XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HISTÓRIA DO DIREITO

ANTONIO CARLOS WOLKMER

GUSTAVO SILVEIRA SIQUEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gustavo Silveira Siqueira, Antonio Carlos Wolkmer, Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-059-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. História. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

O interesse pela História do Direito tem crescido significativamente no Brasil nos últimos anos. A inclusão da disciplina no conteúdo dos cursos de graduação, desde o início dos anos 2000, tem contribuído para o conhecimento e expansão da área. Sendo ainda uma área (ou sub-área) nova, a História do Direito, ainda luta para sedimentar-se academicamente dentre as disciplinas chamadas de zetéticas. Ao contrário da Filosofia do Direito e da Sociologia do Direito, já consagradas em currículos, eventos e produções nacionais, a História do Direito ainda carece, se comparada com as outras áreas, de um certo fortalecimento metodológico e teórico.

Nesse sentido a existência de fóruns, como o GT de História do Direito no CONPEDI, auxilia que trabalhos, já com preocupações metodológicas e teóricas de grande sofisticação, convivam com os de pesquisadores iniciantes no tema. Mas, se por um lado, a referida disciplina luta para consolidar sua especialidade em relação à Sociologia do Direito e à Filosofia do Direito, ela é palco de internacionalização e de refinados trabalhos acadêmicos. A ausência da disciplina no Brasil, durante alguns anos, fez com que o intercâmbio internacional fosse uma necessidade, logo na formação da disciplina. O mencionado fato levou diversos professores e pesquisadores a uma profunda inserção no meio acadêmico internacional. Daí o contraste da História do Direito: uma disciplina jovem, pouco difundida e sedimentada em muitos cursos jurídicos, mas que, por outro lado, tem dentre seus pesquisadores mais inseridos, um elevado nível de pesquisa e internacionalização.

Neste contexto, os trabalhos apresentados no CONPEDI e publicados aqui, servem para demonstrar uma área em transição e em processo de fortalecimento. Assim, eles contribuem para problematização de métodos, metodologias e teorias que podem ser aplicadas à História do Direito.

As apresentações tiveram temas genéricos e específicos, abarcando desde aspectos da presença e influência do "common law no Brasil, passando pelo direito romano e temas conexos. Também foram discutidos pensadores como Hobbes, Virilio, Habermas e Leon Duguit, e temas como espaços femininos, ideias marxistas, movimentos sociais e a trajetória do Direito no Brasil. Este foi o principal tema dos trabalhos que reuniu contribuições sobre o Período Colonial, a escravidão, a educação e a cultura jurídica. Também foi problematizado o Direito no Período do Império, as eleições de 1821, a obra de Diogo Feijó, a questão da

legislação sobre a adoção e o Estado laico e confessional. Sobre o Período Republicano, os trabalhos preocuparam-se com história do Direito Penal, crimes políticos, jurisprudência do STF e Relatório Figueiredo.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Antonio Carlos Wolkmer (UFSC - UNILASALLE)

Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)

Zélia Luiza Pierdoná (MACKENZIE)

O ITINERÁRIO HISTÓRICO DAS PENAS EM CONTRAPONTO À (DES) HUMANIZAÇÃO PERPETRADA NA ATUALIDADE PUNITIVA BRASILEIRA

LITINERARIO STORICO DELLE PENE IN CONTRAPPUNTO ALLA (DE) UMANIZZAZIONE PERPETRATA NELLA ATUALITÀ PUNITIVA BRASILIANA

Marlon Amaral Hungaro
Julio Cesar Pompeu

Resumo

O estudo, a partir de perquirições histórico-sociais das punições, analisa fontes documentais sobre a punição em civilizações/culturas mundiais de outrora. Objetiva-se cotejá-las ao hodierno direito penal brasileiro, a fim de tecer possíveis considerações no que tange às concepções punitivas no cenário contemporâneo. Logo, problematiza-se: houve evolução em termos de humanização das práticas penais aplicadas atualmente no Brasil se comparadas às penas aplicadas em outras culturas, desde a antiguidade? Assim, utiliza-se o método histórico-comparativo para analisar as práticas punitivas do presente, em termos qualitativos e quantitativo, ao ponderar passível progressão humanitária das penas à luz da legislação e das práticas arraigadas no Brasil tendo vista o histórico mundial das penas. São apresentadas três discussões centrais: punições na pré-história, punições na história e itinerário histórico-comparativo das penas em confronto com a humanização no sistema penal brasileiro atual. Restou evidenciado que o direito penal brasileiro contemporâneo é marcado pela mesma desumanização da pessoa humana, num contexto qualitativo, como outrora ocorrera na história de diversas civilizações/culturas. Ainda, o sistema punitivo nacional é destaque pela ampliação do contingente carcerário, outro viés dessa desumanização (quantitativo), face a não ressocialização desse contingente encarcerado.

Palavras-chave: História das penas, Sistema punitivo brasileiro, Contemporaneidade, (des) humanização, Contingente de encarceramento.

Abstract/Resumen/Résumé

Lo studio, di ricerca storici e sociali delle punizioni, analizza fonti documentarie sulle culture di punizione nel mondo. L'obiettivo è quello di confrontarlo con il diritto penale brasiliano di oggi, al fine di rendere possibile considerazioni ai concetti punitive nella scena contemporanea. Quindi, se discute: ci sono stati evoluzione di umanizzazione delle pratiche criminali attualmente applicate in Brasile rispetto alle condanne inflitte in altre culture, da tempo antico? Così, si usa il metodo storico-comparativo per analizzare le pratiche punitive di questo, in termini qualitativi e quantitativi, per prendere in considerazione probabile progressione umanitaria delle punizioni alla luce della legislazione e delle pratiche radicate in Brasile con la visione storica delle sanzioni nel mondo. Tre gli argomenti centrali sono presentati: punizioni nella preistoria, punizioni nella storia e comparativo percorso storico di

confronto con la umanizzazione nell'attuale sistema di giustizia penale. Rimane evidente che il diritto penale brasiliano contemporaneo è segnato dalla stessa deumanizzazione della persona umana, in un contesto qualitativo, come una volta è accaduto nella storia di diverse civiltà/cultura. Tuttavia, il sistema sanzionatorio nazionale è evidenziato dall'espansione del contingente carcerario, uma altra concezione della deumanizzazione (quantitative), a causa della non risocializzazione di questo contingente in carcere.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Storia delle punizioni, Sistema punitivo brasiliano, Contemporaneità, (de) umanizzazione, Contingente di incarcerazione.

1 INTRODUÇÃO

A temática do presente trabalho é a punição penal ao longo da história. Assim, perquire-se desde a sua gênese até o hodierno, buscando cotejar as penas contemporâneas à luz daquelas aplicadas no passado. Frisa-se, entrementes, não haver o objetivo de se encontrar leis atemporais de sucessão evolutiva para análise dos modelos punitivos. Porém, diversamente, fita-se a contextura ideológica do poder predominante nas civilizações/culturas estudadas, a qual pode ter exercido influência de seu pensamento penal em respectivo material legislado, assim como porventura ocorre contemporaneamente.

Nesse sentido, as civilizações sobre as quais as literaturas históricas e as penais consagradas têm dado enlevo sobre as práticas punitivas delimitam o objeto da pesquisa. A partir de fontes bibliográficas, os estudos elaborados por Thonissen (1869), Thot (1927), Mezger (1958), Fragoso (1985), Zaffaroni (1987), Coulanges (1998), Wolkmer (2002), Gilissen (2003) e Foucault (2012) são destacados. Por meio desses estudos, são investigadas as penas aplicadas nas civilizações desde antigo oriente (os povos da Babilônia, povo hebreu, direito Mosaico e árabe), os greco-romanos, os germânicos, o direito Canônico, o direito penal ibérico e, finalmente, o direito penal brasileiro. Deste modo, percorre-se historicamente do séc. XXIII a. C até às penas contemporâneas nacionais.

Como a história e a arqueologia testemunham, as penas são fenômenos onipresentes e radicados em todas as sociedades. Contudo, sem pretender-se versar sobre todas as leis penais do mundo – o que seria, evidentemente, um trabalho hercúleo, quando não impossível –, torna-se imprescindível a concepção sociocultural de leis penais pretéritas, com elucidação, desde já, desse corte epistemológico efetuado sobre as civilizações supracitadas.

Logo, o problema de pesquisa é apresentado pela indagação: houve evolutiva humanização das práticas penais aplicadas atualmente no Brasil se comparadas às penas aplicadas em outras culturas, desde a antiguidade?

Essa humanização passa pela análise do suplício do corpo (FOUCAULT, 2012) como mecanismo legitimador das punições ao longo da história (viés qualitativo da pena), e pelo contingente carcerário nacional frente a sua progressão, ou regressão (viés quantitativo).

Trata-se, assim, de pesquisa teórica que se utiliza para tanto do método hipotético-dedutivo, com o método auxiliar histórico (LAKATOS; MARCONI, 2009). Poder-se-ia, ainda, como o fez Mayrink da Costa (1976, p.11), denominá-la pesquisa que se utiliza de método "histórico-comparativo", integrada também à etnologia, por possibilitar a demonstração dos paralelismos e das constantes temporais afetos ao desenvolvimento

jurídico. Ou seja, essa metodologia possibilita a contextualização e a comparação histórico/ideológica punitiva das civilizações analisadas.

A investigação não se trata, portanto, de uma análise causal-explicativa, mas, de certa forma, comparativa, na qual o delineamento sociocultural brasileiro contemporâneo pode ser colocado ao cotejamento de seus antecedentes históricos, seus contextos sociais e ensejos.

A contextualização histórica e a investigação das práticas penais legitimadas no passado são fundamentais para a compreensão do crime e da pena na pós-modernidade de acordo com Zaffaroni (1987) e identificam a relevância dessa pesquisa. Ademais, como frisou Mezger (1958), só será possível compreender algum ramo do direito num contexto atual desde que seja realizada uma análise de seu desenvolvimento histórico.

Ademais, sobre essa análise, Wolkmer (2003) afirma que o exame e a problematização da relação entre História e Direito mostra-se importante, na atualidade, haja vista a interpretação que a história proporciona ao apontar um quadro provável de conscientização e libertação ao texto jurídico presente.

Dessa feita, o estudo é apresentado em cinco itens: 1) Introdução; 2) A pré-história e a origem das punições; 3) A punição na história das civilizações; 4) Itinerário histórico punitivo *versus* atualidade penal brasileira; 5) Conclusão.

2 A PRÉ-HISTÓRIA E A ORIGEM DAS PUNIÇÕES

A arqueologia criminal evidencia que práticas punitivas possuem existência desde os primórdios das civilizações.[1] Já a gênese das punições, ou mais precisamente, seus fundamentos penais, não se encontram como mote pacífico nos círculos acadêmicos e literários. Se por um flanco há quem esteie a origem penal apartada de origens sacras, encontrando-a somente em arrimos consuetudinários e instintivos – numa espécie de "reação impulsiva de vingança pelo instinto inconsciente de conservação" [2] – (COSTA, 1976, p. 13), há outros que a geminam à sacralidade.

Nos escritos de Fustel de Coulanges, em Cidade Antiga (1998) o direito penal era, segundo o autor, nos primórdios da história, aspecto da religião. Na mesma senda, Heleno Cláudio Fragoso, para quem "a reação punitiva apresentava caráter religioso, surgindo a pena

[1] O termo civilização é mais empregado hodiernamente como cultura, com empréstimo dos termos de Ferdinand Baudel, ou seja, como o "conjunto das características que apresenta a vida coletiva de um grupo ou de uma época [...]". O emprego da expressão civilização, "no singular, perdeu seu lustro" (BAUDEL, 2004, p. 17-22).
[2] BRUNO (1977); CARRARA (2002); COSTA (1976).

como sentido sacral", e a vingança de sangue era dever sagrado, "visando aplacar a ira da divindade. A pena é [era], assim, expiação religiosa" (FRAGOSO, 1985, p. 24).

De toda sorte, a sociedade pré-histórica ou arcaica[3] fundamentava-se nas relações de parentesco, encontrando a base jurídica nos "laços de consanguinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições" (WOLKMER, 2002, p. 21). Tais crenças eram arraigadas, transmitidas oralmente.

O sacrifício constitui o primeiro momento histórico da pena, além da expiação que lhe dá um caráter religioso, o qual se acha o sentimento de vingança "que os deuses de então têm de comum com os homens e os homens com os deuses" (BARRETO, 1926, p. 144).

Desta feita, religiosas ou profanas, indiferentemente, o certo é que as punições pré-históricas eram predominantemente movidas por sentimento de vingança (CARRARA, 2002).

De igual sentido, é a explicação de Malinowski (1986) sobre a centralidade de um germe do direito penal no período primitivo, também denominado selvagem pelo pesquisador. O autor afirma não ser possível identificar traços sociais relacionados ao direito civil e à jurisprudência civil durante esse período, sendo o crime o único problema social passível de investigação nas sociedades primitivas.

Por outro lado, frisa-se a falta de uma explicação cientifica impele-nos a não falar em presença de um direito entre povos que possuíam "certa forma de organização social e política primitivas sem o conhecimento da escrita" (WOLKMER, 2002, p. 20).[4]

Igualmente, não se pode dizer que a simples vingança individual dos primeiros grupos sociais constituísse um direito penal (FRAGOSO, 1985), motivo pelo qual impossibilita-nos a relacionar a concepção de penas propriamente ditas às punições no sistema arcaico.

Deixemos, assim, a pré-história à arqueologia antropológica e atentemos ao pensamento penal positivado pelas grandes civilizações, que de certa forma é testemunho da ideologia dominante[5], seja esta imposta ou convalidada pela cultura[6] da sua sociedade.

---

[3] GILISSEN (2003) propõe a permuta da expressão povos primitivos por arcaicos, forma mais abrangente para conotar sociedades que não dominavam a prática da escrita.

[4] A "história começa com o registro escrito dos feitos humanos", sendo o pré-histórico – ou seja, o que não há registros – objeto da arqueologia (MOURTHÉ, 2012, p. 21).

[5] Frisa-se que, inobstante não haver simetria perfeita entre legislação e práticas punitivas, a legislação penal, em suas respectivas culturas, pode expressar a ideologia [no sentido comum da expressão não marxista] dominante (ZAFFARONI, 1987).

[6] O termo germânico *Kultur*, do final do século XVIII era utilizado para simbolizar todos os aspectos de cunho espiritual de dada comunidade. Já a palavra francesa *Civilization* referia-se àquelas realizações de índole material. Edward Tylor, sociólogo inglês, foi quem condensou as duas definições, denotando pela expressão *Culture* o que em *lato sensu* é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes e outros adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade (LARAIA, 2007, p. 25).

3 AS PUNIÇÕES NA HISTÓRIA DAS CIVILIZAÇÕES

Decerto, nem sempre há coincidência entre ideias penais (ideologia penal) e legislação penal, pois, em geral, "esta recolhe dos ideólogos o que convém à estrutura de poder em que está inserida" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 159), o que, justamente por tal motivo, é objeto relevante de estudo.

Como disse Giuseppe Bettiol, "se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos dos delinquentes" (BETTIOL, 1967, p. 182).

Em policarpo material legislado, nas mais diversas culturas, a história testemunha sobre como as civilizações têm versado sobre as punições penais no decorrer dos milênios. Gilissen (2003) cita como documentos escritos mais antigos, de natureza jurídica, os cuneiformes e os egípcios, cerca de 3.000 a. C (Mesopotâmia e Egito), descobertos pela arqueologia neste último século. Os fragmentos de escritas cuneiformes da Caldeia evidenciam que seu direito penal também tinha matiz ético-religioso, posto que as penas mais cruéis eram as de maldição, consistentes na evocação de diversos deuses para amaldiçoar o infrator. A menor pena conhecida era a de multa (ZAFFARONI, 1987).

3.1 CÓDIGO BABILÔNICO

O direito mais bem elaborado pela escrita de que se tem ciência[7], com previsão legislativa, preceitos normativos e punições para vários delitos, é o Código Babilônico do século XXIII a. C (entre 2285 e 2242 a. C)[8], célebre código do rei Hammurabi, que contém disposições civis e penais (COSTA, 1976).[9] Dentre suas características principais estão o fato de as penas serem drásticas e de aplicação imediata (GILISSEN, 2003).[10]

A título de exemplo das punições está o ladrão que, ao ser surpreendido ao cometimento do crime, era morto e emparedado; quem cometia furto se aproveitando de

[7] Mayrink da Costa (1976) cita as descobertas em 1935 e 1947, em Tell Harmal, ao sul de Bagdá, escritas em tabletes de argila que datariam ao período do principado de Eshnunna, anterior ao Código de Hammurabi, sendo mais desenvolvido que este, fundado essencialmente no princípio da composição legal, mas prevendo pena capital para alguns delitos.

[8] Gilissen o data de, provavelmente, 1726-1686 a.C. (GILISSEN, 2003, p. 61).

[9] Nada obstante não poderem datar com precisão, Zaffaroni e Pierangeli (2008) elegem primeiro, cronologicamente, o conhecimento das chamadas cinco penas na China.

[10] Cite-se ainda o Egito, possivelmente em período anterior, em que o "Estado" foi uma organização teocrática, assim como na Coreia, Japão e Sião (ZAFFARONI, 1987, p. 319-323).

incêndio era jogado às chamas; a mulher adúltera era jogada ao rio com os membros atados (ZAFFARONI, 1987).

Como ensinam Zaffaroni e Pierangeli (2008, p.161), “o princípio de talião permeava toda essa legislação: se devolvia lesão por lesão e morte por morte”. Nesse sentido, segue citação:

> Entre os assírios, jogavam os culpados às bestas ferozes ou em uma fornalha ardente; eles eram queimados em fogo brando em um cubo de bronze; seus olhos eram arrancados. O estrangulamento e a decapitação eram considerados medidas insuficientes! Entre os diversos povos da Síria, os criminosos eram apedrejados, perfurados com flechas, enforcados, crucificados, queimados com tochas nas costelas e nas vísceras, esquartejados, atirados de rochedos..., esmagados sob as patas de animais, etc. (DURKHEIM, 2014, p. 127).

Portanto, como lembra Durkheim (2014), a partir dos ensinamentos de Jean Joseph Thonissen (1869), os povos da Ásia em geral parecem ter levado as penas cruéis ao extremo.

3. 2 ÍNDIA E O CÓDIGO DE MANU

Na Índia, segundo Zaffaroni (1987), o Código de Manu é a legislação penal mais bem compilada. Deduz-se ter sido estipulada entre os séculos XIII a.C. e V a.C. Em seu cerne, a pena cumpria o dever eminentemente de correção moral, purificando aquele que a suportava (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008).

A faculdade de punir era divina, porém delegada de Brahma a autoridades terrenas, que observavam a legislação como fundamento da sociedade, numa marcante estratificação. Assim,

> o próprio código de Manu distingue a morte simples, que consistia na degolação, da morte exasperada ou qualificada. Esta última tem sete tipos: a empalação, o suplício do fogo, o esmagamento sob as patas de um elefante, o afogamento, o azeite borbulhante jogado nas orelhas e na boca, ser dilacerado por cães em praça pública, ser esquartejado por navalhas (DURKHEIM, 2014, p. 127).

Insta frisar que, devido justamente a dita estratificação, as punições hinduístas possuíam uma característica especial: a multa, por exemplo, era proporcional à hierarquia da qual a pessoa pertencia, havendo penas corporais eximidas a certas castas.

Assim, “o limite entre o crime e o pecado desaparece, a ponto do homem de casta superior, ou seja, o brahmane, que conhecesse de memória o texto sagrado, podia cometer impunemente qualquer fato” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 160-161).

3.3 CÓDIGO PENAL HEBREU E DIREITO MOSAICO

Já o direito penal hebreu foi caracterizado indelevelmente pelo talião. A máxima "olho por olho, dente por dente, sangue por sangue" era analogia ao cumprimento proporcional das penas em comparação à lesão. De igual sentido, segue explicação:

> Entre os Hebreus, eram quatro principais penas capitais: o apedrejamento [*la lapidation*], o fogo [*le feu*], a decapitação [*la décapitation*], e o estrangulamento [*l'etranglement*], sendo a primeira a de reputação mais rigorosa entre todas as penas [*réputée la plus rigoureuse des peines*], destinada a casos de bestialidade, culto a ídolos, sodomia, blasfêmia, profanação do sábado etc.; as segundas para crimes como a prostituição e outras do gênero sexual; a terceira, como forma infamante de pena capital; a quarta para falsos profetas, adúlteros e falso testemunho. Ademais, havia deveras penas de mutilação, castração e outros flagelos corporais (THONISSEN, 1869, p. 28-31, 68-71).

Em outro diapasão encontra-se o direito penal mosaico, originado a partir dos Dez Mandamentos de Moisés (este a fonte daquele direito). Nesse, "a vingança privada era um direito, a vingança sagrada, um dever" (sendo a reparação e a expiação, respectivamente). Ademais, a "pena não compreende só o culpado, mas a família, os homens e as coisas (Josué, capítulo XXI, versículos 24 e 25; Samuel, capítulo III, versículos 28 e 29)" (COSTA, 1976, p. 24).

Por volta de 240 d.C., a partir dos hermeneutas, juristas e legisladores dos hebreus, chamados de *Rabbí*, elabora-se uma Repetição das leis (*Michna*), e a partir de seus comentários, adições e anexos formou-se o *Talmud*, que significa "Estudo" (século V a.C.), no qual apareciam a legítima defesa, a reincidência, a culpa e o erro, além de constituir penas de morte, pecuniárias e corporais (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 162).

O próprio Antigo Testamento faz referência a inúmeras penas. Em torno dos primeiros mandamentos foram previstos crimes contra a religião, como idolatria e blasfêmia, a feitiçaria, falsa profecia, conjunção carnal com mulher em período menstrual e outras (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008).

Por exemplo, os preceitos de "guardar sábado" e "honrar pai e mãe" eram punidos com pena capital. No descumprimento do quinto mandamento ("Não matarás"), imperava o talião.[11] O adultério e incesto, punidos com morte; o furto, com a restituição, em até o quádruplo; na violação de propriedade era legítima a violência e até a morte. Nas lições de Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 163), a partir "do oitavo mandamento foram erigidos os

[11] "Mas se houver dano grave, então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe" (Êxodo, 21. 23-25). Nada obstante o Êxodo (21), diferenciar dolo, culpa, provocação e caso fortuito, em Levíticos (20. 15 e 16) enuncia inclusive que: "Se um homem tiver comércio com um animal, será punido de morte, e matareis também o animal. Se uma mulher se aproximar de um animal para se prostituir com ele, será morta juntamente com o animal". Já em Êxodo (20. 28-32) prevê que, se um boi chifrar um homem, mulher ou criança, o animal deveria ser apedrejado, e não comeriam da sua carne. Inclusive se a vítima fosse um escravo.

delitos de falso testemunho e perjúrio, que se puniam a talião, fazendo o autor sofrer a pena que sofrera a vítima".

3.4 CIVILIZAÇÃO ARÁBE E GRECO-ROMANA

Já entre os Árabes, anteriormente a Maomé (570-632), imperavam elementos de outras culturas, como a judaica, das quais radicava o talião, a vingança de sangue, mutilações, apedrejamentos e outras penas (GILISSEN, 2003). Com o Alcorão, houve uma nova perspectiva penal, pois Maomé implantou nova visão penal, amenizando a antiga tradição penal.

Zaffaroni e Pierangeli (2008) ensinam que a pena de morte continuou existindo, porém não mais do modo mais cruel possível, como no período pré-Alcorão, mas sim se limitando ao modo do crime. Além do mais, o Alcorão permite a composição, evitando, às vezes, o talião. Há distinção entre dolo e culpa no homicídio[12], nada obstante haver a previsão de apedrejamento para o adultério e amputação da mão nos casos de furto.

No que tange ao direito greco-romano, por frações de leis criminais e por meio de fragmentos literários, sabe-se que em Atenas a na pena não havia crueldade como à época de seus primórdios. Ainda, sabe-se que o direito penal ateniense e espartano não era baseado na teocracia (GILISSEN, 2003). Assim, o "gênio grego não mostrou predileção pelo jurídico, mas lançou bases por onde circulariam as primeiras escolas romanas" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 163).

Do mais, o que se apanha do período grego antigo é que cada *polis* possuía sua própria legislação penal, e que a legislação de Esparta era bem diferente da Ateniense, pois àquela corresponde à severidade penal de um estado guerreiro e imperialista – nada obstante tenham identidade no que tange à laicidade jurídica (ZAFFARONI, 1987, p. 332).

Dentre os romanos, propriamente ditos, havia uma estruturada ciência penal, num processo de legislação que perdurou por treze séculos, desde o VIII a. C., com a monarquia, até o VI d. C., com o Digesto, e ainda por mais nove séculos no Império do Oriente. O direito penal romano dos primórdios de sua fundação é marcado pela busca da coerção social por meio de uma ética pretensamente universal e severa (ZAFFARONI, 1987, p. 334), exercido por meio das leis penais, estas rigorosas e ditadas por uma lógica implacável (COSTA, 1976).

[12] "Se a morte é involuntária, o matador está obrigado a redimir um escravo crente e pagar o preço do sangue à família do morto, ao menos que esta o perdoe" (Alcorão, IV, 91).

Como derivação da ética social e da autoridade divina havia um hibridismo na execução penal, de forma a ser legitimada por esta autoridade e isentar qualquer ato julgador. A prova dos fatos se fazia pelas chamadas ordálias ou provas de Deus. Segue explicação:

> Colocavam-se uma cruz e uma faca e o processado escolhia, com os olhos vendados; se optava pela cruz era inocente, se pela faca era considerado culpado. O acusado era jogado às águas dentro de um saco fechado e se sobrevivia era considerado inocente. Se passava a mão em azeite fervente ou caminhava sobre carvões sem queimar-se, era inocente etc. Se Deus dava a lei aplicável e dirimia a questão de fato no processo, nenhuma responsabilidade pela sentença incumbia a quem aplicava a lei na terra (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 164).

Em âmbito geral, as punições eram marcadas pela ética férrea, com as chamadas "corrupção de sangue", com a consequente punição a ser estendida aos familiares e ao grupo. Assim, não havia igualdade perante a lei, vez que determinadas posições na casta eram privilegiadas e menos vulneráveis a ação penal; paradoxalmente, havia, ao mesmo tempo, punição às coisas e a animais, de modo a sacramentar que ninguém está isento das consequências da lei (ZAFFARONI, 1987, p.334-335).

Assim, no período da fundação da cidade de Roma, a pena possuía o sentido sacral, no sentido da expiação pela falta[13] praticada contra a comunidade, como meio de remissão aos deuses (FRAGOSO, 1985, p. 24).

Com o advento da República (509 a. C.) ocorre a cisão entre Estado e Religião. Fragoso (1985, p. 26) elucida que a repressão já se fazia presente desde os primórdios, pela instituição da disciplina doméstica, militar e pelo poder de coerção do magistrado, chamada de *coercitio*. O que se observa é que o poder exercido era concentrado no magistrado, apesar de não estar mais subordinado, ideologicamente, aos deuses.

Com a Lei das XII Tábuas, de 453-51 a. C., houve avanço no que tange às punições (diminuição dos suplícios), vez que houve limitação da vingança privada, criou-se cominação específica quanto aos crimes privados, com o talião, permitindo a composição (ZAFFARONI, 1987, p. 327).

Mais adiante, com o fim da República, surge a *Leges Corneliae*, entre 82 e 80 a. C., e também as *Leges Juliae*, de Cesar e Augusto, constituindo o cerne do direito penal clássico romano (MEZGER, 1958).

Na mesma senda, Fragoso (1985) ensina que, nesse período pós-republicano, com o advento das referidas legislações, os crimes privados são reduzidos e a vingança privada

---

[13] A palavra *crimen* originariamente se refere ao processo nos casos de acusação pública, passando depois a designar os crimes públicos e extraordinários. *Delictum*, no período clássico, designava os delitos privados (*furtum*, *injuria*, *danum*). A distinção constituía a base do processo penal público (no qual o Estado era o titular do *ius* puniendi e promovia a acusação) e do processo penal privado (em que o Estado funcionava como árbitro entre as partes). No direito da época de Justiniano, as expressões *crimen* e *delictum* passam a ser usadas indistintamente, perdendo a conotação processual que as caracterizava originalmente (FRAGOSO, 1985, p. 25).

desaparece. O poder penal é exercido soberanamente pelo Estado – à exceção do poder patriarcal no âmbito familiar. Há jurados permanentes, fazendo o inquérito, presididos por magistrados (*quaestiones perpetuae*), substituindo os comícios populares. [14]

Nessa época as penas são mitigadas, sendo praticamente abolida a pena de morte (THONISSEN, 1864). A punição era, em regra, a *interdictio acquae et igni*, que se limitava ao exílio e à deportação. As *leges Corneliae* e *Juliae* constituíam o *ordo judiciorum publicorum*, dando lugar aos *crimina publica* (*legitima*, *ordinária*), que deveriam estar previstos para ensejar a punição, que também deveria estar previamente prevista (*poena legitima*) [...] Nessa época era dominante no direito penal romano o princípio da reserva legal (FRAGOSO, 1985, p. 27).

O sistema permanece até o século III desta Era, todavia, desde Augusto (27 d. C) um novo germe penal se instaura no seio da sociedade, em conformidade com a inovadora constituição social e ao novo espírito do Estado. Inicia-se o *cognitio extraordinem*, que dispensa a acusação formal e procede, o Estado, discricionariamente quanto aos delitos e às penas a serem aplicadas. É nítido o retrocesso penal. Surgem assim os crimes extraordinários (FRAGOSO, 1985, p. 28), que variavam desde furtos de gado e a receptação ao furto de cota de outrem na herança comum (ou qualquer outro que o imperador entendesse por extraordinário).

Fato é que, de repente, os crimes extraordinários submergiram e abocanharam os crimes até então privados. Surgem o *stellionatus*, a extorsão, os crimes contra a religião e outros. Como anotou Fragoso (1985, p. 28), "a pena de morte, que até à época de Adriano (117-138 DC) só era aplicada aos parricidas, volta a ser aplicada aos crimes mais graves", sendo executada pela espada, pelo fogo (*vivicrematio*) e pela forca. Além disso, surgem as novas penas de trabalhos forçados em minas (*ad metalla*) e outros trabalhos forçados (*ad opus*) (FRAGOSO, 1985, p. 28).

Interessante notar que, durante o Império, distinguia-se a aplicação da pena segundo o *status* social do réu (derrogando resquícios da Lei das XII Tábuas, que propunha a igualdade perante a lei). Havia uma inequívoca repartição entre os *honestiores* (senadores, cavaleiros, decuriões) dos *humiliores* (plebeus ou *plebs*). Nas palavras de Heleno Fragoso:

> Os *honestiores* não podiam ser submetidos à tortura; podiam apelar contra a sentença de morte e se beneficiavam de uma escala de penas menos grave do que a aplicável aos *humiliores* excluindo-se por completo os castigos corporais. Essa desigualdade, que será uma constante no direito até à época do Iluminismo, era

[14] Somente com a *Lex Valeria*, datada por volta de 500 a. C., surge o imperativo de que todas as penas capitais fossem ao "juízo do povo reunido em comícios (*iudicium populi*). Por isso se afirma que o direito penal romano público surgiu com essa lei" (MANZINI apud FRAGOSO, 1985, p. 26).

> resultado da estrutura social e dos privilégios que dela derivavam (FRAGOSO, 1985, p. 28-29).

Já no que tange ao período medieval romano, o direito penal é elencado no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano (livros 47 e 48 do Digesto, 533 d. C) e no IX do *Codex* (534 d. C) e também no *Institutas*, 1 a 5 e 18 (GILISSEN, 2003, p. 96-99).

3.5 CIVILIZAÇÃO GERMÂNICA E DIREITO PENAL CANÔNICO

Destaca-se que "o direito punitivo dessa compilação [germânica] é essencialmente o da época clássica, tendo por base as leis de Sila, César e Augusto" (FRAGOSO, 1985, p. 29), sendo fundamentalmente arraigado à ideia de punição como defesa do Estado (ZAFFARONI, 1987, p. 338).

O direito penal germânico é bifurcado numa época predominantemente germânica e em outra época franca (MEZGER, 1958, p. 32-33). A primeira se dá no período anterior à invasão de Roma, sendo o direito não escrito, apenas consuetudinário, com punições que açabarcavam, à época primitiva aos germânicos, penas como expiação religiosa e a vingança de sangue, como assunto privado. A segunda, época franca, representa o período que se dá com a monarquia franca (481 d. C), constituindo pela primeira vez um Estado unitário entre os germanos (FRAGOSO, 1985, p. 29).

Dentre as punições marcantes estavam a "perda da paz", que significava a retirada da tutela estatal sobre o apenado, tornando-o vulnerável a quem quer que fosse, sem que com isso seu ofensor fosse culpado (podendo este inclusive matá-lo) (MEZGER, 1958, p. 31-32).

Já em delitos privados, a *Faida* era a inimizade entre o ofensor e a família do ofendido. Duas alternativas surgiam: a composição em dinheiro, ou por decisão judicial, que era tida como espécie de ordália. Este estado de *Faida* era altamente nocivo ao Estado, vez que a "vingança de sangue" (*Blutrache*) era concedida à família do ofendido. Somente mais tarde, quando o direito germano foi se tornando público, houve a obrigatoriedade da composição e a supressão da *Blutrache* (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 165).[15]

Em seu período medieval, por instituição do imperador assomado aos Estados, muitas leis surgem com previsão de crimes e castigos. Como ensina Bitencourt, o direito germânico não conheceu a prisão como pena, sendo predominante a pena capital e as penas corporais as aplicadas (BITENCOURT, 2001, p. 7).

---

[15] Ulteriormente, na dinastia carolíngia (751-911), principalmente com as Capitulares de Carlos Magno (768-814) há, nitidamente, um enfraquecimento da percepção privada das punições, ao passo que há o fortalecimento do poder público (Estado).

Entre as mais importantes legislações estão a Constituição *Moguntina* (1235) e a paz territorial perpétua de Worms (1495), na qual revogava a *Faida* (FRAGOSO, 1985, p. 33-34). Este movimento culminou no aparecimento da legislação criminal de Carlos V, a *Constituicio Criminalis Carolina* (1532), que sucedeu à *Constituitio Criminalis Bamberguensis*, de 1507.

No direito penal canônico, formado através de fontes diversas, tratou de sintetizar o direito público, operante entre os romanos, e o direito privado, dos germânicos (COSTA, 1976). Assim, no século XV, surge o *Codex Juris Canonici* (MEZGER, 1958, p. 34-35). Como reivindicador do elemento subjetivo do delito em maior grau que o germânico, via na pena a *libertação da escravidão do pecado*. Daí a inquisição. Ademais, nas lições de Zaffaroni e Pierangeli (2008), se deve ao direito canônico as prisões em sua estrutura: a reclusão em celas monásticas, assim surge o nome *penitenciária*, propriamente de *penitenciamento*, reclusão.

Logo, "o direito penal canônico pôs limite à vingança do sangue dos germanos, mediante o instituto do asilo nos templos. Mostrou-se, igualmente contrário aos meios processuais mágicos – ordálias – e particularmente à ordália do combate ou desafio individual" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 166).

A origem mais remota legislativa encontra-se nos *Libri poenitenciales*. O Cristianismo estava numa crescente, e começava a influir na vida de todos, mesmo que não sujeitos à disciplina religiosa, mas desde que "se tratasse de fatos de natureza espiritual" (FRAGOSO, 1985, p. 31).[16]

No direito canônico os crimes eram divididos em *delicta eclesiastica* (de competência exclusiva aos tribunais eclesiásticos); *delicta mere secularia* (de competência exclusiva dos tribunais leigos) e *delicta mixta* (que por ser crime concernente à ordem divina e humana, poderiam ser julgadas pelo tribunal que primeiro o conhecesse). Igualmente havia divisão no que tange às penas, sendo umas *espirituales* (penitência e excomunhão) e outras *temporales*, conforme "a natureza do bem a que atingem" (FRAGOSO, 1985, p. 32).

Ademais, "as penas eram, em princípio, justa retribuição (*zelo justitiae et bono animo*), mas dirigiam-se também ao arrependimento e à emenda do réu (*poenae medicinalis*) (BRUNO, 1985, p. 42-45).[17]

Ordinalmente, veem-se no direito canônico alguns benefícios e complacências, pois proclamou a igualdade perante os homens, acentuou o aspecto subjetivo do delito, fortaleceu a

[16] As legislações emanadas pelos papas são Decretais e as originadas dos Concílios, chamam-se *Canons*. Daí provém a expressão *direito canônico* (FRAGOSO, 1985, p. 32).
[17] A título de exemplo, por força da referida trégua de deus, da tarde de quarta-feira até a manha de segunda-feira não poderia haver nenhuma reação privada, sob pena de excomunhão (FRAGOSO, 1985, p. 32).

justiça pública, opôs-se à vingança privada por meio do direito de asilo e da trégua de deus. Outrossim, opôs-se às ordálias e duelos judiciários de outrora, procurando introduzir penas privativas de liberdade, ou substituindo-as por penas meramente patrimoniais. Exsurge, assim, a possibilidade do arrependimento do réu por meio da reclusão (FRAGOSO, 1985, p. 32).

É de se notar que o protótipo da *penitenciária*[18] tem raízes fincadas no medievo, neste período canônico, por patente influência eclesiástica, como forma de mitigação das penas ditas cruéis (*Ecclesia non sitit sanguinem*), nada obstante os tribunais eclesiásticos, nos primórdios, entregarem o réu que deveria sofrer a pena de morte aos tribunais seculares. A severidade e a atrocidade explícitas retornariam somente com a Inquisição, que usou e abusou de torturas como método de expiação e para extração de confissões, "escrevendo negra página na história do direito penal" (FRAGOSO, 1985, p. 33).

Frisa-se que o processo inquisitório surgiu com o Concílio de Latrão, em 1215, possibilitando o procedimento de ofício, sem necessidade de acusação pública nem privada. (FRAGOSO, 1985, p 33).

3.6 LEGISLAÇÃO IBÉRICA: ESPANHA E PORTUGAL

Na legislação penal ibérica[19], na Espanha, o Código de Alarico e o Breviário de Alarico (estes destinados aos hispano-romanos e os primeiros aos visigodos) se formam a partir do IV Concílio de Toledo, recepcionando uma série de instituições penais dos germanos, como penas corporais, divisão entre nobres e plebeus, composição, talião e outras (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008).

Como explicam Zaffaroni e Pierangeli (2008), contudo, deve-se louvar a pretensão dos autores das legislações Afonsinas ao introduzirem penas menos repulsivas e afastar os horrores das penas cruéis. Nada obstante, deve-se lastimar a inoperância desse sistema pretensiosamente humanístico, vez que, ao proscrever penas, como a crucificação, apedrejamento e queda em precipício, previa, ainda, a encampação de morte na fogueira e abandono às feras; proibia-se a marca no rosto, em contrapartida autorizava-se o corte da língua em caso de blasfêmia.

---

[18] "A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e respondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação [...] para que, por meio da penitencia e da oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou emenda" (GUZMAN apud BITENCOURT, 2001, p. 10).

[19] Em termos de península ibérica, a partir das invasões bárbaras do século V, foi tomada por Álanos, Suevos e Vândalos, sendo que os últimos rumaram à África e os dois primeiros se mesclaram. Contudo, fato é que a ocupação da península se deu pelos Godos, advindos da Gália, passando a dominar os Visigodos na Espanha (FRAGOSO, 1985).

Em verdade, essas ambiguidades são explicadas, pois os legisladores lutavam "entre sua razão, que lhes indicava um caminho mais humano, e a força bárbara da época, que os impulsionava a seguir as idéias [*sic*] sanguinárias dominantes" (GOMEZ DE LA SERNA apud ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 168).

Em Portugal (GILISSEN, 2003) havia o *foral*, que eram os códigos particulares de leis municipais da cidade, vila ou ainda de moradores ou caseiros da quinta herdade, predominantemente de cunho consuetudinário.

Zaffaroni e Pierangeli (2008) estimam ter sido o foral de Leão (1020) que deu início a uma série de diplomas. Nesse período de direito foraleiro, destacam-se a vingança privada, a *inimizade* (era a *Faida* germana) e a *perda da paz* (igualmente a germânica).

> As penas apresentavam-se desproporcionais com o fato, como o de punir com a morte pelo fogo, em vida, os falsificadores de moedas. De uma maneira geral, as penas eram cruéis, mas principalmente desiguais, variáveis de conformidade com a classe dos réus. Tratava-se de uma 'escandalosa e famosa diferença'(Melo Freire). Com todas essas características advindas do direito consuetudinário, crimes e penas foram introduzidos nas Leis e Posturas, e posteriormente, nas Ordenações (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 169).

O *Livro das Leis e Posturas* tem origem incerta, mas estima-se seu surgimento entre o final do século XIV e início do XV. Entre as penas elencadas pelo direito penal encontram-se a injúria (lei das injúrias, de 1355), na qual a injúria gravíssima, máxima ofensa que se poderia cometer a alguém (*merdimbuca* ou *merda na boca*), era apenada com pena capital. Mais tarde essa legislação foraleira foi desembocar, após as Ordenações do Reino, nas Ordenações Afonsinas, muitas delas em vigor até fins do século XVIII. O Livro V cuidava dos delitos, das penas e do processo penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 170).

Ademais, como lecionou Fragoso (1985, p.58), o processo nesse período não era apenas o acusatório, de cunho romano, mas também o das querelas, das inquisições abomináveis do direito canônico, sendo este fonte subsidiária, "condição que também tinham as glosas de Acúrsio e Bártolo (Livro II, tít. 9)".

> O legislador não teve em vista os fins das penas e a sua proporção com a gravidade do delito, e, sim, conter os homens por meio do terror e do sangue. O crime de feitiçaria e encantos, o trato ilícito de cristão com judia ou moura e o furto do valor de um marco de prata são igualmente punidos com pena de morte. O crime de *lesa-majestade* foi adotado com tudo o que de odioso se apresentava nas leis imperiais romanas, não só quanto à qualidade do crime, como quanto ao modo de processar. Na imposição da pena, facilmente se reconhece a desigualdade do sistema feudal: aos nobres impõem-se sempre penas menores do que aos plebeus. O marido podia, em flagrante, matar impunemente o adúltero, exceto se este fosse cavaleiro ou fidalgo de solar, em atenção à sua pessoa e fidalguia. Para a apuração dos crimes admitia-se não só o meio da acusação do direito romano e as querelas, originárias dos antigos costumes, mas também as inquirições devassas do direito canônico (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 176).

As Ordenações Afonsinas representam um divisor de águas no direito português, vez que as posteriores legislações trataram de reproduzi-la ou de implantar algumas alterações pontuais.

O tribunal da Inquisição funcionou em Portugal desde 1536, como o famigerado inquisidor Torquemada, com o processo secreto, torturas, *Autos da Fé* e fogueiras, época a qual funcionava na Espanha sob o reinado de Fernando e Isabel (FRAGOSO, 1985, p. 58).

Ulteriormente, surgem as Ordenações Filipinas – nada obstante a Compilação do regente D. Duarte Nunes Leão, que, a bem da verdade, não chegou a viger plenamente devido sua incompletude.[20]

Sobre as penas implantadas destaca-se a pena de morte a maior parte dos delitos, sob quatro formas distintas: morte cruel (suplícios, tortura e diabólicas formas lentas de morte); morte atroz (acrescenta-se à morte o confisco de bens, queima do cadáver, esquartejamento e proscrição da memória); morte simples (degolação aos nobres, enforcamento aos pobres, que era tida como mais infame) e a morte civil (supressão da vida civil e dos direitos de cidadania) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 180-181).

Outro grande infortúnio das Ordenações Filipinas era sua imprecisão à subsunção delitiva, de forma que cabia aos doutores da exegese a "decifração" da sanção cominada ao crime cometido. Zaffaroni e Pierangeli (2008, p.181) citam exemplo interessante no que tange à expressão *morra morte natural para sempre* e *morra morte natural*, que significava, na primeira, a morte atroz (lentamente), e a segunda, a morte simples.

No mesmo sentido, Heleno Fragoso ensina que, no Livro V das Ordenações Filipinas, a pena era realmente terrível:

> A morte era pena comum e se aplicava a grande números de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldade. Eram previstas: a pena de *morte natural* (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento); *morte natural cruelmente* (que dependia da imaginação do executor e do arbítrio dos juízes); *morte natural pelo fogo* (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote) *morte natural para sempre* (enforcamento, ficando o cadáver pendente até o apodrecimento). Havia ainda penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregava-se amplamente a tortura. O sentido geral dessa legislação é o da *intimidação feroz*, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião. Muitos delitos constituem incriminações fundadas em ridículas beatices (FRAGOSO, 1985, p. 59).

Assim, pode-se dizer que a justiça privada foi desaparecendo e sendo reprimida – o que é comprovado cronologicamente nas três Ordenações. Contudo, ainda era prevista a vingança privada em duas situações: "morte dada à adúltera e ao seu parceiro e na hipótese de

[20] Insta salientar sua vigência penal em terras brasileiras até o advento do Código Criminal do Império de 1830 (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 178-180).

aberta admissão à vingança particular consistente na perda da paz", conforme explicação de Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 180).

Ademais, existiam ainda as *penas vis*, que consistiam no açoite, corte de membros, trabalhos públicos, galés, baraço e pregão, entre outras atrocidades. Havia penas de multa e degredo, esta última sendo cumprida principalmente no Brasil (a mais grave desta espécie de execução). Outrossim, não vigia o instituto que hoje denominamos de princípio da legalidade, sendo muitas vezes pena crime arbitrária, ao bel-prazer do julgador, "segundo a qualidade da malícia, e a prova, que dela houver" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 181).[21]

3.7 BRASIL

No Brasil colonial, as Ordenações Afonsinas não chegaram a viger, pois não havia nenhum núcleo colonizador se instalado. As Ordenações Manuelinas chegaram a ser aplicadas, pois, a partir de 1532, quando Martim Afonso de Souza encetou a colonização. De 1534 a 1536, o país foi dividido em 14 capitanias hereditárias com 12 donatários (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008).

O poder dos donatários era elevado, tendo poder de condenar e absolver escravos, gentios e peões, homens livres, sem haver espaço para apelação nem agravo do gênero. Para pessoas consideradas de "mor qualidade", nos casos de delitos comuns, a Carta de Doação estabelecia – além do dito acima – penas que iam a dez anos de degredo ou 100 cruzados de multa. "Nos casos de heresia, traição, sodomia e moeda falsa, todavia, seriam condenados à morte como quaisquer outros acusados" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 183).

Posteriormente, com a implantação dos "governos gerais" é que começa a vigorar a legislação do reino, pois não era plena a aplicação dessa legislação à época das capitanias, pela ausência de organização repressiva. Assim, com os governos gerais, com a vinda de um Ouvidor-Geral – com poderes de decretar a morte de outrem – é que se instaura a legislação lusa em terra brasileira (o Livro V das Ordenações Filipinas) (FRAGOSO, 1985, p. 59).

Das três Ordenações, só as Filipinas vigeram plenamente em solo brasileiro (nomeadamente depois da criação da Relação da Bahia, 1609). Como aperiente, cita-se a lendária execução de Tiradentes (Joaquim José da Silva Xavier), que em 1792 foi acusado e condenado ao crime de lesa-majestade, enforcado, esquartejado, tendo os membros expostos em postes à beira das estradas aos derredores de Vila Rica, com lembretes públicos de advertência que diziam que "ninguém poderia trair a rainha, porque as próprias aves do céu se

[21] Livro V, Tít. CXLIII e Livro V, Tít. CXVIII, § 1º, respectivamente.

encarregariam de lhe transmitir o pensamento do traidor", além de condenar até a quarta geração de sua família (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 182).

Desta feita, no Brasil não foi diferente o sistema punitivo que narramos, até então, em âmbito mundial. Apesar de D. Pedro I ter promovido singelas alterações penais na Carta Régia de 1808, quando D. João VI retornou a Portugal, o germe do Código Penal legitimamente brasileiro só começou vingar depois da Carta de Lei de 25.03.1824, com a outorga da Constituição brasileira, paradoxalmente, com ares liberais. Cite-se seu art. 179, III, que aduzia à irretroatividade da lei; XIII, igualdade perante a lei; XIX, abolição de açoites, tortura, marca de ferro e demais penas cruéis e XX, pessoalidade da pena. Portanto, figura-se claramente o lastro penal, no futuro Código Criminal de 1830, na Constituição do Império (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 188).

A partir da independência e da carta constitucional de 1824, urgia-se nova legislação penal. O referido Código Criminal do Império era marcadamente influenciado por concepções europeias, como as de Jeremy Bentham, com sistema de penas fixas e utilitarismo – e demais ideários Iluministas. Esse código contemplava a pena capital (FRAGOSO, 1985, p. 60).[22]

Dentre as características penais da época, destacam-se a imperatividade constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente [*sic*]. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja", e "desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penais cruéis [*sic*]" (art. 179, nº 20 e 21, respectivamente), todas em âmbito constitucional (FRAGOSO, 1985, p. 60-61).

Em âmbito penal, insertos no Código Criminal, encontram-se: exclusão da pena de morte para crimes políticos; imprescritibilidade das penas; reparação do dano, a ser estabelecida pelo juiz, posteriormente transferido para o juízo cível a indenização (1841); a circunstância atenuante, no caso de menoridade; o arbítrio judicial no julgamento aos menores entre 14 e 17 anos e, mormente, a implantação inovadora de dias-multa como pena patrimonial (FRAGOSO, 1985).

Todavia o exposto, as penas cruéis permaneceram, como o açoite e pena de morte para os escravos que matassem os seus senhores por meio de venenos, ou em casos de grave ofensa física (1835). Os açoites foram abolidos em 1886. Outra grande mazela foi a não previsão de crimes culposos, que surgiram em 1871 (FRAGOSO, 1985, p. 61).

[22] Ademais, o sentido liberal foi sendo neutralizado posteriormente, por meio de leis processuais, como a datada de 10.06.1835, versando sobre julgamento de escravos que atentassem contra a "vida e segurança do seu senhor ou de suas famílias. Essa lei manteve-se em vigor até 1886" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 191).

A partir do projeto de lei encabeçada por Alcântara Machado que, no Estado Novo teve seu nome cotado pelo Ministro Francisco Campos, influenciado pelo Código Rocco italiano, e alguns elementos dos projetos Galdino Siqueira (1913) e Sá Pereira (1927, 1928 e 1935), o projeto de Alcântara Machado (1940) foi sancionado em 07.12.1940 e entrou em vigor em 01.01.1942. Assim, o que se percebe, sob o viés analisado, é um código[23] "rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de 'medidas de segurança' pós-delituosas, que operavam através do sistema do 'duplo binário', ou da 'dupla via'" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 194).

Tais "medidas de segurança" e a supressão da totalidade da norma reguladora da pena no concurso real chegam-se à prisão perpétua. Ademais, o Código de 1940, sancionado em plena vigência da Carta ditatorial de 1937, é eivado de "tecnicismo jurídico" autoritário "que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas, desemboca numa clara deteriorização da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de 'indesejáveis'" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 194).[24]

Nada obstante, percebe-se por um lado é que, evolutivamente com lastro em direito punitivo democrático e liberal (apesar do contemporâneo período ditatorial do Estado Novo), o Código de 40 incorpora o princípio da reserva legal; o sistema progressivo; a exigência do início da execução para configurar-se a tentativa. Não há previsão de pena de morte [salvo na excepcional hipótese de guerra declarada], nem de prisão perpétua e o máximo da pena de privação de liberdade é de 30 anos. Inversamente, o que se prevê são penas rigorosas a ilícitos penais relacionados à greve, o sistema do duplo binário e o afastamento do princípio da reserva legal aos casos de medida de segurança (FRAGOSO, 1985, p. 66), dentre outros dispositivos penais (como crimes de perigo etc.), além de diversas leis esparsas que pululam nos últimos anos, mormente sob influência externa, como a Lei 8.072/90; Lei 9695/98; Lei 10.792/03 etc.

[23] A legislação penal se completa com o surgimento da Lei das Contravenções Penal (1941); com o Código Penal Militar (1944, substituído pelo de 1969); Lei de Imprensa (1953, substituída pela de 1967); lei de economia popular (1951); lei de segurança nacional (1953, vigorando hoje pela lei 7.170/1983); crimes falimentares (1945); lei de crimes contra a propriedade industrial (1945); lei dos crimes de responsabilidade (1967); os crimes eleitoras (1965); contravenções de caça (1965), florestais (1965) e de pesca (1967) (FRAGOSO, 1985, p. 67).

[24] O projeto do Código Penal de 1969 não chegou a viger, sendo derrogado completamente em 1978, pela Lei 6.578, de 11.10.1978. Entre as alterações substanciais pretendidas por ele havia uma maior amplitude ao sursis e ao livramento condicional, contudo rechaçado por propostas de diversas alternativas liberais intentadas. "E, como resposta mínima a um clamor generalizado da opinião pública jurídica do país, materializou-se a Lei 6.416, e 24.05.1977" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, 195).

4 HISTÓRICO DAS PENAS *VERSUS* ATUALIDADE PENAL BRASILEIRA

O processo histórico das penas, nas lições de Zaffaroni (1987), tem custado à humanidade mais sangue que todas as guerras. Deveras, pode-se afiançar que a história do sistema penal e das punições é mais abominável que a história das guerras, posto que, geralmente, não superam a frialdade e a premeditação, características estas da crueldade e aberrações das quais a história da legislação penal e sua prática faz testemunho (ZAFFARONI, 1987, p. 318).

As punições, como pesquisado, são uma constante nas civilizações mundiais figuradas na história. Com efeito, se há períodos em que há uma evolutiva tomada ideológica e legal sobre a humanização das penas, há períodos de retrocessos punitivos.[25] A título de exemplo está o direito punitivo romano, que começa, em sua fundação, com a marcante ética férrea, ordálias e leis penais rigorosas; avança com a Lei das XII Tábuas; regride novamente ao período do império. Igualmente o direito punitivo canônico, que por sua vez, à primeira vista, propõe a mitigação das penas ditas cruéis (*Ecclesia non sitit sanguinem*) e, posteriormente, desemboca em uma Santa Inquisição, período marcantemente cruel na história das penas. Salienta-se, assim, não haver um progressivo e cronológico avanço humanitário das penas, se atentarmos a uma visão mais acurada.

Outro aspecto interessante a se notar é o escalonamento das punições, outra constante na história, o qual direcionava diversas espécies de punições à depender da hierarquia social ocupada pelo réu. Cita-se, nesse sentido, o Código de Manu; o direito romano, mormente no período imperial; o direito canônico; o direito lusitano no período dos forais e das Ordenações do Reino, todos expressamente referenciados.

Se numa macro visão poder-se-ia conjecturar um processo *darwiniano* das penas na história das civilizações (vingança privada – vingança pública – vingança institucionalizada), incorreríamos num grande equívoco, pois fato é que a história, "considerada em si mesma, explica tão pouco o estado atual do instituto da pena, como o embrião explica o homem, como a semente explica a árvore" (BARRETO, 1926, p. 138). A história está aí justamente para (des) explicar um improvável avanço humanitário nas punições (avanço qualitativo).

No mesmo sentido está Bitencourt (2001, p. 3), ao asseverar que quem se propõe a perquirir sobre uma cronologia evolutiva da história da pena corre o risco de se equivocar a cada passo, pois "a carência de continuidade é quase total. Há muitos exemplos disso. Os retrocessos, a dificuldade de fixar indicadores e perseguir sua evolução", ademais "a

[25] Entenda-se, a título de definição, "evolução" ou "retrocesso" no que tange às punições atrozes ou cruéis.

confrontação das tendências expiatórias e moralizadoras (estas últimas nem sempre bem definidas), dificultam qualquer pretensão narrativa de ordem cronológica".

As punições atravessam os milênios e surgem nos dias atuais com o mesmo ímpeto de tempos passados. Se não se assemelham, no presente, as outrora formas de sua execução, nem por isso desconhecem a mesma ordem genealógica: a de panaceia social, ora fazendo as vontades dos deuses (povos da pré-história, Código Hammurabi da Babilônia, na Índia, no Egito, entre os Hebreus, no período fundação de Roma, entre os germânicos primitivos e, em geral, os povos do antigo oriente); ora de uma sociedade (como direito romano da Idade Média, germânicos da Idade Média, podendo-se incluir aqui a ideologia das sociedades contemporâneas); de um império ou de um rei (como no Império romano), ou da religião (direito mosaico e direito canônico), e outros. Como ponderou Durkheim:

> Com efeito, se formos ao fundo das coisas, perceberemos que essa lei não exprime somente, como poderia parecer à primeira vista, as variações quantitativas pelas quais passou a pena, mas também as variações propriamente qualitativas. Se a penalidade é [aparentemente] mais suave hoje do que outrora, não é porque as antigas instituições penitenciárias, permanecendo elas mesmas, perderam pouco a pouco o seu rigor; mas porque foram substituídas por instituições diferentes (DURKHEIM, 2014, p. 145).

Compreender um processo histórico das punições ou tentar encontrá-lo em fundamentos inteligíveis seria, paradoxalmente, abstrair-se. Processo *evolutivo* das práticas punitivas não há, apenas existem *transformações* ou *mutações* das práticas.[26] Foucault deixou isso inequívoco em *Vigiar e Punir* (2012), elucidando o nascimento das prisões em detrimento da pena-espetáculo (punições do corpo à alma).

Com efeito, como frisou Tobias Barreto, verdade é que a sociedade "deve ter a sua mecânica; mas essa mecânica, para dizer tudo em uma só palavra, ainda não encontrou o seu Kepler" (1926, p. 16). O direito penal e as punições/penas são uma "sucessão de marchas e contramarchas, cuja origem se perde no terreno da paleontologia e da antropologia cultural".

De toda sorte, o que se observa na história é que a palavra *poena* [pena], etimologicamente derivada de *poenitet* (relacionada com arrependimento) pode ser avistada em toda parte da história punitiva, "destituída do seu conteúdo primitivo e significando unicamente a vingança pública exercida contra o criminoso" (BARRETO, 1926, p. 145).

> De envolta com o sacrifício, que constitui o primeiro momento histórico da pena, além da expiação que lhe dá um caracter religioso, já se acha o sentimento da vingança, que os deuses de então tem de commum com os homens e os homens com

[26] Zaffaroni e outros visualizam a história da legislação penal como história de avanços e retrocesso no confisco dos conflitos, no qual há uma progressiva supressão das relações comunitárias, horizontais em prol da organização corporativa da sociedade, com relação de verticalidade. Um verdadeiro confisco da vítima e do seu direito (ZAFFARONI et al., 2003, p. 385).

> os deuses. A' medida porém que vae descrescendo o lado religioso da expiação, aumenta o lado social e politico da *vindicta,* que permanece ainda hoje como predicado indispensável para uma definição da pena[*sic*] (BARRETO, 1926, p.144).

Como explicou, ainda, Tobias Barreto (1926, p. 143), outrora se queria aplacar, com o castigo ao criminoso, os deuses irritados ou "serenar os manes da victima do crime"; hoje, "quasi que se procede de accôrdo com esta intuição, guardadas apenas as differenças determinadas pela cultura ulterior" [sic].

Inevitável é lembrar, nas palavras de Carmignani, no século XIX, que "o direito de punir não é outro que um direito de necessidade política" (CARMIGNANI, 1854, p. 88) [27], ou em outras palavras, como o fez Tobias Barreto no mesmo século, "o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político" (BARRETO, 1996).

As penas são, deste ou daquele modo, instrumento político, e como tal, possuem sempre em voga o seu poder contemporâneo, com seus achaques. Disso há frisar-se e não deixar-se absorver a partir de abstrações pseudolegitimantes arraigadas em determinismos ontológicos ou metafísicos – ideologias estas sempre impingidas pelo discurso do referido poder dominante.

Ainda, na atualidade, o direito positivo brasileiro prevê, por exemplo, medidas de segurança *ad aeterno*, numa explícita pena de caráter perpétuo. Ademais, há contemporaneamente uma considerável crescente na legislação penal pátria, prevendo cada vez mais a exacerbação punitiva.

Já empiricamente, as punições são ainda mais cruéis que as previstas na Lei Penal, havendo "pena não legislada" de morte por todo o país (seis pessoas por dia pela polícia) (PAGNAN; TUROLLO, 2014), tortura (considerada problema crônico nas prisões brasileiras) (RIBEIRO 2014), penas vexatórias, julgamentos sumários e linchamentos (sendo mais de cinquenta no primeiro semestre de 2014) (D'AGOSTINO, 2014) e inúmeras outras atrocidades, por meio da criminalização secundária e seus agentes legitimados. Neste estágio atual das punições, como disseram Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 163), "a luta está mais encarniçada do que nunca".

De outra feita, seria demasiada complacência arguir a redução da punibilidade em nossa "pós-modernidade" (CHEVALLIER, 2009) ou capitalismo tardio, como disse Batista (2007). Nossa época é notadamente marcada pelas prisões em massa; o Brasil possui 711.463 presos (num déficit de mais de 206 mil vagas) e é o 3º país do mundo com a maior taxa de encarceramento, o que faz cair por terra uma possível regressão *quantitativa* das punições (MONTENEGRO, 2014). Dessa feita, Zaffaroni e Pierangeli (2008) aduzem, com razão, não

[27] "Ma il diritto di punire altro non è che um diritto di necessità politica" (CARMIGNANI, 1854, p. 88)

saber ao certo a *função da pena*, o certo é que ela cumpre uma *finalidade*, que certamente poderia ser objeto de estudo em momento oportuno.

Warat ([S.I], p.2), versando sobre o esgotamento do sistema punitivo nacional anota que "estamos com uma preocupante sensação de estarmos perdidos em um labirinto de instituições esgotadas, que se suspeita sem saídas. O sol está negro e não pode nos iluminar". O autor arremata:

> Como é possível sustentar a vigência do Estado de Direito para justificar retoricamente as novas atitudes imperiais dos Falcões Republicanos e a sinistra hipocrisia silente das falsas pombas Democratas? Como se pode seguir sustentando o Tipo Penal e suas conotações de segurança diante da macabra ação das máfias incertas no Estado, que conseguem atuar, agora debaixo da pele de cordeiro da legalidade judicial ou estatal? O monopólio da coerção estatal cedido, depois de negociações de todo tipo, ao crime organizado. Estados que se põem à disposição de várias formas de crime organizado. A segurança jurídica termina sendo uma brincadeira sinistra, ironias macabras (WARAT, 2003, p.14).

Cumpre ainda frisar, em referência à não dissociabilidade entre política e direito punitivo, que o surgimento das penitenciárias se deu, não pelo sentido humanitário, mas com o propósito de instrumento de submissão ao regime dominante, pois no referido momento de seu surgimento a Europa passava por um processo de exacerbação de mão de obra (MELOSSI; PAVARINI, 2006).

No mesmo sentido, demonstram Rusche e Kirschheimer (2004) que o método de repressão supostamente mais humano surgido no Século das Luzes, nada mais era que modo de repressão à vadiagem, movido por mudanças nas condições econômicas gerais.

Ademais, acrescenta-se sobre o escopo utilitarista das prisões e, por conseguinte, a preservação histórica das prisões como mecanismo de controle social:

> Utilizadas de forma utilitária aos escopos de controle social dos segmentos tidos como perigosos, as normas penitenciárias sempre refletiram as visões retribucionistas e preventivas acerca da própria função da pena. Desse modo, tornou-se viável a preservação da instituição da prisão frente atos considerados ameaçadores ou efetivamente lesivos à ordem e à segurança, autênticos bens jurídicos penitenciários. Da mesma forma, com o exemplo da sanção com a ameaça da norma carcerária, perseguiu-se a intimidação (dissuasão) do coletivo carcerário, assim como a 'fidelidade', ou ao menos a tolerância, dos encarcerados frente ao regramento (ROIG, 2005, p. 11).

Logo, como dissertou Zaffaroni (2003, p. 500-501), a história das punições, em uma equivocada evolução humanitária, é unanimemente "reputada como uma passagem para a racionalidade e a igualdade, apesar das torturas, dos suplícios, das penas de castração e da morte agravada, das empalações e atrocidades siminares", em prol de "uma ideia estranha de racionalidade que, no fundo, não é senão o monopólio da arbitrariedade verticalizante".

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa evidenciou que todo processo de mudança das formas de punir seguiu as perspectivas políticas do seu tempo. Se a história *mostra*, ou melhor, *insinua* algo, é somente que a punição está longe de ser ontológica e de possuir existência *per se*. Assim, antes eivada de influência divina; posteriormente em defesa do rei; depois em defesa da religião e, agora, em defesa da sociedade.

Dessa feita, nada obstante seus aparatos técnico-científicos penais, que nada mais são que uma máscara ou um artifício a suprimir a volição da vítima; esses, novamente, são entregues ao soberano (personificado, por sua vez, na aparência da sociedade), sob o embuste da legalidade e da publicidade da ação penal, para a manutenção da história.

Nesse sentido, como resposta ao problema proposto, não há falar-se em progressiva evolução qualitativa de humanização e em regressão quantitativa das penas no Brasil. No que tange à primeira, ocorreu uma mudança de paradigma – assim como em toda a história das punições restou evidenciado –, punindo de forma diversa de outrora, destarte, sem o alijamento de práticas cruéis e desumanas. No tocante à segunda, os dados oficiais comprovam que o país é um dos mais punitivistas do mundo.

Pode-se, assim, inferir que o termo *humanização das penas*, a partir dessa perspectiva histórico-sociológica e dialética, somente pode ser interpretado e conotado, hodiernamente, se atentar-se à progressão histórica de redução (qualitativa), em parte de nossa legislação, da legitimação patente das penas cruéis de caráter explícito. Porém, não como desintegração efetiva de um modelo cruel e hediondo que legitima um sistema paralelo, movido à tortura e ao suplício do corpo, e o aumento (quantitativo) do contingente de encarceramento no Brasil. Em suma, pune-se mais e melhor.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Tobias. **Menores e loucos**. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926. 5v.

BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRAUDEL, Fernand. **Gramática das civilizações**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Perigosidade criminal e medidas de segurança**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CARMIGNANI, Giovanni. **Elementi di diritto criminale**. 2. ed. Napoli: P. Androsio, 1854.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

COULANGES, Fustel de. **La ciudad antigua**: estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grécia e Roma. 11. ed. México: Editorial Porrúa, 1998.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal**: parte geral. Campinas: LZN, 2002. v.1-2.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Dias de intolerância**. O Globo, Rio de Janeiro, 3 jul. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/dias-de-intolerancia/platb>. Acesso em: 19 mar. 2015.

DURKHEIM, Émile. Duas leis da evolução penal. Trad. Hyago Sarraff de Lion. **Primeiros Estudos**, São Paulo, n. 6, p. 123-148, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **O problema da pena**. Revista Forense, Rio de Janeiro, n.° 161, p.56-62, set/out. 1955.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa. Fundação Calouste Golbekian, 2003.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 21. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crimen y costumbre em la sociedade salvaje**. Barcelona: Editorial Planeta-De Agostini, 1986.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séc. XVI e XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MONTENEGRO, Manuel. **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira**. **Brasil**. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 5 jun. 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/ noticias/ cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 19 mar. 2015.

PAGNAN, Rogério; TUROLLO JR, Reynaldo. **Em 5 anos, polícia brasileira matou em média 6 pessoas por dia, diz estudo**. Uol, São Paulo, 10 nov. 2014. Disponível em: <http://www1.folha. uol.com.br/cotidiano/2014/11/1545847-em-5-anos-policia-brasileira-matou-em-media-6-pessoas-por-dia-diz-estudo.shtml>. Acesso em: 18 mar. 2015.

RIBEIRO, Marcelle. **Tortura é problema crônico em cadeias do Brasil, diz Human Rights Watch**. O Globo, Rio de Janeiro, 21 jan. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/ tortura-problema-cronico-em-cadeias-do-brasil-diz-human-rights-watch-11355668>. Acesso em: 18 mar. 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SEARLE, John. **Freedom and neurobiology**: reflections on free will, language and political Power. New York: Columbia University Press, 2007.

THONISSEN, Jean Joseph. **De la prétendue nécessité de la peine de mort**. Louvain: Typographie de Ch. Peeters, 1864.

_____. **Études sur l'Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens**: Inde, brahmanique, égypte, judée. Tome II. Bruxelles: Bruylant-Christophe & Comp., 1869.

THOT, Ladislao. **Historia de las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología criminal)**. Buenos Aires: Editorial América Unida, 1927.

WARAT, Luis Alberto. **Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social**. [2003]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/warat_edh_educacao_direitos_ humanos. pdf>. Acesso em: 22 mar. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O direito nas sociedades primitivas. In:_____. **Fundamentos de história do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Tratado de Derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Editar, 1987.