeito às decisões. Neste momento prevalece à *Lei de Talião* (olho por olho dente por dente), auferindo ao mal feitor o mesmo mau que aferiu a vítima, apesar de cruéis e com o único intuito de apaziguar os ânimos dos membros, a lei de talião consistiu em um avanço ao direito penal, pois previa um equilíbrio entre o fato cometido e a sanção imposta.

A evolução do direito penal confunde-se com a evolução da sociedade ocidental. Posteriormente ao período primitivo do direito, onde se valoriza penas cruéis, procedimentos secretos, desproporcionalidade entre a conduta e a punição, nasce o período moderno que com algumas alterações ainda sofremos suas influências. Este período moderno é marcado pela obra de Cesare Beccaria, denominada “Dos Delitos e da Penas”, bem como pelos estudos trazidos por Feuerbach, entre outros.

O destino da pena até então era a intimidação pura, terminado com o período Iluminista defendido por Cessar Beccaria, dando ensejo a Escola Clássica, contrária a penas cruéis e de morte, preconizando que a pena deveria ser justa e proporcional ao mal aferido à sociedade, limitando os poderes concedidos aos juizes, tendo esses que somente prolatar o direito prescrito na lei, não deixando margens a interpretações, pois somente a lei poderia cominar sanções aos delinqüentes.

Com a Escola Clássica, surge a primeira Teoria Penal baseada no livre arbítrio que preceitua que o homem poderia escolher entre o bem ou mal, em escolhendo o mal, recairia as sanções do direito penal imposto a determinado fato.

Surge aí as penas determinadas, pois até então as penas não eram determinadas, deixando ao livre convencimento do juiz, surgindo também muitos princípios tais como taxatividade, legalidade, irretroatividade vigentes atualmente.

Na virada do século XVIII para o XIX, a pena muda de aflitiva para privação de liberdade (cárcere privado).

Surge um movimento denominado de **secularização**, fazendo o rompimento entre o ilegal e o imoral, desvinculando um do outro, a partir deste momento não havendo correlação entre o imoral e o ilegal.

Surge também o determinismo, que preceitua que o homem é um objeto do meio, não sendo totalmente livre como preceituava a Teoria Clássica do século XVII, para a escola determinista o homem trazia influência hereditária.

Em 1801 surge o primeiro tratado de direito penal, defendida por Feuerbach. Surgem então as teorias da utilidade das penas (Teorias Utilitaristas).

Tal teoria preconiza sobre as utilidades da pena, sobre a prevenção geral negativa.

A prevenção geral consiste na prevenção destinada à generalidade da sociedade, servindo de espelho para os outros indivíduos, utilidade que exerce sobre a coletividade.

A prevenção geral negativa, segundo Feuerbach, consiste em que a condenação do indivíduo, exerce, influência sobre a sociedade, servindo de espelho, inibindo assim outros indivíduos ao cometimento de tais condutas por medo de sofrer as conseqüências impostas pela lei.

Ainda no século XIX, surge outro movimento o da Codificação, tornando mais sistematizado a análise legal, ficando amplamente mais fácil o conhecimento e a aplicação do direito.

Neste contexto, surge a denominada Teoria Determinista, a qual analisa que o Estado Liberal não é eficiente na repressão às condutas contrárias a

estabilidade social, surgindo, desta forma, os preceitos defendidos pelo Estado Social, onde afirma que o Estado tem como missão implementar o bem estar social, auxiliando aos impossibilitados de prover sua própria subsistência, desenvoltura etc.

Já no século XX, surgem as **Teorias Garantistas**, que buscam resgatar os princípios conquistados no século XVIII começando a comparar as leis ordinárias com a constituição federal, tratando as teorias garantistas de um estudo dos princípios constitucionais penais.

Com o monopólio de todo "*uis puniend*" (direito de punir) pelo Estado, a vítima se torna esquecida, bastando para o Estado à punição do agente agressor. A partir do século XX, mais especificamente me 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial, o professor **Benjamin Menderson**, começa a fazer o estudo da vitimologia, passando a vítima a exercer papel importante no direito penal, surgindo teorias voltada à satisfação da vítima, nascendo assim a obrigação de reparação do dano provocado pelo agente agressor. Neste momento também começam as Teorias Abolicionistas, em face das atrocidades da 2^o guerra em função de **Hitler** com o partido nacional socialista em 1973, voltando o direito penal a ser severo e cruel, não cumprindo os fins a que foi criado.

2 Movimento abolicionistas

Em face do não cumprimento das finalidades a que foi criado (reprovação e prevenção), o direito penal começa a perder credibilidade perante a sociedade, dando ensejo ao movimento abolicionista. Que preconizava a extinção do direito penal, pois este somente alcançava uma pequena parcela da população, geralmente os desassistidos e incapazes de promoverem suas defesas. Para esta teoria, o ser humano seria capaz de resolver seus problemas sem a interferência do Estado, mais especificamente sem o direito penal, deixando a resolução dos conflitos para os outros ramos do direito, como o civil e o administrativo.

MATHIESEN, professor de Sociologia do Direito, mesmo sendo um abolicionista, assevera: (1997 p.277).

Temos que admitir talvez a possibilidade de se encarcerar alguns indivíduos permaneça. A forma de se tratar deles deveria ser completamente diferente do que acontece hoje em nossas prisões. Uma forma disto ser assegurado, contra o aumento de seu número devido a uma mudança de critério, seria estabelecer *um limite absoluto* para o numero de celas fechadas para tais pessoas a ser aceito em nossa sociedade.³

Apesar de bem intencionada, a Teoria Abolicionista tornou-se inviável em nosso ordenamento, por questões culturais e políticas, uma vez que poderia ocorrer um retrocesso para a vingança privada.

A sociedade ainda não esta pronta a abandonar o direito penal, pois não poderíamos deixar a cargo da sociedade resolver delitos como estupro, tortura, latrocínio, homicídio e demais crimes que a chocam.

Em sentido oposto surge o movimento denominado de lei e ordem, objeto de estudo do próximo capítulo.

3 Movimento Lei e Ordem

Para maioria da doutrina, o direito penal deve ser utilizado como ultimo ou extrema “ratio”, consiste em um principio defendido pelos adeptos do minimalismo do direito penal, tendo este que tutelar somente os bens jurídicos indispensáveis ao bom convívio da sociedade, e somente quando os outros ramos do direito não forem suficientemente eficazes pra tutelar tais bem jurídicos, deste principio derivam outros como o da fragmentariedade.

Tal princípio justifica-se pelo fato do direito penal ser o único ramo do direito que priva o individuo de sua liberdade, impondo sanções carcerárias.

Porém, contrario a essas doutrinas vem o chamado movimento “lei e ordem”, que preconiza ser o direito penal não como ultima ou extrema “ratio”, mas sim como “prima” ou “solo” “ratio” tratando o direito penal como sendo a primeira, ou

³ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI-abolição, um sonho impossível?- conversações abolicionistas, p.277

única alternativa para inibir condutas contrárias ao ordenamento, único meio através do qual o Estado pode intervir para inibir futuras infrações penais.

Tal movimento tem por missão proteger a sociedade amedrontada, com ilusão de ser o direito penal, de forma severa e desenfreada, a solução para os conflitos existentes em determinadas épocas.

Como vertente deste movimento surge a nos Estados Unidos, mais especificamente em Nova York o denominado *Tolerância Zero*, criado na década de 90, mas especificamente em 1993.

Tal vertente do movimento Lei Ordem preconizava ser o direito penal a solução para todos os conflitos, abrangendo não só os bens jurídicos de maior importância, mas basicamente todos os bens jurídicos existentes no ordenamento, não havendo para esta vertente a separação entre crimes e infrações penais de pouca ofensividade, como forma de repressão ao cometimento de outros delitos mais graves, tornando-se o direito penal impossível de ser aplicado, dando ensejo ao direito penal simbólico, explicado pelos professores Nilo BATISTA, Zaffaroni, Alagia e Slokar (2003 p. 631).

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito Simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se dando lugar a um direito penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia⁴.

Tal movimento foi utilizado para dar respaldo a população ocultando a macro-criminalidade, ao invés de combater o tráfico de drogas começou-se a combater com rigor e severidade os usuários, somente a fim de acalantar a população ou a parte que lhes interessava, a parte votante, em prejuízo aos desfavorecidos econômica e politicamente, como forma de obtenção do poder.

Devemos ressaltar o papel importante desenvolvido pela mídia, pois esta alimentada pelo “sangue” derramando pelo direito penal, contribuiu para a falsa ilusão de segurança da sociedade.

⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFRONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, V. I. p. 631

Derivado desse movimento surge dois braços do direito penal, quais sejam, o direito penal emergencial e o direito penal do inimigo.

O direito penal emergencial trata-se de uma resposta grave aos indivíduos que cometem infrações graves devendo ser aplicada de forma imediata, tal braço leva em consideração o momento e as circunstancia de determinado tempo da sociedade, esse tipo de direito penal é perfeitamente admitido em nosso ordenamento, verificado pelas normas penais excepcionais e temporárias tendo seus efeitos perdurados, em mesmo quando cessada sua vigência, em mesmo cessado os motivos que ensejaram a edição de tais normas, verifica-se positivado tais institutos no artigo 3º do Código Penal vigente.

BIBLIOGRAFIA

AMÊNDOLA NETO, Vicente. Historia e Evolução do Direito Penal no Brasil

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro

BITENCOURT, cesar Roberto. Manual de Direito Penal ed. Saraiva V.I

CAPEZ, Fernando Curso de direito penal ed. Saraiva

FERRAJOLI, Luigi Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal, ed. Revista dos

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio, Uma Visão Minimalista do Direito Penal ed. Impetus

JAKOBS, Ginter; CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. Madrid: Civitas, 2003.

LENZA, Pedro Direito Constitucional Esquematizado 11. ed 2006 editora método

LUIZI, Luiz Os Princípios Constitucionais Penais 2º ed Porto Alegre 2003

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI –abolição, um sonho impossível?
Conversações abolicionistas

MIRABETE, Julio Fabbrini Processo Penal 18º. Ed Atlas 2008

NUCCI,Guilherme de Solza. Manual de Direito Penal Parte Geral 2º ed. RT revista
dos tribunais

PRADO, Luiz Regis Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro VI, Parte Geral

SILVA-SANCHES, Jesus Maria La Expansion del Derecho Penal. 2. ed. Madrd:
Civitat, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El enemigo em El Derecho Penal.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, Jose Henrique. Manual de Direito Penal
Brasileiro Parte Geral ed. Revistas dos Tribunais