

DIREITO PENAL ATRAVÉS DO TEMPO **CRIMINAL LAW THROUGH THE TIME**

Eduardo Torres Prado¹, Daniel Aparecido Coregio².

- 1- Aluno do 4º semestre do curso de Direito da UNIFIA;
- 2- Professor de Direito Penal do curso de Direito da UNIFIA.

RESUMO

A história do Direito Penal é imprescindível para a compreensão da memória da humanidade e do Direito como ciência dinâmica e de seu atual aspecto. Abordando os erros e acertos dos antepassados humanos em diferentes eras, a análise do avanço das sanções desde o direito pré-histórico até o Estado hodierno é vital ao objetivo relatar brevemente a história geral do Direito Penal, seguindo as formas embrionárias de penalizações sacras e consuetudinárias, a era da vingança, como os sistemas jurídicos basilares aos atuais, incidindo as normas penas nas Idades Média e Moderna, perpassando o “Estado Legalista”, conceituando o Estado Constitucional de Direito e o Estado Neoconstitucional, a presente fase do Direito.

Palavras-Chaves: História do Direito Penal, Humanidade, Crimes, Direito Pré-histórico, Direito Penal.

ABSTRACT

The history of Criminal Law is essential for understanding the memory of humanity and Law as a dynamic science and its current aspect. Addressing the mistakes and successes of human ancestors in different ages, the analysis of the advance of sanctions from prehistoric law to the modern state is vital in order to briefly report the general history of criminal law, following the embryonic forms of sacred and customary penalties, the era of revenge, like the legal systems that are fundamental to the current ones, focusing on the penal rules in the Middle and Modern Ages, going through the "Legal State", conceptualizing the Constitutional State of Law and the Neoconstitutional State, the present phase of Law.

Keywords: History of Criminal Law, Humanity, Crimes, Prehistoric Law, Criminal Law.

INTRODUÇÃO

A história do Direito Penal, como o Direito em si, e da humanidade são coexistentes: com o início primordial das relações humanas, contribuindo com a sobrevivência da espécie, organizar e regular, nem que minimamente, o convívio tribal, grupal ou social foram conceitos indeclináveis para a interação harmônica entre os indivíduos. Por consequência, infrações e penalizações contemplavam corriqueiramente a necessidade da justiça com a finalidade de direcionar os comportamentos humanos e proteger a sociedade.

Logo, com o surgimento da escrita, dividindo o cenário pré-histórico e histórico do Direito, as iniciais normas jurídicas existentes, como o Código de Hamurabi ou o Pentateuco, foram registradas, facilitando a compreensão atual do direito primitivo.

Conforme a evolução da sociedade, as leis e sanções acompanhavam os membros de um grupo e imanava da figura de poder de domínio, seja o chefe da tribo demandando vingança contra um infrator, o monarca governando e sancionando de acordo com a sua vontade sobre seus súditos ou a constituição transferindo a soberania para as mãos da nação e o Estado à serventia dos desejos desta, sendo o Estado Constitucional de Direito conceituado em um governo moderno.

Assim, com o passar dos séculos, visando uma organização de conceitos e sua aplicação dinâmica nos casos concretos pelo Estado no presente instante, o Direito Penal surgiu como “o conjunto de normas jurídicas que o Estado estabelece para combater o crime, através das penas e medidas de segurança” (Basileu Garcia). Como um meio para proteger o cidadão contra os tipos de crime e guiar as relações jurídicas e o Estado, pois este tem o poder de coercitivo e de punir. Com isto, foi transparecida a égide do Direito Penal contemporâneo.

Objetiva-se, destarte, neste escrito acadêmico, relatar o Direito Penal em uma breve história de sua evolução, pois é escoltado pelo processo evolutivo social, caracterizando-se como uma ciência dinâmica e dividindo-se em Direito Penal pré-histórico ou primitivo, a era de vingança penal, os sistemas jurídicos, o Direito Penal na Idade Média, o Direito Penal na Idade Moderna, a decadência do “Estado Legalista”, o Estado Constitucional de Direito e, por fim, o Neoconstitucionalismo.

METODOLOGIA

Neste texto acadêmico foram analisadas e estudadas obras *online* e literárias de Direito Penal, estas quais abordam a parte geral, porém foi focalizada a história penal e sua evolução. Desta forma, em vista de abranger o máximo de informações úteis, estas foram condensadas clara e completamente neste trabalho.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

1. Direito penal pré-histórico ou primitivo

Esta é fração inicial da história do Direito Penal, por este fato chama-se “direito penal pré-histórico ou primitivo”, na qual sucedeu em toda civilização, antes do surgimento da escrita. (Estefam e Gonçalves, 2020). Assim, pelo fato ao qual o ser humano é gregário desde o princípio, a existência de castigos, partículas iniciais das penas hodiernas, fez indeclinável como medida de afastar a ira dos deuses sobre a tribo, pois o homem feria os conceitos de convivência, como seus iguais e a sua própria unidade de intimidade, consistindo com a sua expulsão da comunidade para a retomada do *status quo* de equilíbrio. Com isto, os fatos naturalísticos, como chuvas e secas, eram considerados como forças sobrenaturais oriundas do humor das divindades, as quais deviam permanecer calmas. (Nucci, 2020).

Desta forma, as diretrizes eram manifestadas oralmente, fundamentadas em aura consuetudinária e religiosa, e eram numerosas. (Estefam e Gonçalves, 2020). A fim de ilustrar, Nucci (2020 *apud* FREUD, 1913) declara um ônus entre os integrantes de uma comunidade por uma estátua, ou um totem, de uma divindade, a qual se interligava ao antepassado daquele grupo, firmando punições às rupturas de algum tabu, este sendo classificado como parte sagrada e misteriosa, derramando sobre eles a cólera dos deuses.

2. Era de vingança penal

Neste período, o Direito Penal ergueu-se gradualmente, surgindo seus primeiros princípios, evoluindo de acordo com as modificações sociais, concordando com a maneira da reação da comunidade ao delinquente.

Os primeiros dispositivos jurídicos serviam de ordenamentos não legislativos e sim de ações da vida cotidiana comum, como o Direito Cuneiforme, abrangente pelos povos do oriente antigo, cujo conteúdo de regras era gráfico, através de cunho ou pregos. Diga-se de passagem, o Código de Hamurabi é uma das leis penais primárias estimadas, originado em algum ano entre 1726 a 1686 a.C.. (Estefam e Gonçalves, 2020).

As vertentes desta eram e são separadas não cronologicamente por: vingança divina, vingança privada, vingança limitada e vingança pública.

2.1.Vingança divina

Observa-se nesta fase uma intersecção com o direito primitivo, pois interpretavam fatos naturais sob a perspectiva sobrenatural e temiam a fúria divina, esta vinculada a uma imagem (vínculo totêmico), isto é, caráter religioso; entretanto diferencia-se pela ocorrência da escrita. Posteriormente substituído pelo vínculo de sangue. (Nucci, 2020).

Vale citar que as principais declarações da época são, segundo Estefam e Gonçalves (2020 *apud* SMANIO e FABRETTI), “(...) o Código de Manu (Índia), Cinco Livros (Egito), Livro das Cinco Penas (China), Avesta (Pérsia), Pentateuco (Hebreus), entre outros”. O homem não possuía uma visão ampla de si e muito menos de sua localidade no Universo, facilitando a aplicação de tais códigos. (Estefam e Gonçalves, 2020).

2.2.Vingança privada

Caracteriza-se pela estação do uso de agressão delineada pela seguinte frase: “justiça com as próprias mãos”, implicando o extermínio da comunidade como consequência. (Nucci, 2020). Vale aludir que se esboçou a desproporcionalidade e o exagero aplicados em forma de violência, consistindo em duas penas: a “perda da paz”, na qual era exigia ao infrator de um grupo o seu banimento, e a “vingança de sangue”, a qual era imposta ao participante de um grupo adversário e o marco de guerra desorganizada e viciosa. Todavia, o poder social ganhou destaque gradual, sendo comutada pela justiça privada, fornecendo ao chefe da família ou grupo a decisão sobre o malfeitor. (Estefam e Gonçalves, 2020).

2.3.Vingança limitada

Este nível é conduzido através da Lei de Talião, um estágio consecutivo à vingança privada, representada pela atual expressão “olho por olho, dente por dente”, uma consequência ao desequilíbrio maciço entre a infração e a sanção privada, em frente à necessidade de proporcionalidade das penas. Desta maneira, a infração deveria ser harmoniosa a um mal oposto e semelhante, indicando caráter individual, englobando somente o delinquente. Para elucidar, serve o Pentateuco. (Estefam e Gonçalves, 2020).

Apesar de ter equalizado o crime com a sanção, estas eram incivis e atracavam a finalidade de abrandar os anseios da sociedade. (Nucci, 2020).

2.4. Vingança pública

Em razão dos conceitos anteriormente apresentados tornarem-se arcaicos por conta do avanço das estruturas sociais, o Estado surgiu como a figura ímpar legítima a intimar penas criminais, posição da qual lhe confiou à garantia territorial, política e social de seus cidadãos. (Estefam e Gonçalves, 2020).

Portanto, a sanção pública, ou seja, não era de cunho individual, assegurava a existência do próprio Estado, ordenando como um dos crimes mais graves a lesa-majestade, pois revelava atentado à Majestade e o seu arbítrio. (Estefam e Gonçalves, 2020).

3. Sistemas jurídicos

Ao decorrer dos anais da humanidade, desenvolveram-se, essencialmente, no seio europeu os dois principais sistemas jurídicos dos quais ecoaram aos outros territórios mundiais: *common law*, originado na Inglaterra da Baixa Idade Média, e a *civil law*, procedente da tradição romano-germânica. À vista deste fato, a presença de outros sistemas também se fez registrada, como o direito africano, o direito mulçumano, o direito hindu ou o direito chinês, entretanto, apenas os dois sistemas substanciais serão discutidos nesta produção acadêmica. (Estefam e Gonçalves, 2020).

3.1.O sistema *common law* ou anglo-saxão

Durante os séculos XIII a XV foi fundamentado na Inglaterra da Baixa Idade Média e perdurou-se no Reino Unido e nos Estados que colonizou. Possui duas dimensões dos elementos do crime: *actus éus*, de elemento material, articulava-se através da ação voluntária humana visando um resultado, quando este for imposto por lei; e *mens rea*, de elemento psíquico, constituiu-se da intenção delitiva, da qual o reconhecimento distinguiu-se de acordo o delito realizado. Em comum nesta divisão encontrava-se a competência penal a qual podia ser eliminada devido a presença de fatores, como as causas de isenção de culpabilidade ou exclusão de ilicitude. Portanto, era o Direito suscitado a contar de precedentes judiciais. (Estefam e Gonçalves, 2020).

3.2.O sistema *civil law* ou romano-germânico

Aderido pela Europa continental, conveniente às universidades dos países latinos e germânicos, intercedeu na família dos Direitos romanistas, isto é, do Direito Penal na Antiguidade romana. O núcleo da produção jurídica norteou-se por textos parlamentares. (Estefam e Gonçalves, 2020).

4. Direito Penal na Idade Média

Apesar de ser dificultoso localizar um Direito Penal nesta fase, seus princípios eram oriundos dos Direitos Romano, Canônico, este responsável pelos impulsos iniciais de humanização das penas, e Germânico. Seu aspecto individual era marcado pela junção entre o Estado e a religião, logo obteve a soberania judicial, próxima de ilimitada, figurando o horror, indecisão e hesitação. (Estefam e Gonçalves, 2020).

Perdurando-se nesta perspectiva, vale a sustentação basificada pela descrição sucinta de cada classe de direito apresentada acima, pela totalidade de seu conteúdo. Por consequência, o Direito Romano foi dividido por estações temporais, predominando o poder absoluto da figura do chefe da família, o qual sancionava os indivíduos infratores de seu grupo; no reinado, prevaleceu a vingança pública, figurando o caráter sacro das penas; e na república, houve a divergência entre o Estado e a religião, subjugando a Lei de Talião através da Lei das XII Tábuas, atuando com proporcionalidade das penas entre os indivíduos; durante o Império, a sanção retorna com alta rigorosidade pelo cerne do retorno da pena de morte e do trabalho imposto, de caráter repressivo. Em vista disto, ressalta-se, todavia, que foi também um momento de desenvolvimento da singularidade subjetiva do crime, como a desconformidade do dolo do ímpeto e do dolo de premeditação. (Nucci, 2020).

Por sua vez, o Direito Canônico, o mais hegemônico na Idade Média, manteve a sacralidade penal, prosseguindo a sua característica cruel, com o destino de reintegração do delinquente, resultado da profunda convergência entre o poder estatal e a religião. A heresia destacava-se como o ato criminoso adversário ao Estado, espelhando os excessos erguidos como resposta, como a Santa Inquisição, apurando a desproporcionalidade entre indisciplina com a penalidade. (Nucci, 2020).

Vale aludir que o Direito Germânico consistiu em um firmamento consuetudinário, salientando a vingança privada, o uso das ordálias, isto é, provações dos acusados com a finalidade de testar a sua culpabilidade, e os duelos judiciais, situação da qual reinava a lei do mais forte. (Nucci, 2020).

5. Direito Penal na Idade Moderna

Com o foco mais humanitário, tal evolução auxiliou profundamente a atual aparência, o Direito Penal, no final do século XVIII, inspirou-se com o pensamento filosófico, escoltando a Justiça, surtindo influência do Iluminismo, com a publicação da obra “Dos delitos e das penas”, datado de 1764, de Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria. (Estefam e Gonçalves, 2020). Também se alinhou à Escola Clássica, uma corrente de pensamento da época, e divergia das penas cruéis e das penas de morte, abraçava o princípio da proporcionalidade da pena conforme o dano causado à sociedade, fatos abordados por Beccaria, como sua contrariedade ao arbítrio dos juízes, uma vez que não competia ao magistrado a interpretação das penas, fixada por lei, somente a sua aplicação. O princípio da responsabilidade, com o fim de aplicar as penas somente no delinquente e não em seus familiares, e a ruptura da tortura com o método investigativo, defendidos por Bonesana, assim como a figura de intimidação instaurada à pena com a finalidade de dignificar o delinquente. (Nucci, 2020).

Outro ponto a ser destacado, dissertado por Nucci (2020), refere-se à escola clássica, nomenclatura definida após a sua comparência, relacionada com o seu maior representante Francesco Carrara, o qual adotou a posição contrária às penas cruéis e de morte e fomentou que o crime era o resultado do livre-arbítrio de cada indivíduo, além de no meio da disciplina e infração a proporcionalidade fez-se irrecusável. Não somente correspondido a Carrara, o livre-arbítrio fortificou basilamente a competência penal na visão desta corrente. Então, tal competência inspirava-se no encargo moral, levando o tratamento de “ente jurídico” ao crime sobre o singelo “fato do homem”. O propósito penal era recompensar o mal causado pelo delito com o mal da correção jurídica.

A escola clássica, como vale apontar, foi condecorada por tal nome para contrastar com a sua sucessora, a escola positiva. (Nucci, 2020).

Esta, por sua vez, ascendeu-se com a publicação de Cesare Lombroso: “O homem delinquente”, em 1876. Este autor discorreu que o ser humano poderia nascer criminoso, subordinado aos desvios físico-psíquicos, restringindo sua sociabilidade. Assim, não há a existência do livre-arbítrio, mas somente a expressão do delito. A corrente positiva norteou o estudo do Direito Penal para a perspectiva da investigação científica, concedendo a manifestação da psicologia criminal, da antropologia criminal e da sociologia criminal. Os nomes expoentes desta escola destacam-se como os adeptos de Lombroso, Enrico Ferri e Gorafalo. (Nucci, 2020).

Ao continuar nesta vertente, é imprescindível citar o pensamento de Ferri ao qual o castigo penal era o modo de defender a sociedade, cuja finalidade era prevenir novos crimes, uma vez que o indivíduo seria competente por sua indisciplina porque vivia em coletividade. (Nucci, 2020).

Nucci (2020) anunciou que ambas as escolas requereram análises críticas, pois são contraditadas. Por exemplo, citou-se que a clássica se configurou na inevitabilidade da regeneração do criminoso, enquanto a positiva não se envolvia neste ponto, versando a punição com o renome de pernicioso, compelindo ao Estado poder ilimitado, além de distanciar do malfeitor que não apresenta perigo.

Vale mencionar a existência das múltiplas escolas originadas posteriormente da clássica e da positiva, sob o nome de escolas ecléticas ou críticas. Estas objetivavam um novo conceito ao unir os dois conteúdos, entretanto, o desenvolvimento não foi satisfatório. (Nucci, 2020).

Serve-se de contexto, no meio tempo entre a fração inicial das duas escolas protagonistas, mais precisamente em 14 de julho de 1789, observando uma proximidade maior da escola clássica, manifestou-se uma revolução marcada pela tomada da Bastilha, a prisão francesa, modificando profundamente os nortes jurídicos, sociais e políticos, movimentados pelos desejos burgueses por liberdade, igualdade e fraternidade e findar os exageros da monarquia absolutista. No mesmo ano, substanciaram-se tais princípios na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, abordando em sua essência a liberdade e a igualdade entre os homens, o estabelecimento dos direitos naturais e o transporte da soberania para a população e não do monarca, por exemplo. (Estefam e Gonçalves, 2020).

Assim, inaugura-se o momento do período legislativo, destacando o princípio da onipotência do legislador. Logo, o Direito Pena foi intensamente alterado oriundo de uma fase humanitária e legalista e, ao lado de Beccaria, o alemão Paul Johann Anselm von Feuerbach fundamentou o bem jurídico, instigado pelo Iluminismo. (Estefam e Gonçalves, 2020).

Tal Declaração, acima mencionada, instaurou em seu corpo as bases dos direitos fundamentais do homem habilitando-a como um instrumento democrático e a concretização da razão, da segurança das relações jurídicas e do cunho de alforria da nação sob o arbítrio da Monarquia, conceitos idealizados pelo Iluminismo. Sua figura de autoridade não se inclinava a ninguém ou a qualquer poder, cabendo aos seus aplicantes expor a sua vontade, pois a interpretação de seu texto era literal, de acordo com a gramática aplicada. (Estefam e Gonçalves, 2020).

6. A decadência do “Estado Legalista”

A despeito de distanciar a sociedade do domínio monárquico, outro excesso era cometido através da figura do legislador onipotente, erguendo-se a desconfiança das tarefas parlamentares, correspondendo com a insatisfação dos seus elaboradores. Havia excesso de leis em todos os aspectos da vida do homem, porém de qualidade inferior e insuficientes aos anseios sociais. Por isto, a necessidade de impor

restrições ao poder integral do legislador fora manifestado com a finalidade de manter seu exercício conforme a demanda social. (Estefam e Gonçalves, 2020).

7. Estado Constitucional de Direito

Segundo Estefam e Gonçalves (2020), com o seu princípio no fim do século XVIII, a constituição resumia-se a documento dotado de supremacia, aderindo uma evolução no século XIX, com o cerne de controle do poder imune. Deste modo, a delimitação ou a fiscalização integrou-se na medula de qualquer que seja a constituição, resguardando um exercício e a guarnição dos direitos de minorias.

Os fundamentos desta fase foram classificados em: a supremacia da constituição e o controle do poder. Assim, para limitar a atuação do legislador é imprescindível a supremacia normativa com dispositivos de salvaguarda, isto é, normas rígidas e órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade das sanções. (Estefam e Gonçalves, 2020).

8. Neoconstitucionalismo

Na Constituição era observada uma nascente das outras normas, configurando obediência dos atos infraconstitucionais como seu rudimento, dispondo do princípio de conformidade. Também era notado um Estado restringido pela Carta Magna, entretanto, como foi observado no século XXI, procura-se a composição de um Estado materialmente submetido, formulando um sistema jurídico de regras e valores e alastrando-se no ordenamento jurídico, manifestando o neoconstitucionalismo, ou seja, as normas de prostram diante da Lei Maior. (Estefam e Gonçalves, 2020).

Desta forma, o Direito Penal foi compreendido através da Constituição, pois conteve os valores dos quais foram explicados a elaboração de leis penais, escolhendo como comandar o direito infraconstitucional. (Estefam e Gonçalves, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, portanto, a evolução do Direito Penal coexistindo com e evolução da raça humana, intrínsecos ao avanço do Direito em geral, com a finalidade de estruturar os comportamentos e a sociedade, visando o bem-estar comum por meio da disciplina dos indivíduos e a limitação do poderio estatal, o qual inclina-se à soberania popular, ponto ao qual presencia-se no atual momento neoconstitucional.

Pelo fato de o ser humano ser dotado de complexidades, a indispensabilidade de garantir e respeitar seus direitos fundamentais para o mínimo de funcionalidade da comunidade e para a sobrevivência da raça se fez real, entretanto, a legislação encontrou-se com limitações no decorrer de sua história, não somente o Direito Penal. E, não obstante, o sistema judiciário atual, como o brasileiro serve de exemplo, deparou-se com o mesmo impasse, sob a imposição de uma adequação a uma sociedade tecnológica, corrupta, líquida e numerosa.

Se uma nação compreende a sua história e isto é inevitável a não repetir os mesmos erros, não adere no contexto hodierno ou, talvez, o complexo jurídico escolheu fechar os olhos a fatos passados propositalmente sob algum tipo de perspectiva para um fim benéfico à nação. Todavia, não surtiu e não surte um efeito de progressão e, sim, de estagnação, como a existência de inúmeras leis pautando a vida cotidiana dos indivíduos e insatisfatórias a aspiração social, semelhante ao declínio do “Estado Legalista”, por exemplo.

Por fim, o Direito Penal transparece através do tempo como uma ciência dinâmica e para proteger a sociedade contra os casos de natureza criminal e disciplinam as causas jurídicas, servindo de norte ao Estado para o impedimento de aplicações arbitrárias de sanções penais, em decurso do seu poder de punir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e Das Penas. Editora Ridendo Castigat Mores, 1764.

BITENCOURT, C. R., Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André, GONÇALVES, V. E. R., Direito Penal Esquematizado: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HORTA, A. C. C. Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais. Âmbito Jurídico. Brasil, 31 maio 2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal-e-escolas-penais/>. Acesso em: 06 out. 2020.

NUCCI, G. S., Manual de Direito Penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

PACHECO, E. D. Evolução histórica do Direito Penal. Âmbito Jurídico. Brasil, 30 mar. 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>. Acesso em: 06 out. 2020.