

DO CARÁTER VINGATIVO DA PENA

ANTÔNIO MARIA RODRIGUES DE FREITAS ISEHARD

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS
- ESPECIALIDADE DIREITO -

ORIENTADOR: PROF. DR. VOLNEI IVO CARLIN

FLORIANÓPOLIS

1 9 8 7

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação DO CARÁTER VINGATIVO DA PENA

elaborada por ANTÔNIO MARIA RODRIGUES DE FREITAS ISERHARD

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS - ESPECIALIDADE DIREITO.

Florianópolis, 20 de novembro de 1987.

BANCA EXAMINADORA:

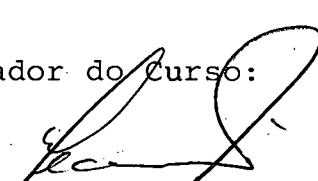


Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

Prof. Dr. Osni de Medeiros Régis

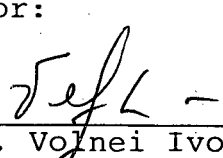
Prof. Mestre João José Caldeira Bastos

Coordenador do Curso:



Prof. Dr. Paulo Henrique Blasi

Orientador:



Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin

DEDICO ESTE TRABALHO

aos meus pais.

AGRADEÇO

a todos os colegas e professores do CPGD da UFSC, especialmente aos meus orientadores.

R E S U M O

Propusemo-nos, na presente dissertação, a fazer um estudo das etapas experimentadas pela pena, procurando sustentar para além das justificativas que lhe são dadas historicamente, que o castigo conserva o caráter marcadamente vingativo.

Para tanto, nos valem do método histórico-comparativo, empregando uma metodologia baseada na pesquisa bibliográfica interdisciplinar, com a utilização de um instrumental teórico que trouxesse contribuição de outros sítios do saber, voltado genericamente a demonstrar que a pena não evolui, em que pese a indumentária de que se tem revestido no curso da história. Dividimos o trabalho em cinco capítulos, acrescido de breves conclusões.

O primeiro capítulo, consistiu num enfoque histórico sobre a pena, onde fazemos uma abordagem das fases experimentadas pelo castigo, observando que da sua origem, surgida como vingança divina, foi se racionalizando até chegar à etapa da vingança jurídica, passando pelo período político, sem contudo perder a religiosidade.

O segundo capítulo residiu no estudo das teses retribucionistas e utilitaristas, principais teorias erigidas sobre os fundamentos e finalidades do castigo, ocasião em que observamos continuar a pena a ser uma expiação do passado.

O terceiro capítulo traduziu uma abordagem política e filo-

sófica, nas teorias contratualistas, em que julgamos haver demonstrado que a legitimidade do poder de punir reside na sociedade.

O quarto capítulo foi uma leitura da aplicação da pena pela instituição criminal, efetuada por nós para demonstrar, para mostrar que o ritual, consistente num cortejo de formalidade que se passa no poder judiciário, reproduz a vingança social exercida de forma mais limitada, tendo o discurso jurídico papel legitimador da pena.

O quinto capítulo sintetizou o momento de pontificar primordialmente que não há diferença entre pena de antigamente e a pena de hoje, não se podendo falar em uma evolução do castigo.

Em conclusões, salientamos as teses centrais formadas ao longo da dissertação, encontradas mais especificamente no quinto capítulo, consistentes nas seguintes:

Não acreditamos tenha havido uma evolução da pena.

O talionato continua atual.

A legítima defesa permanece.

A vingança continua através de uma luta ritualizada.

A pena conserva o seu caráter essencialmente vingativo.

S U M M A R Y

This dissertation intends to go through the different steps of punishment, trying to support its historical justifications, as well as the idea that punishment is strongly marked by vengeance.

For this reason, we here use the comparative historic method, resorting to a methodology based on an interdependent biographical research, using theoretical instruments supported by other fields of knowledge, hoping to prove generically that punishment has not had any evolution, in spite of the different shapes it has acquired throughout history; we have therefore subdivided our work in five parts, followed by brief conclusions.

The first chapter foccuses on punishment from a historical point of view, in which we approach the different phases of punishment, noting that in its origin, taken as divine vengeance, gradually progressing to legal vengeance, going through the political period, without forgetting its religiosity.

The second chapter digs into theses of utilitarianism and retributonalism, the main theories that support the foundation and the objective of punishment, which made us observe that punishment is an expiation of the past.

The third chapter approaches the subject politically and philosophically, in the contratualistic theories, in which we

assume to have demonstrated that the legitimacy of the power to punish resides in society.

The fourth chapter deals with enforcement of punishment by criminal institutions, in which we demonstrate, and show that the ritual, consisting of a number of formalities used by the legal power, reproduces the social vengeance in a limited form, with the political discourse playing the role of a legitimizer of punishment.

The fifth chapter synthesizes the moment to pontify without any doubt that there is no difference between past and present punishment, making it impossible to talk about punishment evolution.

As our conclusions, we point out the central theses formed throughout this dissertation, more precisely in chapter five, as follows:

- We do not believe in a punishment evolution
- Retaliation is still present
- Self-defense remains
- Vengeance continues through a ritualized fight
- Punishment keeps its essentially vindictive character.

DO CARÁTER VINGATIVO DA PENA

S U M Á R I O

INTRODUÇÃO.....	10
I - A pena através do tempo.....	15
II - Fundamentos e finalidades do castigo.....	50
III - Legitimidade do poder de punir.....	79
IV - Inflicção ritual do castigo pela justiça criminal.....	106
V - Do caráter vingativo da pena.....	131
CONCLUSÃO.....	155
BIBLIOGRAFIA.....	159

I N T R O D U Ç Ã O

"Do Caráter Vingativo da Pena", tema escolhido para a presente dissertação, nos foi sugerido a partir das aulas da Teoria da Pena, ministradas no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

O interesse em desenvolver este trabalho surgiu após a realização de um "paper" sobre a evolução da pena, exigido como tarefa de conclusão da disciplina, o que nos levou a questionar se havia efetivamente uma evolução.

Concebida e amadurecida a idéia, propusemo-nos, então, a emprender a tarefa, uma vez que reputamos de tamanha importância tal contribuição para o debate travado secularmente em torno da finalidade da pena, mas sempre presente e nunca esgotado.

Para tanto, valemo-nos do método histórico-comparativo, utilizando uma metodologia baseada na pesquisa bibliográfica interdisciplinar, com a utilização de um instrumental teórico, que haurisse contribuição na filosofia do direito, na filosofia política, na teoria política, na sociologia, na antropologia, na semiologia, na criminologia e na ciência jurídica. Seu objeto é o estudo das etapas experimentadas pela pena, seus fins apresentados historicamente, com o objetivo genérico de demonstrar a permanência no tempo, do caráter vingativo da pena, inobstante a roupagem de que sempre se revestiu.

Dividimos a dissertação em cinco capítulos, onde desenvolvemos os objetivos especificadamente, os quais estão voltados para o objetivo geral proposto, acrescidos de uma conclusão, onde realçamos as teses centrais do trabalho.

O capítulo primeiro, "A Pena através do Tempo", consiste num enfoque histórico sobre a pena. Procuramos fazer uma incursão nas etapas experimentadas pelo castigo, a partir de sua gênese, surgido como vingança divina, uma vez que os atentados perpetrados no clã, na tribo, no grupo, eram tidos como crimes praticados contra a divindade, eis que consistiam tais infrações atentados contra a religião, lei comum, fazendo com que todo o grupo punisse o transgressor da norma sagrada, em virtude do fundado receio de que a ira do sobrenatural pudesse recair sobre todo o grupo social. Mas, passada esta fase teocrática do castigo, veremos que a expiação penetra num período prevalecentemente público, mais político num primeiro momento e posteriormente mais jurídico, de corrente de uma necessidade sempre crescente de racionalização do castigo, sem, contudo, ter desaparecido a marca da sacralidade. Neste segundo momento, a entidade ofendida deixa de ser o sobrenatural. Surge, então, o Estado socialmente organizado, nova entidade que passará a ser o alvo das ofensas.

O capítulo segundo, "Fundamentos e Finalidades do Castigo", reside no estudo das teorias retribucionistas e utilitaristas, principais teses erigidas sobre os fundamentos e fins da pena, tarefa que sempre foi objeto de preocupação dos filósofos, na tentativa de procurar uma justificação racional para a inflição do castigo. Portanto, seguindo este mesmo desiderato, procuramos emprender uma investigação de ambos os princípios, denunciando a incompatibilidade das duas teses, fazendo ressaltar que os fins utilitaristas perseguidos pelo castigo, no sentido da pena-defe-

sa, da pena-prevenção, não suplantou o fundamento retribucionista do castigo, permanecendo a pena como uma expiação do passado.

"Pune-se porque pecou", lema da teoria retribucionista do castigo, continua bem presente no âmago da penalidade, em que pese os ingentes esforços efetuados no sentido de encontrar a razão de ser e a finalidade do castigo, em justificativas outras que não o mero critério de justiça.

O capítulo terceiro, "Legitimidade do Poder de Punir", constitui uma abordagem política e filosófica da legitimidade do poder de punir, buscando encontrar a fonte do poder de infligir castigos. Para tanto, realizamos uma recuperação dos autores contratualistas, por entendermos que as teorias edificadas sobre a sociedade respeitam a legitimidade da punição. Todas falam de um estado natural, anterior ao Estado politicamente organizado, em que os indivíduos viviam em permanente beligerância, tendo cada um o poder legítimo de punir o autor das ofensas irrogadas contra si e de usar o legítimo direito de defesa, dada a ausência de um poder comum, bastante a administrar os conflitos. O aparecimento deste poder comum suficientemente forte, capaz de arbitrar os conflitos exurgidos, não teve o condão de fazer com que os indivíduos renunciassem ao poder legítimo de punir e ao direito legítimo de defesa.

Assim, mostramos que o poder legítimo de punir reside na sociedade, onde permanece e sempre esteve.

O capítulo quarto, "Infliação Ritual do Castigo pela Justiça Criminal", traduz uma leitura antropológica e semiológica sobre a aplicação da pena pela instituição jurídico-penal, elaborado a partir de um trabalho com o mesmo título, apresentado ao final da disciplina "Símbolos, Rituais e Ideologia", cadeira de domínio

conexo, freqüentada por nós na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Neste capítulo, mostramos que a instauração do poder judiciário, processada desde o momento da constituição do Estado politicamente organizado, consoante a clássica divisão de poderes montesquiana, operou a continuação do estado de luta em que se encontravam os homens antes do advento de tal instância, porém prosseguindo a luta de maneira ritualizada. A guerra que ora se trava é uma guerra regrada, delimitada, formalizada pelo processo judicial. A vingança deixa de ser genérica e ilimitada, passando a ser bem dirigida, melhor orientada, mais sofisticada.

A inflição da pena, desencadeada em nível institucional, devidamente regulamentada, objetiva legitimar o castigo ao acusado, através do procedimento, das solenidades, do cortejo de atos, do discurso retórico-persuasivo utilizado pelos atores da cena ritual (acusador, defensor e juiz), em todos os momentos processuais. Cria-se ficticiamente um espaço público do sagrado, mitificando a justiça da condenação, interiorizando no condenado a "verdade" da sentença condenatória como decisão única e possível encontrada. Isso funciona como instrumento psíquico e social, não permitindo ao condenado questionar o fundamento e o conteúdo da decisão imposta, nem a autoridade que a prolatou.

O ritual, portanto, nos revelará que o castigo é aplicado em obediência a um séquito de formalidade, através de representantes da sociedade, os quais reproduzem o desejo de vingança encontrado na sociedade mais ampla, pelo que a pena continua a ostentar o caráter vingativo social, todavia de forma mais delimitada, dirigida, orientada.

O capítulo quinto, "Do Caráter Vingativo da Pena", o qual em

presta o título à dissertação, pontifica o estudado nos capítulos precedentes, cumprindo o objetivo específico de responder à relevante indagação que nos moveu a realizar o presente trabalho, qual seja, se podemos falar efetivamente na evolução da pena.

Portanto, é neste momento que pensamos ter sobejamente justificado não haver diferença entre a pena de antanho e a pena hodierna, entre a expiação do período divino e a expiação do período público, entre o castigo da fase teocrática, da fase política e da fase jurídica.

Não há, pois, como falar em evolução da pena. Tudo o que podemos dizer é que a vindita assumiu novas vestes, apresentando-se mais dirigida, mais limitada.

Consustanciado na fórmula bíblica "olho por olho, dente por dente", expressão máxima do retributivismo, o talião permanece, na proporção matematizada dos códigos, que procura fazer corresponder o mais exatamente possível os delitos e as penas.

A legítima defesa tem continuidade, como manifestação da vindita social, contudo encontra-se mais delimitada.

Persiste o estado de guerra, entretanto de forma ritualizada, não se vingando as ofensas sofridas e os sentimentos ofendidos de forma ilimitada, mas sim, dentro de certas regras, existindo novas maneiras de vingar, mais requintadas.

A pena, portanto, permanece com o seu caráter essencialmente vingativo, pelo que podemos dizer ter o castigo experimentado uma única fase, desde a sua origem até nossos dias, na qual se encontra e nunca saiu, qual seja, a da vingança social, pois só aparentemente as ofensas eram erigidas à divindade ou são dirigidas ao Estado. No fundo, somos nós que punimos, somos nós que castigamos, somos nós que expiamos. Pois somente nós sentimos as ofensas. Somos, pois, nós que vingamos.

I - A PENA ATRAVÉS DO TEMPO

Cabe-nos, ao iniciar o estudo sobre a concepção da pena em diferentes povos e diferentes épocas, verificar até que ponto houve uma evolução do castigo, procurando descortinar, desde logo, o primeiro problema que se apresenta, ao enfrentar tal instituto, qual seja o de investigar a sua origem, o seu surgimento, enfim, identificá-la nos seus primórdios.

Os estudiosos da pena têm dissentido bastante ao abordarem este instituto tão antigo e universal, quando buscam auscultar o castigo em sua primeira manifestação.

Para muitos, a origem remotíssima da pena se encontra na vingança privada. É "... a vingança privada, que constituí, como diz ALIMENA, a primeira justificação dessa função, que nós hoje chamamos justiça penal". (1)

"O direito de vingança privada, escreve ADOLFO PRINS, é o direito penal dos povos que estão ainda no começo da sua organização e que carecem de um poder central, assaz forte para refrear os ímpetos do indivíduo, entregue a si mesmo. Desde então se limita a conter a violência pela violência." (2)

CESARE LOMBROSO, ao estudar os primórdios da pena dos diz:

"No início, a vingança e a pena se confundiam: tratava-se de matar ou fazer um ferimento suficiente para proporcionar à vítima ou a seus amigos uma compensação pelo dano sofrido ou pela dor sentida. Mas esta pena aplicava-se ao acaso, ou melhor, segundo os instintos ou a paixão de cada um; e quanto mais fossem os punidores, mais cruel o castigo." (3)

Para os autores salientados, a teoria originária da pena re pousa na vingança, mais especificamente na vingança privada, a qual consistia no abandono do assassino aos parentes da vítima, a fim de que estes o punissem a seu talante.

Para outros, a pena tem origem, essencialmente, religiosa.

"Entre os gregos e romanos, como entre os indus, desde o princípio e espontaneamente, a lei surgiu como uma parte da religião. Os antigos códigos das cidades reuniam um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas."
(4)

De fato, ao voltarmos os olhos para a origem dos direitos dos povos, constatamos que o direito, no seu surgimento, esteve intimamente ligado à religião.

É sabido, historicamente, que os povos antigos não conheceram a escrita, motivo pelo qual durante muitas gerações não se conhecem leis escritas. As leis consuetudinárias eram transmitidas "de pai para filho com a crença e a fórmula de oração. Constituía tradição sagrada, perpetuando-se em volta do lar da família ou do lar da cidade". (5)

Havia, pois, uma correspondência entre a lei e a religião. A religião era, enfim, a única lei conhecida.

"Os antigos esclareciam terem vindo dos deuses as suas leis. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemônios acreditavam como seu legislador, não Licurgo, mas Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito como lei o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tagés. Em todas estas opiniões encontramos algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, nunca esteve no homem, mas na crença religiosa de que o homem era portador."
(6)

Daí que a religiosidade é uma marca, um atributo, uma caracte

terística presente na origem do direito dos povos, consistindo, em suma, no próprio direito, o que faz com que o direito penal e, conseqüentemente a pena, seja em seu nascimento uma obra de natureza essencialmente religiosa.

EMILE DURKHEIM, ao refutar a teoria de que a pena surge com a forma, essencialmente, privada, assinala:

"Nos povos mais primitivos, a pena parece ser, por vezes, uma coisa ainda mais completamente privada, como tende a prová-lo o uso da vendetta. Estas sociedades são compostas de agregados elementares, de natureza quase familiar, e que são comodamente designados pela expressão de clans. Ora, quando um atentado é cometido por um ou vários membros de um clan, contra outro, cabe a este último castigar ele próprio a ofensa que sofreu. O que acresce ainda, pelo menos aparentemente, a importância destes factos do ponto de vista da doutrina, é que se tem sustentado frequentemente que a vendetta teria sido primitivamente a única forma de pena: esta teoria portanto consistindo primeiro em actos de vingança privada". (7)

Acrescendo:

"Mas, por mais divulgada que esteja esta teoria, ela é contrária aos factos mais bem estabelecidos. Não se pode apontar uma única sociedade de onde a vendetta tenha sido a forma primitiva da pena. Bem pelo contrário, é certo que na origem o direito penal foi essencialmente religioso. É um facto evidente no caso da Índia e da Judéia, já que o direito que era aí praticado era suposto revelado. No Egipto, os dez livros de Hermes, que continham o direito criminal e todas as outras leis relativas ao governo do Estado, eram chamadas de sacerdotais, e Elien afirma que, por toda a antiguidade, os sacerdotes egípcios exerceram o poder judiciário. O mesmo aconteceu na antiga Germânia. Na Grécia, a justiça era considerada como uma emanção de Júpiter e o sofrimento como uma vingança do Deus. Em Roma, as origens religiosas do direito penal tornaram-se manifestas quer através de velhas tradições, quer através de práticas arcaicas que subsistiram até muito tarde, quer através da própria terminologia jurídica. Ora a religião é coisa essencialmente social. Ainda que ela não prossiga senão objectivos individuais, exerce sobre o indivíduo uma coacção constante. Obriga-o a práticas que o tolhem, a sacrifícios, pequenos ou grandes, que lhe custam. Ele deve retirar de entre os seus bens as oferendas que é obrigado a apresentar a divinda-

de; deve tirar do seu tempo de trabalho, ou das suas distrações, os momentos necessários ao cumprimento dos ritos: deve impor-se toda a espécie de privações que lhe são prescritas, mesmo renunciar à vida se os deuses o ordenarem." (8)

Ao atentarmos para o direito penal dos povos mais antigos, percebemos que os delitos mais frequentes eram aqueles perpetrados contra a religião, que é de natureza social, pública, comum.

"Portanto, se o direito criminal é, primitivamente, um direito religioso, pode-se estar certo de que os interesses a que ele serve são sociais. São as suas próprias ofensas que os deuses vingam através da pena, e não as dos particulares; ora, as ofensas contra os deuses, são ofensas contra a sociedade." (9)

Eis, portanto, a sufragada teoria que vê, na fase embrionária da pena, uma obra de natureza sacral, dado ao caráter marcanamente religioso da mesma, em sua origem.

"Não há como ver na Bíblia, nas leis de Manou, nos monumentos que nos ficaram do velho direito egípcio, o lugar relativamente pequeno que é concedido às prescrições protetoras dos indivíduos e, pelo contrário, o desenvolvimento abundante da legislação repressiva sobre as diferentes formas de sacrilégio, as faltas aos diversos deveres religiosos, às exigências do cerimonial, etc. Ao mesmo tempo, estes crimes são os mais severamente punidos. Nos Judeus, os atentados mais abomináveis são os atentados contra a religião. Nos antigos Germanos, apenas dois crimes eram punidos com a morte, no dizer de Tácito: eram a traição e a deserção. Segundo Confúcio e Meng-Tseu, a impiedade era uma falta maior que o assassinato. No Egípto, o mais pequeno sacrilégio era punido com a morte. Em Roma, no cimo da escala da criminalidade encontrava-se o *crimen perduellionis*." (10)

Temos, pois que a religião foi a matriz da penalidade. E sendo a religião comum a qualquer grupo social, portanto, pública, os crimes praticados eram considerados atentados contra a divindade, cuja ira devia ser aplacada pelos demais integrantes do grupo social, através da inflicção do castigo ao causador do atentado à ordem sagrada estabelecida, sob o fundado temor de que o sobrenatural fizesse recair a punição sobre toda a coletividade.

Podemos dizer, então, que a pena apresenta origem sagrada. "Não é afirmação vã a de Platão, de que obedecer às leis é obedecer aos deuses". (11)

Não olvidamos que existiam delitos, nos quais era concedida, aos particulares, a sorte de decidirem sobre o destino do causador do dano, podendo citar-se como exemplo os seguintes casos:

"Em Roma, certos delitos eram punidos com uma multa em benefício da parte lesada, que podia renunciar a isso, ou fazer disso o objecto de uma transacção: era o caso do roubo não manifesto, da rapina, da injúria, do dano causado injustamente. Estes delitos, a que se chamava privados (*Delicta Privata*), opunham-se aos crimes propriamente ditos, cuja repressão era exercida em nome da cidade." (12)

Não cremos, conseqüentemente, tenha sido a vingança privada a primeira e única manifestação originária da pena, inobstante tal orientação encontrar adeptos em muitos estudiosos, que se debruçam sobre a lei penal.

Consoante salienta Manoel Pedro Pimentel, ao seguir a exposição realizada por Pessagno e Bernardi:

"a visão cósmica do homem primitivo era extremamente limitada. Não podendo explicar os acontecimentos que fugiam à normalidade do cotidiano (a chuva, o raio, o trovão), era levado a atribuir tais fenômenos a seres sobrenaturais, que exerceriam direta influência sobre a vida dos homens, premiando-os ou castigando-os pelo seu comportamento. Tais seres habitariam as florestas, ou se encontrariam nas pedras, nos rios, nos animais, e seriam maléficos ou propícios, dependendo das circunstâncias.

"Como assinalam os autores aludidos: "El 'totem' es un animal, una fuerza natural o una planta - preferiblemente es zoológico - y se lo considera vinculado de modo particular a los individuos que integran una tribu, una familia, una casta o un sector de la comunidad. En algunos casos son meramente individuales y pueden o no ser transmitidos hereditariamente." (13)

O totem, pelo que vemos, era alvo de grande veneração por parte dos indivíduos, que com ele se relacionavam. "Violar esse

respeito ou descumprir as obrigações devidas para com o totem, acarretava graves castigos."

É possível, todavia, que as primeiras penas decorreram como consequência às violações das regras relacionadas ao totem e ao tabu, o qual também consistia em proibições, provavelmente surgidas na mesma época.

"Podemos imaginar, então, como funcionavam os castigos pela violação das regras totêmicas ou tabus. Escrevemos, a respeito, o seguinte "Na base de tudo estava o temor do castigo sobrenatural, decorrente da ofensa ao 'totem' ou da desobediência ao 'tabu'. Os infratores eram punidos severamente, com castigos ditados pelos encarregados do culto. O chefe religioso era, também o chefe do grupo e em suas mãos se concentrava grande soma de poderes. A execução do castigo, no entanto, tinha quase sempre um caráter coletivo.

"A razão de ser coletiva a expiação explica-se: acreditava o homem primitivo que a infração totêmica ou a desobediência tabu atraíam a ira da entidade sobrenatural ofendida sobre todo o grupo, caso este não punisse o infrator, para desagravar a entidade. Era preciso, portanto, que todos participassem do ato de castigar o infrator, a fim de que se eximissem da vingança sobrenatural." (15)

Depreendemos que a origem sagrada da pena, surgida como um ato de vingança divina, uma vez que o infrator do culto comum ofendia a entidade sobrenatural, consistia, no fundo, de uma vingança de natureza grupal, coletiva, social, pois todos os integrantes da sociedade participavam da inflicção do castigo ao transgressor das regras de convivência religiosa, do totem ou do tabu, arrastados pela crença de que se assim não procedessem, recairia sobre eles a implacável e impiedosa fúria do sobrenatural.

Podemos dizer que a pena surgiu como um ato de vingança social, em vista do caráter comum dos crimes praticados nas pequenas comunidades, os quais consistiam na violação dos valores sagrados.

A religião, pois, era a regra comum na origem do direito dos povos, o único direito conhecido e a ofensa à ordem sagrada consistia num atentado à divindade, pelo que reclamava o castigo ao ofensor, o qual era inculcado pelos demais integrantes da sociedade.

Daí que a pena nasce com a marca da vingança social, caráter este que se conserva através do tempo, conforme teremos oportunidade de observar, embora deixe de ser inculcada exclusivamente em nome do sobrenatural e passe a ser imposta em nome de outra divindade surgida, denominada Estado.

Mas, a pena sofreu transformações através do tempo, percorrendo várias fases, segundo nos retratam os que dela se ocupam. Tais períodos experimentados pelo castigo, teriam consistido em:

- a) período da vingança privada; b) período da vingança divina;
- c) período da vingança pública; d) período humanitário da pena.

"É a evolução da função repressiva da pena que mostra as suas distintas etapas, registradas através das mais variadas culturas e das mais diversas civilizações:

"Período da Vingança Privada

"Período da Vingança Divina

"Período da Vingança Pública

"Período Humanitário da Pena." (16)

Cumpre-nos, antes de mais nada, dizer que somente reconhecemos um período iniciado pelo castigo e ainda não superado, qual seja o da vingança pública, social.

Pelas razões já sobejamente aduzidas, verificamos que a pena não experimentou no seu início, o período da vingança privada, pois já nasce como um ato de natureza social, já que consistia numa expiação por parte de todos os integrantes do grupo social, ao causador da ruptura da norma sagrada, a qual era comum a toda a coletividade.

Igualmente, pelos argumentos já expendidos, julgamos haver demonstrado, que em sua origem, o castigo constitui um ato de natureza religiosa.

Observamos, ainda, que o fato de a pena ter nascido como uma obra de vingança divina, não retira o seu caráter de vingança social, pois a religião, o culto, o totem e o tabu eram comuns a toda sociedade.

Portanto, não concebemos o período divino cindido do período público. Juntos compõem o período social, mais especificamente período da vingança social, inobstante na origem ser de natureza eminentemente religiosa, marca esta que não desapareceu, pois tudo o que se pode dizer é que a religiosidade constitui a alma da penalidade, ainda hoje.

Hoje, em que pese a penalidade não incidir em critérios únicos de vindita divina, podemos afirmar, contudo, que o caráter religioso da pena constitui um elemento integrante desta, não tendo sido completamente banido.

"É pois sem razão que nos prendemos a este caráter quase religioso da expiação para disso fazer uma espécie de excrescência parasita. É pelo contrário um elemento integrante da pena. Sem dúvida não lhe exprime a natureza senão de uma maneira metafórica, mas a metáfora não deixa de possuir alguma verdade." (17)

Vemos, pois, que a transformação experimentada pela pena, não se seguiu em função da suplantação de um período pelo outro, como se primeiro surgisse a vingança privada, após a vingança divina, depois a vingança pública e finalmente o período humanitário.

O que observamos, primeiramente, é que a pena nasce com a marca nitidamente religiosa, que vai cedendo lugar ao que podemos denominar de publicização da pena, decorrência da organiza -

ção política da sociedade, sem no entanto, extingui-la.

Por conseguinte, houve uma aliança entre a vingança divina, sacral ou religiosa e a vingança pública, temporal ou humana.

Esta aliança havida entre o divino e o público não está bem elucidada, pois não se pode precisar, em que momento a sociedade aliou o poder divino ao poder temporal.

"Não está bem esclarecida a razão pela qual os grupos primitivos aliaram o poder temporal ao poder divino, mas não é difícil acreditar que tenham prevalecido os mesmos motivos. O medo do desconhecido e o poder dos privilegiados, que tinham ou ostentavam predicados para se entenderem com as entidades sobrenaturais, certamente conferiram aos sacerdotes a autoridade, o respeito e o temor reverencial que formam a essência do poder. Quando o chefe temporal não era o mesmo chefe religioso, o que veio a acontecer com o decorrer do tempo, a aliança entre eles foi sistemática, porque o temor e a crença foram os sustentáculos da autoridade sacral das regras, entre os primitivos, situação que perdurou durante um longo período da Antiguidade, como o comprovam as castas hindus, as dinastias dos faraós, os imperadores chineses e romanos, e a liderança de Moisés entre os hebreus.

"Deus era o juiz, pela voz dos seus representantes na terra, e os espíritos falavam pelos oráculos, agiam sob o comando dos feiticeiros, matavam ou curavam pelas mãos dos magos, dos sacerdotes e dos pagês. Entre os bárbaros germanos aplicavam-se as ordálias ou juízos de Deus, provas terríveis e decisivas. Até hoje sabemos que os reis são sagrados nos templos religiosos." (18)

Podemos dizer que com a aliança do poder divino ao poder humano, inicia a fase marcadamente pública do castigo, em que a pena passa a ser mais dirigida, melhor orientada, deixando de residir em critérios irracionais e ilimitados, próprios da vindita puramente divina.

É a vingança social da pena, presente desde o início da penalidade, tornando-se mais racional, buscando critérios outros para fazer incidir o castigo, que não meramente o de justiça, pró

prio da vindita do sobrenatural.

Aparecem, neste período, o talião, as ordálias e a composição, sempre impregnados do dístico sagrado.

Estas formas de punição foram consagradas, historicamente, em épocas diversas e diferentes civilizações, sem que houvesse, necessariamente, o seguimento de uma ordem cronológica, em que um determinado tipo de expiação superasse o outro. A vingança de sangue, por exemplo, que consistiu na cobrança do sangue e que para muitos é a origem da penalidade organizada, não desapareceu com o surgimento do talião e da composição.

"O incesto e o homicídio são de-veras os crimes mais antigos e a perda da paz (Friedloslegung) (isto é, a exclusão do grupo) e a vingança de sangue as mais antigas sanções socialmente organizadas. Estã-lhes na base uma regra que determina toda a vida social dos primitivos, a regra da retribuição (retaliação). Esta compreende tanto a pena como o prêmio. Pode ser formulada mais ou menos nestes termos: se te portas rectamente, deves ser premiado, isto é, algo de bem te deve caber; se te portas mal, deves ser punido, isto é, algo de mal te deve acontecer." (19)

A vingança de sangue acarretava, freqüentemente a dizimação de um grupo social inteiro, caracterizando-se por uma vingança ilimitada.

"Não raro a vingança do sangue provocava a retaliação contra grupos familiares inteiros, dizimando-os e destruindo tudo aquilo que lhes pertencesse." (20)

A pena de talião, representada na máxima bíblica, "dente por dente, olho por olho", é tida por muitos teóricos do problema penal, como um marco, no sentido da evolução da pena.

"Da vingança ilimitada passou-se à vingança limitada, tendo sido, provavelmente, o caminho preferido para evitar-se os excessos da primeira, momento em que ficou mais nítida a separação aludida entre pena e vingança.

"Também conhecida como talião (de talis =

tal), em Roma, limitava-se a reação do ofendido, fosse ele um indivíduo ou um grupo de indivíduos ligados por laços de sangue, à retribuição do mal recebido na mesma proporção em que a ofensa se realizara. Essa proporcionalidade, conhecida entre os hebreus, na lei mosaica, pelo ditado "olho por olho, dente por dente", representava um progresso sensível na direção de um castigo racional." (21)

Não cremos que tenha havido, com o aparecimento do talionato, uma cisão entre a pena e a vingança, uma vez que não concebemos aquela, afastada, despojada, separada do seu caráter vingativo. Entendemos, sim, que o talião representou uma transformação na vindita, a qual passou a ser mais delimitada, mais dirigida, enfim, bem proporcionada.

"A vindicta assume formas bem determinadas, segundo um conceito de igualdade, segundo o qual ela deve ser exactamente proporcionada à ofensa. Semelhante conceito da igualdade material exprime-se na chamada 'lei de talião' (de talis), característica desta fase e germe da justiça punitiva. A referida lei exige que a ofensa seja reparada com a mesma arma e em idêntica parte do corpo. Lembremo-nos da fórmula bíblica: 'olho por olho, dente por dente'." (22)

Inaugura-se, com a introdução do talionato, a proporcionalidade entre o crime e a pena, a ofensa e o castigo, a ação e a reação, procurando-se infligir ao infrator um sofrimento idêntico ao que causou na vítima.

"O que ferir qualquer dos seus compatriotas, assim como fez, assim se lhe fará a ele; fratura por fratura, olho por olho, dente por dente, qual for o mal que tiver feito, tal será o que há de sofrer. O que matar um jumento, restituirá outro. O que matar um homem, será punido de morte. Seja entre vós igual a justiça, quer delinqüísse o forasteiro, quer o indígena, porque eu sou o Senhor, vosso Deus." (23) (24)

Verificamos que, intimamente atrelado ao talião, encontrava-se o atributo religioso, traço marcante do direito penal dos povos antigos e que acompanha a penalidade até nossos dias, confor

me já tivemos o ensejo de frisar e buscaremos demonstrar.

Daí porque concebermos somente um período experimentado pelo castigo, qual seja o da vingança social, pois o período divino e o período público não passam de fases em que, respectivamente, prevaleceram ora o caráter sagrado, ora o caráter público da expiação, não tendo, porém, um superado o outro, ou seja, a etapa divina sempre esteve arraigada à etapa pública e, esta, sempre ligada àquela.

Atentemos para o direito penal dos povos orientais e logo depreenderemos o seu caráter teocrático, o sentimento implícito da vingança sacral encontrada na pena.

O Código de Hammurabi, constante numa estela de diorito negro, encontrada em escavações arqueológicas, realizadas em Susa, capital elamita, pela expedição francesa de J. de Morgan, entre o mês de dezembro de 1901 e o mês de janeiro de 1902, pertence ao reinado do rei Hammurabi, que viveu no período compreendido entre 1728 - 1686 a.C., nos informa que a fórmula: "olho por olho, dente por dente, braço por braço, vida por vida", esteve presente no incipiente direito dos povos.

Os parágrafos 196, 197 e 200 do aludido código, dão-nos a exata medida em que a fórmula do talionato era utilizada:

"§ 196 Se um awílum destruiu o olho de um (outro) awílum: destruirão o seu olho.

"§ 197 Se quebrou o osso de um awílum: quebrarão o seu osso.

"§ 200 Se um awílum arrancou um dente de um awílum igual a ele: arrancarão o seu dente." (25)

O Código de Hammurabi não era um código propriamente dito, se entendermos por código o conjunto de normas que constituem o direito vigente, pois nem todos os aspectos da vida social estavam abarcados por este estatuto.

"Nota-se que alguns pontos da vida cotidiana não são tratados por Hammurabi, embora a praxe do dia-a-dia nos tribunais babilônicos conhecesse regras e leis que regulavam esses pontos omitidos por Hammurabi. A obra legal de Hammurabi tem um caráter bem marcante de reforma legal. Dirige-se contra os abusos de seu tempo." (26)

A obra de Hammurabi pode, então, ser vista como uma tentativa de criação de uma ordem jurídica ou, como queiram, de um estado de direito.

"O 'Código de Hammurabi' não é o corpo legal mais antigo do Oriente Antigo. Muito antes dele, já Urukagina de Lagas, no terceiro milênio da era pré-cristã, tentara uma reforma legal e estabelecera algumas leis e preceitos. A língua suméria conhece ainda um outro "código" anterior ao de Hammurabi, o 'Código de Lipit-Istar de Isin (1875-1865 a.C.). Em 1953 o sumeriólogo Samuel N. Kramer identificou um documento legal sumério mais antigo ainda, da época da terceira dinastia de Ur, que ele traduziu e publicou no ano seguinte. Trata-se de uma coleção de leis do rei Ur-Nammu (aprox. 2050-2032 a.C.). Em língua acádica o 'código' mais antigo, até hoje conhecido, é o do rei Bilalama de Eshnunna, que reinou no século XIX a.C." (27)

O Alcorão, também, livro sagrado, revelado a Maomé, a exemplo do Código de Hammurabi, consagra o instituto do talião, evidenciado na máxima "dente por dente, olho por olho", pelo que se infere do estabelecido nas seguintes suras: (28)

"Ó vós que credes, a pena de talião é prescrita contra quem infligir a morte: homem livre por homem livre, escravo por escravo, mulher por mulher. E aquele que for perdoado pelo irmão da vítima deve comportar-se honradamente e indenizá-lo no melhor espírito. É um alívio e uma misericórdia a vós proporcionados pelo vosso Senhor.

"Na lei de talião está a proteção de vossas vidas, ó homens sensatos. E possais temer a Deus." (29)

"Na Tora, prescrevemos aos judeus: vida por vida, olho por olho, nariz por nariz, orelha por orelha, dente por dente, ferimento por ferimento. Mas quem perdoar, seu perdão será sua expiação. E quem não julgar conforme o que Deus revelou, será contado entre os iníquos." (30)

As leis mosaicas, igualmente, constantes de cinco livros da

Bíblia, que constituem o Pentatêuco, formado pelos livros: Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, reconhecem a lei do talião em voga nos costumes dos povos da época, conforme se deduz das seguintes passagens:

"O que ferir ou matar um homem, seja punido de morte." (31) (32)

"Se se apresentar uma testemunha falsa contra um homem, acusando-o de prevaricação, ambos os contendores comparecerão diante do Senhor na presença dos sacerdotes, e juizes que forem naqueles dias. E quando estes, depois dum diligentíssimo exame, conhecerem que a testemunha falsa disse uma mentira contra o seu irmão, far-lhe-ão o que ele tinha intenção de fazer ao seu irmão, e tirarás o mal do meio de ti, para que os outros, ouvindo isto, tenham medo e de nenhum modo se atrevam a fazer tais coisas. Não terás compaixão dele, mas exigirás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé." (33) (34)

O Código de Manu, livro inspirado a Brama, considerado o Adão do paraíso indiano, encerra penas violentas ao injuriador e ao ofensor, exercendo o talião significativa influência.

"O capítulo - Das injúrias -, era ferocíssimo: estabelecia penas de língua cortada, estilete de ferro em brasa, óleo fervendo pela bôca e pagamento de multa.

"Na parte - Das ofensas físicas -, Talião se apresenta como colaborador de Manu. Aliás êle exerceu notável influência em tôdas as legislações antigas, inclusive na grega e na romana. Passemos por cima de tantos requintes de crueldade, indignos de serem comentados." (35)

Constatamos, portanto, que o instituto do talião colaborou na formação do direito penal dos povos orientais, caracterizando-se como um embrião do instituto da pena, confundindo-se com esta, na origem do direito escrito dos povos.

Mas, não foi somente o direito oriental que se revestiu da singular presença do talionato. Além das leis babilônicas, muçulmanas, mosaicas e hindus, também o direito penal de outros povos consagrou a pena de talião nos primórdios do seu direito escri -

to, sempre combinada com um misto de religiosidade. O talião não se revelou menos cruel no direito romano, do que no direito dos outros povos.

A Lei das XII Tábuas, assim denominada por ter sido insculpida em pedaços de madeira, nos dá uma dimensão do sentido religioso da pena. Da pena que interessava à vida social e da pena oriunda da cólera dos deuses.

"E sendo a pena, etimologicamente, uma purificação, inferesse que a mácula do crime somente poderia ser levada pela severidade da lei, principalmente tratando-se de *leges sacratae*." (36)

"Pessina considera errados 'os que querem ver nos começos do direito penal romano a vingança de sangue, à maneira dos povos germânicos'. E, explicando que, sendo o povo romano legislador e juiz ao mesmo tempo, o sentido religioso da pena foi se delibitando, graças à lei Valéria que avocava aos comícios centuriais o direito de modificação dos textos de legislar em matéria penal." (37)

O talião, entre os romanos, era aplicado em dois casos, de acordo com o que nos notifica MONTESQUIEU, ao comparar a aplicação da lei talião nos Estados despóticos e nos Estados moderados.

"Os Estados despóticos, que apreciam as leis simples, utilizam amiúde a Lei de Talião. Os Estados moderados aceitam-na algumas vezes. Entretanto, existe esta diferença: os primeiros a exercem rigorosamente, e os segundos a utilizam moderadamente.

"A Lei das Doze Tábuas admitia duas delas: só condenava à pena de Talião quando não podia apaziguar o suplicante. Podia-se, após a condenação, pagar danos e perdas, convertendo a pena corporal em pecuniária." (38)

O inciso II da Lei das XII Tábuas contempla o talião nos precisos termos de que fala MONTESQUIEU, ao preceituar que: "Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de talião." (39)

Verificamos, pois que o talião constitui o início da penali

dade na origem do direito escrito dos povos, sempre impregnado da marca da religiosidade. O talionato, portanto, foi adotado por povos que já conheciam a escrita, ou seja, povos que já se encontravam num certo estágio da civilização.

Mas, à medida que a sociedade evolui, o direito penal tende a se codificar e, a pena passa a ser, conseqüentemente, encontrada nos códigos, acarretando um certo esmaecimento no caráter sacral da expiação, mas não ao ponto de desaparecer esta marca da religiosidade, uma vez que a pena passa a ser inserida nos códigos, e nos templos em que é guardada.

"Mais tarde, a lei saiu dos rituais; passou a ser escrita à parte; mas manteve-se o uso de depositá-la no templo e os sacerdotes continuaram sendo seus depositários." (40)

"No direito primitivo a forma, a letra, é tudo; não é necessário procurar interpretar o sentido ou o espírito da lei. A lei não vale pelo princípio moral que encerra, mas pelas palavras incluídas em sua fórmula. A sua força está nas palavras sagradas de que se compõe.

"Entre os antigos, e sobretudo para Roma, o conceito de direito está ligado ao emprego de certas palavras sacramentais.

"Na verdade, o que obriga o homem no direito antigo não é a consciência, nem o seu sentimento do justo, mas a fórmula sagrada." (41)

O direito antigo, constituído de um misto de atos mágicos, rituais e religiosos é o início do direito penal e, enfim, da própria penalidade, podendo-se asseverar que o direito de antanho, ou seja "o direito antigo era a religião; a lei, o texto sagrado e a justiça, o conjunto de ritos". (42)

Parafraseando FUSTEL DE COULANGES, quando afirma: "O direito não nascera da noção de justiça, mas brotara da idéia de religião, e não era concebido fora desse âmbito". (43) Podemos dizer, portanto, que a pena não nascera da noção de justiça, mas brotara da idéia de religião e não era concebida fora desse con-

texto, pois a pena, a princípio, de origem divina, já que se traduzia numa vingança da divindade, passou a ostentar um caráter fortemente público, transformando-se numa vindita pública à medida que os povos foram se organizando, no entanto, sem perder a marca da religiosidade.

A transformação acontecida na pena foi a passagem de um período nitidamente religioso, em que se punia em nome de uma divindade sobrenatural, para um período eminentemente público, surgido com a instauração do direito escrito, onde a pena passa a ser codificada, havendo um sensível fortalecimento do vínculo jurídico e procedendo-se a inflição do castigo em nome de outra divindade inaugurada, chamada Estado.

Portanto, embora a transmutação da entidade ofendida, antes uma entidade do sobrenatural e hoje uma entidade humana, entendemos que o castigo não deixou de ser o que sempre foi e é, ou seja, uma vingança social, visto que a passagem de um vindita divina para uma vindita pública, não elimina da pena o estigma de vingança social, apenas mudando o critério justificador da pena e como esta não pode ter mudado de natureza com a metamorfose havida, ela permanece o que nunca deixou de ser, isto é, uma vingança da sociedade, pelo que somente compreendemos um período experimentado pela pena, que é o da vingança social.

Fala-se, freqüentemente, que a pena foi, ao longo do tempo, sofrendo um processo de abrandamento, de mitigação, de atenuação, atribuindo-se a isto o surgimento das penas pecuniárias, que permitem um forma de composição e indenização da vítima.

"Com o passar dos tempos e a evolução dos povos apareceu uma forma moderada de pena, a composição, em que o delinqüente podia comprar a impunidade do ofendido ou de seus parentes, com dinheiro, armas, ou utensílios e gado, não havendo, então, sofrimento físico, pessoal, mas uma

reparação material proporcionalmente correspondente. O sentimento e a vingança impulsionavam a justiça e determinavam que a mesma fosse realizada. Como o talião, o sistema de composição não é considerado, ainda, um verdadeiro gênero de pena." (44)

"O regime da vindicta conduz necessariamente ao enfraquecimento dos grupos, devido a contínuas lutas mortíferas. Não tardaram, por isso, a manifestar-se os sinais de uma tendência mitigadora, no sentido de substituir a vingança ou talião pela composição. Consiste este instituto em que a ofensa, em vez de ser vingada, é indenizada, quer de harmonia com a decisão de um árbitro, escolhido de entre os anciãos respeitáveis, quer atendendo a um sistema de tarifas, como no direito germânico. Neste importante momento inicia-se a formação do Estado." (45)

Depreendemos que, a partir do momento da escolha de um árbitro para aquilatar o valor da ofensa, tem-se início a criação, o germe, o embrião do Estado, mas não a constituição do Estado politicamente organizado. Por conseguinte, neste momento, o Estado ainda não está formado, o que somente se dará mais tarde. Podemos dizer, ainda, que a composição, traduzida numa indenização aos parentes da vítima para reparar a ofensa causada, não é obrigatória, dada a falta de um árbitro suficientemente forte, para fazer prevalecer a imposição da medida indenizatória.

Resta-nos frisar, que a composição não foi um sucedâneo da vindicta, nem antes, nem após a constituição do Estado. Não concebemos, portanto, que a composição tenha representado uma suavização do castigo. Não entendemos haver uma descendente moderação linear da punição, em que a vindicta seria representada como o primeiro estágio de atrocidade e crueldade do castigo e, a indenização, o último estágio alcançado pelo castigo, que consistia na suplantação da vindicta. Não acreditamos tenha existido, cronologicamente, a observância deste caminho, em que de um tempo primitivo da vindicta, tenha-se chegado aos dias hodiernos da civilização indenizatória, reparadora, da composição.

A história da pena não obedece a esta linearidade. Inexiste a pretendida evolução cronológica do castigo. O que podemos dizer é que historicamente, em diversos povos e diferentes épocas, houve o conhecimento de diferentes formas de castigo, com tendências ora exasperadoras, ora mitigadoras, sem que houvesse efetivamente uma evolução no sentido de uma suavização, uma moderação, um arrefecimento.

As leis de Eshnunna, por exemplo, o mais antigo documento sobre a pena, escrito em língua acádica, datando de 1825 a 1787 a.C., representadas por duas tábuas cuneiformes, encontradas em escavações arqueológicas, efetuadas no Iraque, em 1945 e 1947, ambas contendo o mesmo texto, constituindo, pois uma duplicata com algumas variações, mesmo que não sendo um código de leis, na acepção moderna da expressão, pois muitos pontos da sociedade eshnunna foram omitidos, faltando as sanções ligadas aos crimes de morte e de roubo, consagra a composição como forma de solução dos litígios.

A sociedade eshnunna encerrava uma nítida extratificação de classes sociais, integradas por homens livres denominados awilum, os quais tinham todos os direitos de cidadão, existindo entre eles uma diferença social, que ia desde os governadores até camponeses e, sendo a outra classe constituída pela camada mais ínfima da sociedade babilônica, composta por escravos.

Cumpramos ressaltar que tal extratificação repercutia na implicação das sanções, conforme se constata dos parágrafos 42 a 47 das Leis de Eshnunna, em que são capituladas sanções pecuniárias contra diversas lesões corporais e agressões, ocorridas entre awiluns, ou seja, cidadãos livres, não se fazendo alusão aos escravos.

"Se um awílum mordeu o nariz de um (outro) awílum e (o) arrancou: pesará uma mina de prata. Por um olho (pesará) uma mina; por um dente 1/2 mina; por uma orelha 1/2 mina; por uma bofetada pesará 10 siclos de prata." (46)

"Se um awílum cortou o dedo de um outro awílum: pesará 2/3 de uma mina de prata." (47)

"Se um awílum empurrou um (outro) awílum no escuro (?) e quebrou o seu braço: pesará 1/2 mina de prata. Se quebrou o seu pé: pesará 1/2 mina de prata." (48)

"Se um awílum bateu em um (outro) awílum e quebrou o seu: pesará 2/3 de uma mina de prata." (49)

"Se um awílum em uma [briga] feriu (?) um (outro) awílum: pesará dez siclos de prata." (50)

Os diversos parágrafos supracitados prevêm penas de composição para diversos crimes de mutilação, praticados por um cidadão livre, contra outro cidadão livre.

Atentemos, pois, para o fato de que as leis de Eshnunna, documento mais antigo sobre a pena, escrito em língua acádica, aplicava às ofensas praticadas a compensação pecuniária e não o talionato, conforme verificamos no Código de Hammurabi, no Alcorão, no Pentateuco, nas Leis de Manu e Leis das XII Tábuas.

Aliás, a propósito do confronto das Leis de Eshnunna com o Código de Hammurabi, este surgido algum tempo depois, podemos observar que este também adotou a composição como forma de solução dos conflitos sociais, porém, aplicado não entre cidadãos da mesma classe, mas sim de classes diferentes, quer dizer, quando um cidadão da classe superior ofendia um cidadão da classe inferior e não reciprocamente, o que bem demonstra a origem remota da proteção e salvaguarda de privilégios de alguns cidadãos, sobre outros, na destinação da pena.

"Se destruiu o olho de um muskênum ou quebrou o osso de um muskênum: pesará 1 mina de prata." (51)

No Código de Hammurabi, pois, se o ofendido era um cidadão de classe superior, causada a ofensa por um cidadão de classe inferior, a pena aplicada era a de talião, mas se ocorria o inverso, aplicava-se a composição, a qual consistia numa reparação de ordem financeira.

Mas, à medida que a autoridade pública foi se fortalecendo, o castigo foi perdendo o caráter sagrado, sem todavia, desaparecer, deslocando-se da consciência do homem a idéia de vingança dos deuses, justificadora da expiação, para a concepção de vingança pública, assumindo o Estado o direito de punir, estabelecendo-se o "jus puniendi".

O Estado avocou a si a tarefa de fazer justiça, de punir, de infligir a pena, não se eliminando a idéia de vingança divina, do sobrenatural, que persiste sob o manto do emprego de fórmulas e orações, nem se suprimiu a vingança de sangue, a qual está respaldada na legítima defesa, porém encontrando-se legalmente mais delimitada.

O que podemos dizer é que com o surgimento do Estado, com a organização política da sociedade, a pena passou a ter um sentido predominantemente político, passando a ser mais bem dirigida, orientada, pois procurou-se uma racionalização do poder de punir, que passa a ser exercido não mais pelo clã, grupo, ou família, mas por uma autoridade competente, investida do poder do Estado.

Com a constituição do Estado, cuja gênese é incerta, mas que, segundo os contratualistas, teria resultado de um pacto originário, em que os indivíduos, mutuamente, se outorgavam compromissos de coexistirem socialmente e para tanto elegeram um árbitro, capaz de pôr fim ao estado de beligerância em que se encontravam. A pena passou a ser imposta em função de uma ruptura da

ordem legal, dado a ofensa à divindade, chamada Estado. Portanto, a norma sagrada, violada, não mais constitui ofensa ao Deus, mas sim ao Estado.

Sem dúvida que essa ofensa ao Estado, bem como a ofensa havida contra a divindade é apenas aparente, pois no fundo os sentimentos ofendidos são os da sociedade e é esta que efetivamente pune, vinga e castiga.

Porém, as atrocidades, as crueldades, as perversidades cometidas pelo soberano, príncipe ou rei foram tantas, que se levantaram em meados do século XVIII, protestos contra tais suplicios, buscando-se amainar a vingança pública. É o esforço retórico despendido pelos humanistas.

Portanto, o chamado movimento de humanização da pena, iniciado no século XVIII, insurgiu-se contra as penas cruéis, a tortura, o arbítrio judicial, o absurdo de certas incriminações e o desigual tratamento da pena, determinado pela classe social do delinqüente.

Deve-se a BECCARIA a instauração do movimento de humanização das penas. Em sua monumental obra, "Dos Delitos e Das Penas", atrelou ao fim expiatório da pena, um fim utilitário.

"O crime e a pena estavam comprimidos entre as fôlhas do direito hebreu; das leis atenienses; do código hamurábico; nas leis religiosas, morais e civis de Manu; no código tabulário de Roma; no Alcorão; na legislação medieval; nas revelações dos filósofos alemães e dos enciclopedistas." (52)

A BECCARIA coube, pois, a clarividente concepção do crime e da pena, desencadeando uma corrente de pensamento que fizesse frente à tirania do Estado e à teoria do direito divino. Seu pensamento pode ser traduzido no seu próprio teorema:

"De tudo o que fica exposto pode-se deduzir um teorema geral de muita utilidade, porém pouco adaptado ao uso, que é o legislador comum dos países.

"É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei."
(53)

Alicerçou o seu pensamento nos princípios do contrato social, do direito natural e do utilitarismo, vendo na pena um meio de evitar que o criminoso incidisse no pecado e, não como um castigo imposto ao delinqüente por haver pecado, daí dever ser eficaz ou útil a punição sob o ponto de vista do exemplo e da prevenção.

Para ele, a pena seria mais justa e útil quanto mais próxima e rápida estivesse do crime. Mais justa, porque pouparia ao réu os inúteis e ferozes tormentos da incerteza, que cresceria com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza; mais útil, porque uma pena privativa da liberdade não pode anteceder a sentença, salvo quando a necessidade exigir. O cárcere, dizia, é a simples custódia de um cidadão, até que seja julgado culpado e sendo essencialmente penosa essa custódia, deve durar o menos tempo e, ser a menos perigosa.

Baseou-se no princípio da legalidade, pois ressaltou que somente as leis podem fixar as penas para os delitos e, essa autoridade só pode ser a do legislador, que representa a sociedade unida por meio de um contrato, não podendo um magistrado, sob qualquer pretexto de zelo, ou do bem público, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinqüente. Observou, ainda, que as penas deviam ser proporcionadas entre si e aos crimes, assinalando que se uma mesma pena se destina a dois crimes que ofendem de sigualmente a sociedade, os homens não encontrariam um obstáculo

mais sério para a prática do crime mais grave, se a esse procedimento tivessem unido uma vantagem maior, não descurado também do princípio da personalidade do agente do crime.

Vemos que em BECCARIA a pena passa a ter outra finalidade, do que a correção ou eliminação dos delinquentes e a intimidação dos indivíduos, o que desarticulou a concepção até então, do castigo, fundada na teoria divina e no arbítrio estatal.

Podemos dizer, que o momento humanitário da pena trouxe uma maior conscientização na infligência da pena, uma melhor orientação do castigo, mais direcionada na inculcação da expiação, na medida em que as vozes erigidas encontraram eco nas reações doutrinárias e legislativas contra as penas cruéis, infligidas bárbara e arbitrariamente, mas que, nem por isso, perdeu a penalidade o seu caráter de vingança social, pois sob uma nova orientação, presa a certa proporcionalidade entre os delitos e as penas, esta se tornou matematizada, mecânica.

Revestiu-se, portanto, o talionato de uma nova roupagem, não mais a da vingança limitada, da origem do direito, escrito dos povos antigos, estampada na célebre fórmula do "dente por dente, olho por olho", mas numa proporção aritmética entre o crime e a pena, que poderíamos retratar na máxima, tal crime, tal pena.

A obra de BECCARIA foi a base sobre a qual se edificou a escola clássica. Com esta escola, cujos expoentes principais foram além de BECCARIA, CARRARA e ROMAGNOSI, a pena passaria a ser justificada e legitimamente imposta, se o indivíduo cometesse um crime voluntária e conscientemente. "O mal que se padece por causa do mal que se fez - *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*", (54) consoante a máxima de Grotius.

Para esta escola, a punição se fundava no livre arbítrio,

fundando-se os efeitos da pena na velha concepção da lei de talⁱão, de que o mal merece o mal, provindo a pena do mal praticado pelo delinqüente e não do mal que se quer prevenir, encontrando-se a sua justa medida, não no mal que se pretende evitar, mas na própria essência e gravidade do delito praticado.

"A pena, para esta escola, é um mal imposto ao indivíduo que merece um castigo em vista de uma falta considerada crime, que voluntária e conscientemente cometeu." (55)

Para a escola clássica, a pena é a única arma de que lança mão a sociedade, no embate contra o crime, tendo na punição do culpado a mais eficaz de todas as medidas de "prevenção" tomada pela sociedade. Os adeptos do classicismo penal adotaram o aprio-rístico e abstrato dogma: "O efeito principal das penas é impedir o aumento dos crimes, servindo de poderoso freio à manifestação das inclinações perversas e impulsos criminosos", (56) o qual conquistou os pãramos de axioma inabalável.

Já, para a escola positiva ou antropológica, cujos defensores destacados são LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, a pena assume um conceito inteiramente diferente, consistindo no seguinte: "É um remédio contra o crime, e, na sua aplicação não se tem em vista o castigo, mas a defesa social". (57)

A escola antropológica vê a pena como um conjunto de medidas sociais repressivas e reparadoras, pois concebe que homem nenhum é detentor do livre arbítrio e, daí não ser responsável moralmente por seus atos, enfatizando que todos os homens, por viverem em sociedade, são responsáveis penalmente. Referindo-se à sociedade, assim a encara:

"ela se defende apenas no interesse da própria conservação, porque a pena não é um mal imposto ao culpado, como uma punição merecida em vista do mal que voluntária e conscientemente praticou; mas é 'o conjunto dos meios jurídicos, co

mo define FERRI, empregados pela sociedade na luta contra o crime." (58)

Para a escola positiva, a eliminação do indivíduo inassimilável tem em vista a defesa e a conservação da sociedade, mudando-se, pois, a finalidade da pena, que consiste na retribuição do mal pelo mal, na expiação da falta pela pena merecida, própria da escola clássica.

"O conceito, pois, de pena para a duas escolas antagônicas é diametralmente oposto. Castigo merecido, justa e proporcionada retribuição de uma falta moral e jurídica, livre e conscientemente praticada, consoante a escola clássica, a pena, em face à escola antropológica, é um conjunto de medidas sociais repressivas e reparadoras, tendo por único fim a eliminação do indivíduo inassimilável para a defesa e conservação do organismo social." (59)

A diferença, profunda e decisiva, entre as duas escolas, reside, principalmente, no método dedutivo, para a escola clássica e, indutivo, para a escola positiva. A primeira, tendo por objeto o crime, como entidade jurídica e, a segunda, ao contrário, tendo por finalidade o delinqüente, como pessoa.

Podemos acrescentar, ainda, que enquanto para a escola clássica, a pena apresenta as características repressiva, retributiva, aflitiva, expiatória e intimidativa, porém havendo respeito pelos direitos fundamentais do homem aprisionado, o que a distingue do período anterior ao classicismo penal; para a escola positiva, a pena é individualizante, ressocializante, preventiva e defensiva da sociedade.

É, portanto, com a escola antropológica que se inaugura a fase da defesa social, em detrimento ao indivíduo do livre arbítrio. Mas, cumpre não perdermos de vista que esta mudança de justificativa não extirpou o dístico repressivo e eliminatório da pena, porque ao lado dos meios preventivos e reparadores, subsis

tiram os meios repressivos e eliminatórios. Para a escola antropológica, "quatro são os meios de que a sociedade deve lançar mão na luta contra o crime: meios preventivos, meios reparadores, meios repressivos e meios eliminatórios". (60)

A terceira escola, chamada de escola crítica ou eclética, que ao lado das escolas clássica e antropológica, constituem as três escolas penais, sustenta pela voz abalizada de ALIMENA, "que o fim único da pena é a defesa social", (61) acrescentando ainda: "A sociedade não tem o direito de punir, mas somente o de defender-se nos limites do justo". (62)

Para a escola eclética, pois, a sociedade detém o direito de defender-se, alicerçada em parâmetros de justiça e não o direito de infligir o castigo, o que em nosso entendimento não retira o direito legítimo de punir, da sociedade, pois no ato de defesa está insita a reação contrária, que é a punição, a sanção a ser desencadeada.

Porém, é forçoso admitirmos que a escola eclética atribui à pena muito maior importância, na medida em que a considera como um instrumento de dinâmica psicológica e de pedagogia social, pois no dizer de ALIMENA:

"Os elementos que hoje diferenciam a penalidade de qualquer outro instrumento de defesa social são dois: porque ela opera como coação psicológica, ameaçando um mal; porque está ligada às emoções e sentimentos morais, e, portanto, apreciada e sentida como sanção pela sociedade, de quem é fator protetor." (63)

Entre a escola eclética e a escola antropológica não existe, em substância, palpável distinção no que se refere aos pontos capitais referentes ao problema penal, pois para ambas a pena tem por fundamento a necessidade de defesa social, prevalecendo os meios preventivos no combate ao crime, que em suas concep-

ções são muito mais eficazes do que as medidas repressivas.

"A outra diferença específica que ALIMENA acentua, real na atualidade, tende a desaparecer em um futuro mais ou menos próximo. De fato; esse ódio que em geral se vota aos delinquentes, essa íntima satisfação que se experimenta todas as vezes que ao crime se segue o castigo, como justa retribuição do mal que foi feito, não somente são vestígios dos sentimentos egoísticos e selvagens da vingança, como também procedem dessa convicção falsíssima, com que ainda se ilude a maior parte dos homens, de que os nossos atos são filhos de uma vontade livre e soberana, comum a todos os adultos não alienados." (64)

Como vemos, a idéia da pena-retribuição não foi erradicada, em que pese os ingentes esforços efetuados pela escola positiva e pela escola eclética, que como terceira escola, numa tentativa de conciliar o classicismo e o positivismo da pena, estava fadada ao insucesso, pois o ecletismo constitui uma soma de problemas, uma vez que acaba sempre conciliando os conflitos e contrastes de duas teorias, "in casu", de duas escolas penais, não dando uma resposta satisfatória ao problema penal.

Surgiu então, um movimento moderno, na Itália, após a 2ª guerra mundial, desencadeado por FILIPPO GRAMATICA ao fundar, em Gênova, um centro de estudos de defesa social, conhecido como "defesa social".

GRAMATICA formulou a sua teoria, rechaçando totalmente o princípio de retribuição, excluindo toda a idéia de pena, de infração e de delinquente.

"A doutrina da defesa social formulada e exposta por Gramatica (e que aparece em seu livro 'Princípios de Defesa Social') pretendia excluir toda idéia de pena, bem como de delinquente e de infração, abandonando por completo o princípio da retribuição." (65)

É a GRAMATICA que se pode atribuir o início do que se poderia denominar de defesa social. Convém explicitar, que a expres-

são "defesa social" assumiu, posteriormente, em diversos países e variadas legislações, sentidos diferentes e às vezes conflitantes.

"Quando alternativamente em diversos países, da Suécia à Itália, se cogitou de promulgar uma verdadeira legislação de 'defesa social', assim denominada, todos perceberam que o termo tinha outra significação e sobretudo outra ressonância, bem diversa da que apresentava quando os positivistas, com Enrico Ferri, ou a Terza Scuola, com Carnevale, pretendiam atribuir à pena, a partir de então, uma função de 'defesa social'." (66)

Mas, é somente no início do século XX que surge um novo movimento de defesa social, diferente do concebido por FERRI e CARNEVALE, expoentes, respectivos, da escola positiva e da terceira escola, embora seja mister confessar que o novo movimento deita suas raízes no positivismo, ou seja, na escola positiva.

Agora, a defesa social passaria a assumir uma concepção moderna de prevenção do crime e tratamento dispensado ao criminoso. Esta conceituação autônoma da defesa social, deveu-se à União Internacional de Direito Penal, fundada em 1889 por ADOLPHE PRINS, VON LISZT e VAN HAMEL.

Os primeiros asseclas da doutrina de PRINS, logo detectam o mal de que padecem as doutrinas fundadas na responsabilidade moral, que pretendem atribuir à justiça penal um objetivo absoluto, aliás, irrealizável: na acepção plena da palavra, PUNIR o criminoso na proporção exata da infração cometida, subjetivamente considerada.

"Ora, a justiça penal, obra essencialmente humana, não pode absolutamente se revestir senão de um alcance e valor relativos. Ela tem como único objetivo garantir, da melhor maneira possível, a proteção da pessoa, da vida, do patrimônio e da honra dos cidadãos.

"Mas, segundo Prins, este objetivo não será verdadeiramente atingido senão através da substituição da noção de responsabilidade moral pelo critério da periculosidade do delinqüente." (67)

Podemos asseverar que a idéia central da 'defesa social' de PRINS, era no sentido de manter enclausurados os criminosos portadores de periculosidade e submetê-los a cuidados rigorosos. Portanto, a eliminação dos indivíduos perigosos era imperiosa para a proteção da sociedade.

"É notável observar no entanto que, como promotor ou como intérprete da primeira doutrina da defesa social, Prins não teve propriamente um continuador direto ou imediato. Sua doutrina cristalizava bem as novas tendências; ela não constituía uma escola. Quando na Bélgica mesmo Van dervelde e Vervaeck, cada qual por si mesmo, em seu próprio domínio e com os meios de ação pessoais, se empenharam em traduzir em realidade positiva as idéias de Adolphe Prins, eles não invocaram abertamente uma nova doutrina. Mas com eles no entanto se desabrochou, de maneira de certa forma tangível, uma segunda etapa da defesa social em que as preocupações teóricas cederiam lugar as realizações práticas." (68)

Cumpre-nos, porém, assinalar, que este movimento criminal de 'defesa social', foi sufocado pelo retorno, pelo afloramento das idéias de castigo e intimidação, devido ao aparecimento em vários países do regime totalitário e o fortalecimento do autoritarismo, mesmo nos países ditos democráticos, fazendo com que a pena voltasse a assumir, no plano discursivo, o que nunca deixou de ser na prática, ou seja, retribuição, expiação e castigo ao mal injusto do crime. Portanto, recuperou-se o caráter retributivo e intimidante do classicismo penal.

"O código penal italiano de 1930 aumentou de forma considerável as penalidades então previstas, que se seguiam além do mais ao restabelecimento, pelo regime fascista, da pena de morte, inexistente no código de 1889. Essa preocupação era mais visível e melhor se afirmava ainda em relação ao direito penal nacional-socialista, cuja doutrina oficial enfatizava a defesa do povo como comunidade; e, das experiências autoritárias da Europa central antes da segunda guerra mundial às práticas ditatoriais da América Latina, mais ou menos firmes ou duráveis, a tônica era uma só: o direito penal autoritário tende, por uma inclinação natural, a proclamar os direitos da repressão." (69)

Este sistema totalitário e autoritário de que se ressentia a pena, em vários países, vai acarretar o aparecimento da moderna defesa social. É neste quadro de total desprezo pela dignidade da pessoa humana, que surge uma nova defesa social.

"A Nova Defesa Social", formulada por MARC ANCEL, consistiu numa reforma das teorias de GRAMATICA e de outros inspiradores da "defesa social".

ANCEL procurou:

"estabelecer um sistema que conservando o essencial do dinamismo da defesa social, não a transforma em um movimento de subversão de valores - um sistema que sobretudo, à luz dos ensinamentos da ciência moderna e da evolução da legislação penal positiva, busque se inserir no direito penal existente com o objetivo de transformá-lo, sem de forma alguma rejeitá-lo, e mesmo conservando seu valor essencial de expressão do Estado de Direito. É o que significa nossa fórmula: a Nova Defesa Social." (70)

A pena passa a ter com ANCEL o fundamento da efetiva defesa social, em detrimento da retribuição absoluta, numa tentativa de superar o dogmatismo e o tecnicismo jurídicos da pena, inspirado em sentimentos humanitários. Para tanto, enfatiza a necessidade de buscar soluções em outros sítios do saber humano, numa mistura de juristas, pedagogos, assistentes, médicos, educadores, que confluem para a busca ressocializante da pena, pois para "a nova defesa social" a justiça penal é concebida como uma ação social.

ANCEL esforça-se para distinguir a sua "nova defesa social" das outras concepções sobre a "defesa social", afirmando que:

"Somos, então, tão distantes de Liszt ou de Prins como de Ferri ou de Garofalo, e nos distanciamos ainda mais dos conciliadores, dos ecléticos ou dos técnico-jurídicos, quer se trate de Carnevale ou de Alimena, de Merckel ou de Cuche, de Rocco ou de Maggiore. Essa primeira ruptura com o passado, com uma herança científica ainda mal assimilada constitui o feito memorável de Gramática logo após a segunda guerra. Restava concluir e matizar sua obra, e sobretudo, não pôr em dúvida, no que havia de permanente, a contri-

buição do movimento de reforma de Beccaria, e em seguida, à luz das novas idéias, voltar-se para os fundamentos essenciais da ciência penal, como a responsabilidade, formulando, sob essa nova perspectiva, uma política criminal de reinserção social. Tal seria a obra da nova defesa social."
(71)

Mas, por mais que ANCEL pretenda dotar o seu movimento de autonomia, pretendendo realizar o que o positivismo e a defesa social não realizaram, não faltam os que dizem que a sua proposta nada traz de novo, além do que já está contido nas propostas de Lombroso, Ferri ou Garófalo, portanto, na escola antropológica.

Portanto, em que pesem os invulgares esforços legislativos e doutrinários, efetuados através do tempo, constatamos que a pena, desde a sua origem, coberta pelas vestes eminentemente religiosas, adentra numa fase marcadamente pública, onde não mais é imposta em nome do sobrenatural, mas sim, de uma nova divindade surgida, chamada Estado, transmutando-se de uma justificativa divina, para uma justificativa jurídica, não perdeu o seu caráter repressivo, intimidante, exemplar, retributivo, vingativo.

A pena, pois, continua o que nunca deixou de ser, qual seja uma vingança social, antes exercida pelo clã, tribo ou grupo social, em nome de uma divindade sobrenatural; hoje, exercida pela sociedade, politicamente organizada, que tem no Estado o seu representante e o fundamento do direito de punir.

NOTAS

- (1) SODRÉ, Moniz. As três escolas penais. 8 ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977. p. 25-6.
- (2) Ibidem. p. 25-6.
- (3) LOMBROSO, Cesare. O homem criminoso. Rio de Janeiro, Rio, 1983. p. 63.
- (4) COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo, Martins Fontes, 1981. p. 196.
- (5) Ibidem. p. 200.
- (6) Ibidem. p. 199.
- (7) DURKHEIM, Emile. A divisão do trabalho social. 2. ed. Lisboa, Presença, 1984. V. I, p. 110.
- (8) Ibidem. p. 111-2.
- (9) Ibidem. p. 112.
- (10) Ibidem. p. 112-3.
- (11) COULANGES, op. cit. p. 199.
- (12) DURKHEIM, op. cit. p. 110.
- (13) PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983. p. 120.
- (14) Ibidem. p. 118.
- (15) Ibidem. p. 119.
- (16) OLIVEIRA, Odete Maria de. Prisão: um paradoxo social. Florianópolis, UFSC, As. Leg. de SC, 1984. p. 3.
- (17) DURKHEIM, op. cit. p. 121.
- (18) PIMENTEL, op. cit. p. 120.
- (19) KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 4. ed. Coimbra, Armênio Amado, 1979. p. 128.
- (20) PIMENTEL, op. cit. p. 121.

- (21) Ibidem. p. 121-2.
- (22) VECCHIO, Giorgio del. Lições de filosofia do Direito. 5. ed. Coimbra, Armênio Amado, 1979. p. 521.
- (23) BÍBLIA SAGRADA. São Paulo, Paulinas, 1982. p. 140. c. 24, 17-22.
- (24) Na transcrição da nota número 23, excluiu-se os números dos versículos.
- (25) BOUZON, E. O código de Hammurabi. 3. ed. Petropólis, Vozes, 1980. p. 87.
- (26) Ibidem. p. 14.
- (27) Ibidem. p. 13.
- (28) Sura é a denominação que recebem os capítulos em que se divide o Alcorão.
- (29) O ALCORÃO. Rio de Janeiro, Associação Cultural, s.d. p. 15.
- (30) Idem. p. 57.
- (31) BÍBLIA SAGRADA, op. cit. p. 140. c. 24, 17.
- (32) Na transcrição da nota número 31, excluiu-se o número do versículo.
- (33) BÍBLIA SAGRADA, op. cit. p. 202. c. 19, 16-21.
- (34) Na transcrição da nota número 33, excluiu-se os números dos versículos.
- (35) ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. São Paulo, Melhoramentos, s.d. p. 53.
- (36) Ibidem. p. 75.
- (37) Ibidem. p. 75-6.
- (38) MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis. Brasília, UnB, 1982. p. 123.
- (39) ALTAVILA, op. cit. p. 76.
- (40) COULANGES, op. cit. p. 200-1.
- (41) Ibidem. p. 201.
- (42) Ibidem. p. 201.
- (43) Ibidem. p. 203.
- (44) OLIVEIRA, op. cit. p. 5-6.
- (45) VECCHIO, op. cit. p. 521-2.
- (46) BOUZON, E. As leis de Eshnunna. Petropólis, Vozes, 1981. p. 122.
- (47) Ibidem. p. 124.
- (48) Ibidem. p. 125.

- (49) Ibidem. p. 126.
- (50) Ibidem. p. 128.
- (51) BOUZON, E. O código de Hammurabi. 3. ed. Petrópolis, Vozes, 1980. p. 87.
- (52) ALTAVILA, op. cit. p. 149.
- (53) BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo, Hemus, 1974. p. 97.
- (54) SODRÉ, op. cit. p. 213.
- (55) Ibidem. p. 213.
- (56) Ibidem. p. 218.
- (57) Ibidem. p. 218.
- (58) Ibidem. p. 218-9.
- (59) Ibidem. p. 229.
- (60) Ibidem. p. 240.
- (61) Ibidem. p. 240.
- (62) Ibidem. p. 241.
- (63) Ibidem. p. 242.
- (64) Ibidem. p. 243.
- (65) ANCEL, Marc. A nova defesa social. Rio de Janeiro, Forense, 1979. p. VIII (Prefácio).
- (66) Ibidem. p. XVIII (Introdução).
- (67) Ibidem. p. 93.
- (68) Ibidem. p. 101-2.
- (69) Ibidem. p. 109-10.
- (70) Ibidem. p. 125.
- (71) Ibidem. p. 423-4.

II - FUNDAMENTOS E FINALIDADES DO CASTIGO

O estudo efetuado no capítulo precedente revelou-nos que, desde a origem do direito dos povos, o castigo foi verificado através do tempo, pelas mais variadas sociedades, o que constitui um fato constatado historicamente.

"Na realidade, todas as sociedades tem empregado o castigo para assegurar o respeito das suas leis; é um facto de observação histórica e etnográfica." (1)

Portanto, a pena é um instrumento antigo e universal, imprescindível à vida dos povos, já que nenhum povo coexistiu sem tal instituto.

Mas, é de se indagar: Qual é o fundamento e a finalidade do castigo? Qual é a justificativa da pena?

É a procura de respostas a tais interrogações, que se destina o desenvolvimento, do presente trabalho.

Cumpre-nos dizer, inicialmente, que o problema colocado sobre os fundamentos e os fins do castigo, sempre foi objeto de preocupação para os filósofos, os quais procuraram, através da construção de distintas teorias, dar respostas possíveis no plano teórico.

Nunca foi tarefa dos juristas, pois, questionar sobre as causas, a razão de ser e os objetivos da pena, mas sim, dos filósofos, que ao longo da construção jurídico-penal, buscaram uma

justificativa racional para o castigo, tentando encontrar uma lógica para a inflicção da pena.

Três são as principais teorias erigidas filosoficamente sobre a pena e que procuram fundamentar e justificar a expiação. São elas: teoria absoluta, teoria relativa e teoria mista.

"Várias teorias buscam indicar a melhor solução para o problema decorrente da necessidade de justificar e de fundamentar a pena. Para Claus Roxin são três as principais: a teoria da retribuição, a teoria da prevenção especial e a teoria da prevenção geral. De outra maneira podemos dizer que, basicamente, as teorias seriam de três ordens: a) retribucionistas; b) utilitárias; e c) mistas. Ou, como quer Aníbal Bruno, teorias absolutas, relativas e mistas." (2)

Podemos dizer então, que o retribucionismo e o utilitarismo são os princípios fundamentais que embasam, lastreiam e alicerçam as teorias levantadas sobre os fundamentos e as finalidades do castigo, estabelecendo-se até mesmo uma identificação muito estreita entre tais princípios e os estudos efetuados da pena, nas três escolas penais, na medida em que para a escola clássica, predominava a máxima retributivista; na escola positiva, o axioma utilitarista e, na escola eclética, a conjugação dos princípios retributivos e utilitários.

Passemos, pois, a estudar cada um dos princípios correspondentes às teorias da pena, em função da concepção da mesma, através do tempo.

O princípio da retribuição ou retribucionismo, apanágio da teoria absoluta, "estatui que a uma determinada acção - a conduta boa ou má de um homem - se deve seguir uma determinada reacção - o prémio ou a pena. Poder-se-ia ser tentado a reconhecer a ideia da igualdade na relação entre acção e reacção. Com efeito, a norma retributiva postula o mal para o mal, o bem para o bem -

portanto, igual para igual". (3)

O retribucionismo encontra a sua primeira manifestação, já na concepção originária da pena, pois conforme vimos historicamente, os crimes perpetrados eram considerados atentados contra o sagrado, a religião, que era a regra comum ao clã, à tribo, ao grupo. A pena, como consectário natural do crime, devia recair sobre o causador da violação da lei comum, a religião.

Daí que, os demais integrantes do grupo, faziam recair a punição sobre o culpado, a fim de aplacar a ira da entidade ofendida, para que o castigo do sobrenatural não recaísse sobre os demais integrantes do grupo e assim vingar a divindade.

É essa reação, desencadeada logo após a ofensa à divindade do sobrenatural, que assinala a presença do retribucionismo, já na origem religiosa da pena.

O princípio da retribuição é o que orienta e anima a própria inflição da expiação, ao violador da lei de natureza sagrada, que por sua conduta desviante, incidiu na falta, no vício, no pecado, no crime, sendo merecedor de um castigo justo.

Nessa fase embrionária da pena, não se fazia distinção entre crime, vício, falta e pecado, pois o único direito conhecido era a religião. Predominava a máxima "punitur quia peccatum" - pune-se porque pecou - lema este dominante da teoria absoluta ou retribucionista.

A concepção que preside ao retribucionismo é a idéia de castigo merecido, pela falta cometida. Portanto, o retribucionismo fundamenta-se na idéia de castigo justo, procurando justificá-lo na própria concepção de justiça.

A justiça da pena consiste em aplicar o mal pelo mal, em re

tribuir com o mal do castigo o mal injusto do crime, sem atentar para a pessoa do castigado, nem as condições e circunstâncias em que a expiação será inculcada. "Pero la retribución sólo puede de terminar que un hombre debe ser castigado y no cómo y em qué medida." (4)

Todavia, é no talionato que o retribucionismo aparece em sua máxima expressão de simetria, pois a reconhecida fórmula "dente por dente, olho por olho", presente no início do direito escrito dos povos, estabelece a justa proporção entre a falta e o castigo, entre o pecado e a expiação, entre o crime e a pena.

O retribucionismo, pois, exige para o mal do crime, o mal da pena, ou simplesmente, o mal para o mal.

"As teorias absolutas partem de uma exigência de justiça e encaminham-se para a realização do justo na retribuição da pena. Retribuição justa do mal injusto que o criminoso praticou e pela qual se processa a reintegração da ordem jurídica violada. Se algum fim prático pode ser com isso alcançado, é consideração secundária, que não deve de modo algum sobrepor-se e nem sequer equiparar-se àquele fim essencial de justiça." (5)

Constatamos que o retribucionismo é presidido pela idéia de justiça. Mas esta concepção é demasiadamente vaga, já que inexistem para a retribuição do castigo, critérios outros que não os meramente de justiça, para valorar a falta cometida.

A pura e simples retribuição da punição, para o pecado cometido, é justa por si só, funcionando como uma espécie de "imperativo categórico". (6) A justificação da inflicção do castigo repousa na própria falta cometida. "La única justificación para castigar a cualquier hombre es que ha violado la ley." (7)

Antes, a lei violada era de natureza divina. O castigo era inculcado por todos os membros do grupo ao infrator da regra sagrada, a fim de vingar a entidade ofendida. Através do tempo, a

pena foi se despidendo de suas vestes sacras e assumindo roupagens laicas, na medida em que a lei divina foi cedendo lugar à lei humana, dada a busca de uma melhor orientação, direção é racionalização do poder de punir. Hoje, portanto, a lei violada é de caráter humano. A pena é imposta por todos os membros do grupo social, ao transgressor da regra pública, a fim de vingar algo transcendente que ainda subsiste na penalidade e nas ofensas à sociedade politicamente organizada, chamada Estado.

Portanto, inobstante a transmutação da "lex divina" em "lex humana" e a conseqüente laicização da pena, encontramos arraigados ao retributivismo.

"As teorias retribucionistas ou absolutas vêem na pena um predominate caráter de castigo. Para Kant, a expiação é um imperativo categórico, devendo o castigo ser imposto como uma forma de atender a uma exigência ética, sem qualquer outra conotação teleológica. Uma reparação de ordem moral, servindo exclusivamente à justiça. Na mesma linha colocou-se Hegel, com importante diferença de que considerava a pena sob um ângulo diverso, ou seja, não como reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica: o crime é a negação do direito e a pena é a negação jurídica do crime, restabelecendo o equilíbrio desfeito pela prática da infração penal. Nenhum outro efeito tem importância, sendo despiciendas quaisquer considerações quanto à prevenção geral ou especial."
(8)

Encontramos em EMANUELLE KANT e HEGEL, pois, dois adeptos das teses retribucionistas do castigo, ambos vendo na pena um prevalecte dístico de castigo, sem se ater a quaisquer fins, que não o de uma exigência moral, para o primeiro e, uma exigência jurídica, para o segundo; aliás, consistindo nisso a sutil diferença entre os dois filósofos alemães.

A propósito de HEGEL, convém não olvidar o seu conceito formulado, certa feita, a respeito da pena:

"Si...la pena es representada como coacción,

solo ha de imputársele el carácter de determinación, de algo totalmente finito que no entraña racionalidad alguna y que por entero queda comprendido bajo la noción general de determinada cosa opuesta a otra o de una mercancía con la que se compra otra cosa, o sea el crimen. El Estado como poder judicial mantiene un mercado provisto de determinaciones llamadas crímenes que ofrece alque por ellas pague el precio de otras determinaciones, y el Código Penal es la lista de precios." (9)

HEGEL, ao comparar a pena com uma lista de preços, que o Estado oferece, pelo crime praticado, está a demonstrar, em nosso entendimento, que os sistemas penais das nossas sociedades, comumente representadas por códigos, onde estão catalogadas as penas para os crimes devidos, não passam de tabelas penais, em que a pena é aplicada de forma automática e mecânica aos crimes praticados em sociedade, sem atinar para valores e efeitos outros, que não a relação simplesmente retributiva do castigo à falta perpetrada.

"KANT, conseqüente com o rigor moralista do seu sistema, faz da pena um imperativo categórico, que uma imposição absoluta de justiça justifica, dando-lhe tamanha rigidez que só o talião, o mal retribuído por mal equivalente, poderia satisfazer." (10)

"HEGEL transforma essa retribuição moral em retribuição jurídica: o Direito negado pelo crime é reafirmado pela pena, e na necessidade dessa reafirmação é que a pena encontra a razão que a torna legítima. Essa posição de HEGEL reproduz-se em PESSINA, para quem a pena deve negar a negação do Direito contida no crime, isto é, anular a desordem expressa na aparição do delito, reafirmando a soberania do Direito sobre o indivíduo." (11)

Vemos, pois, que em KANT a pena encontra sua justificação em si mesma, repousando na própria concepção absoluta de justiça, inatentando fins outros, que não o critério único de justiça absoluta; enquanto para HEGEL, a pena encontra a sua razão de ser na sua pura e simples aplicação, voltado a reafirmar a negação do direito pelo crime.

Podemos dizer, então, que tanto em KANT, quanto em HEGEL, a pena encontra a sua justificativa, sua razão de ser, sua legitimidade, em si mesma.

Por conseguinte, não encontramos nas teorias retribucionistas propriamente, fundamentos ou finalidades do castigo, pois a razão de ser da pena e os objetivos colimados consistiam no punir por punir, castigar por castigar, expiar por expiar e vingar por vingar.

Em oposição às teorias absolutas ou retribucionistas, que viam na pena a sua própria justificação, o seu fundamento e a sua finalidade, em que justiça, consistia em castigar, vingar pela retribuição da pena a infração de um preceito divino, moral ou jurídico, enfim retribuir o mal com o mal, surgiram as teorias utilitaristas, defensivas, preventivas, as quais pretenderam extirpar da pena o seu apanágio retributivo, procurando fundamentos e finalidades outras para o castigo.

As teorias utilitaristas ou relativas buscaram fundamentar o castigo na necessidade de segurança social, justificando-o como finalidade de defesa social.

"Para as teorias relativas ou finalistas, a razão de ser da pena está na necessidade de segurança social, a que ela serve, como instrumento de prevenção do crime. Nela está presente a justiça como critério regulador, a limitar as exigências da segurança em relação ao criminoso. Mas o que a justifica e lhe dá a sua orientação é o fim de defesa da sociedade." (12)

Para as teorias utilitárias, a pena corresponde a uma medida de defesa social, atuando como um instrumento de defesa, ao buscar a prevenção de novos crimes. Podemos afirmar que a pena persegue duplo objetivo: a prevenção geral, na medida em que procura, através da exemplaridade e da intimidação, evitar a prático-

ca de novos crimes por parte de outros integrantes da sociedade; a prevenção especial, voltada à correção do infrator, é utilizada como meio de ressocialização do desajustado social.

"Concorrem para a prevenção geral: a intimidação pela ameaça da pena, ou pela sua aplicação ou execução, e a ação educativa geral que a pena, reforçando o preceito da norma, realmente exerce." (13)

"Pela prevenção especial procura-se evitar que novos crimes ocorram, por ação exercida sobre o próprio delinqüente. Então o que se procura promover é a correção individual do desajustamento gerador do crime." (14)

Ao contrário das teses retribucionistas, consagradoras da máxima 'punitur quia peccatum' - pune-se porque se pecou -, as teses utilitaristas, adotam o axioma 'punitur ut ne peccetur' - pune-se para que não se peque. Agora, a pena já não mais constitui uma expiação do passado, mas uma expiação para o futuro. Porém, cumpre-nos não perder de vista, que, embora o castigo não volte mais para o passado e sim para o futuro, nem por isso a pena deixa de ser uma expiação.

Tudo o que podemos dizer é que o castigo vislumbrou uma finalidade e um fundamento, que não o mero e exclusivo critério de justiça retribucionista. Mas, não é na busca de uma justificativa e legitimidade para a pena, que faz com esta perca o estigma de punição, castigo, expiação. A nova roupagem corretiva, educativa, defensiva de que se reveste o castigo, não tem o condão de eliminar, suprimir, afastar os ranços retributivistas do castigo, mas sim o de tentar ocultá-lo, escamoteá-lo, o que só faz que ele surja com mais força, ainda.

Passemos agora, a fazer um estudo mais acurado sobre os principais partidários das teses utilitaristas, levantadas sobre o castigo, que houvemos por bem privilegiar.

Talvez, o que melhor tenha elaborado respostas sobre a lógica, a racionalidade do castigo, enfim, procurado possíveis soluções à justificativa da pena, foi JEREMY BENTHAM.

BENTHAM, ao início de sua obra, 'Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação', nos diz:

"A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos." (15)

Na aludida obra, BENTHAM privilegia como tese fundamental o princípio de utilidade, o qual é concebido como:

"aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo." (16)

Com o princípio de utilidade, BENTHAM busca a maior soma de benefícios, prazeres e felicidades para o indivíduo ou comunidade, vinculados à norma discernitiva do certo e do errado, das causas, dos efeitos, voltado a obstaculizar as desvantagens, a dor e as infelicidades.

Depreendemos da utilidade Benthaminiana, a primazia, o privilégio exacerbado à felicidade, relegando a dor ao segundo plano, pois busca, através da lei e da razão, construir o chamado 'edifício da felicidade'.

"Por conseguinte, afirmar-se-á que uma determinada ação está em conformidade com o princípio da utilidade, ou, para ser mais breve, à utilidade, quando a tendência que ela tem a aumentar a felicidade for maior do que qualquer ten-

dência que venha a diminuí-la." (17)

"Pode-se afirmar que uma pessoa é partidária do princípio da utilidade quando a aprovação ou a desaprovação que dá a alguma ação, ou a alguma medida, for determinada pela tendência que, no seu entender, tal ação ou medida tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da comunidade; ou, em outras palavras, pela sua conformidade ou não-conformidade com as leis ou os ditames da utilidade." (18)

O capítulo XII da referida obra reveste-se de significativa importância, pois nele BENTHAM define o objetivo geral que marca as leis em sua totalidade, o que lhe valeu a crítica mais contundente, de utilitarista hedonista.

"O objetivo geral que caracteriza todas as leis - ou que deveria caracterizá-las - consiste em aumentar a felicidade global da coletividade: portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso.

"Acontece, porém, que toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade - se tal princípio tiver que ser admitido -, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior." (19)

BENTHAM, em nosso entendimento, ao buscar restringir o castigo, o qual é um mal em si mesmo, somente o admitindo quando for para evitar um mal maior, uma vez que nem é possível excluir, banir o que é pernicioso, o que diminui a felicidade, "in casu", o crime perpetrado na sociedade, está a maximizar a felicidade da comunidade em detrimento da do indivíduo, o que lhe valeu, conforme dissemos, a pecha de hedonista.

Com BENTHAM, inaugura-se o utilitarismo clássico, deixando a pena de consistir numa punição desenfreada e generalizada da fase retribucionista, para somente ser utilizada em casos estritos, por ser tida e concebida como um mal. Tem início, portanto, uma reflexão, uma valoração sobre o castigo, o qual somente pode

rã ser infligido com outra justificativa, além da justiça da punição em si mesma.

Podemos afirmar que, a partir do utilitarismo, o castigo passou a experimentar uma fase de racionalização, passando a ser inculcado com mais orientação, melhor direção. BENTHAM, por exemplo, nos traz alguns casos em que o punir por punir se traduziria numa própria iniquidade, elencando, pois, os casos em que não cabe punir:

"É evidente, portanto, que não se deve infligir punição nos casos a seguir enumerados:

"Quando não houver motivo para a punição, ou seja, quando não houver nenhum prejuízo a evitar, pelo fato de o ato em seu conjunto não ser pernicioso.

"Quando a punição só pode ser ineficaz, ou seja, quando a mesma não pode agir de maneira a evitar o prejuízo.

"Quando a punição for inútil ou excessivamente dispendiosa; isto aconteceria em caso de o prejuízo por ela ser maior do que o prejuízo que se quer evitar.

"Quando a punição for supérflua, o que acontece quando o prejuízo pode ser evitado - ou pode cessar por si mesmo - sem a punição, ou seja, por um preço menor. (...)." (20)

BENTHAM, pelo que já dissemos, tem consciência da impossibilidade da supressão total do castigo, pois o encara como um mal em si próprio. Mas, sua admissão da punição, verifica-se em casos estritamente necessários, ou seja, quando a lei em geral e a lei penal em espécie, foram impotentes para excluir o dano que se insurge contra a felicidade comunitária, o que está em consonância com a sua máxima utilitarista. Daí, inadmitir o castigo, quando não houver motivo para punir, dada a falta de perniciosidade; quando o castigo redundasse ineficaz, por não poder evitar o dano; quando a pena for inútil ou dispendiosa, caso em que o castigo seria mais danoso do que o crime; quando a expiação for supérflua, ocorrente quando o dano pode ser evitado ou cessado

por si só.

"De esta forma Bentham anuncia la aplicación, a la ley criminal, de los principios generales y la máxima utilitarista. El criterio de Bentham es, entonces, que las leyes en general, y en particular la ley penal, deben excluir el daño que es un opuesto contradictorio de la felicidad. Sin embargo, agrega textualmente, todo castigo es un dano, todo castigo es en si mesmo un mal." (21)

Verifica-se que o próprio castigo está sob a égide do princípio da utilidade, o que, a princípio, poderia parecer um contrasenso, na medida em que a máxima utilitarista procura promover a maior felicidade possível dos membros da coletividade e, o castigo, como se sabe, opõe-se à felicidade. Mas BENTHAM, ao procurar uma lógica, uma racionalidade, uma justificação para a pena, responde que somente se admite o castigo, em função da exclusão de um mal maior. Portanto, o castigo só é justificável se resulta um bem maior na sua aplicação e "ese bien en el que piensa Bentham es la prevención o la reducción del crimen, sea por disuasión o por reforma del ofensor". (22)

Devemos observar em BENTHAM, ainda, a proporcionalidade que consagra às punições e os crimes, alicerçados no princípio da utilidade. Observemos as seguintes normas:

"O valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime." (23)

"Quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar no caminho da punição." (24)

"Quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor." (25)

"A punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la." (26)

"A punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja confor-

me às normas aqui indicadas." (27)

"Para que a quantidade de punição realmente infligida a cada criminoso possa corresponder à quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um." (28)

Impende notarmos, pelo que se observa das normas reproduzidas acima, nas quais existe determinada proporcionalidade entre os castigos e os crimes, que as quatro primeiras normas demarcam os lindes, abaixo dos quais não se deve diminuir a inflicção do castigo; enquanto a quinta norma, ao contrário, fixa o limite de aumento da punição, ou seja, acima do qual não se deve aumentar a pena.

Convém termos sempre presente que BENTHAM só admite o castigo em casos estritos, pois alicerçado no seu princípio utilitarista, como objetivo para evitar o crime. Mas, como não há possibilidade de não se cometer ofensa, procura, então, restringir o castigo, visando a um crime menos pernicioso, menos prejudicial e menos dispendioso.

Após o estudo da teoria do castigo Benthaminiana, faz-se necessário apontar para algumas objeções, que um utilitarista clássico como BENTHAM teria ao se deparar com algumas indagações sobre a pena. Trata-se aqui, de uma crítica já formulada por outros teóricos, que vêem o utilitarismo clássico como um hedonismo exacerbado.

Os exemplos são muito numerosos e semelhantes entre si, todos erigidos no afã de desestabilizar a postura utilitarista. Nos cingiremos a apenas dois exemplos, recordados por MARTIN DIEGO FARREL, em sua obra, 'Utilitarismo, Etica y Politica', centrado no castigo ao inocente.

"Cronologicamente, quien parece haver suge-

rido por primera el castigo al inocente fue Caifás. Según el Evangelio, 'Caifás era el que había dado a los judíos el consejo, que convenía que un hombre muriese por el pueblo'. Para muchos críticos, esta circunstancia lo convierte casi en un precursor de Bentham y de Mill." (29)

Vamos aos exemplos:

"Uno de los ejemplos clásicos proporciona - dos contra el utilitarismo es el imaginado por Mc Closkey (...). Supongamos que un sheriff se enfrenta, con la alternativa de castigar a un negro por causa de una violación que ha originado hostilidad hacia los negros (creyendo la gente que un negro en particular es el culpable, pero sabiéndolo el sheriff inocente), previniendo así serios motines anti-negros que conducirían probablemente a alguna pérdida de vida y a incrementar el odio entre negros y blancos; o, por otro lado, iniciar la persecución del culpable y permitir que ocurran los motines anti-negros, tratando de combatirlos lo mejor posible. Si el she riff fuera un utilitarista extremo aparecería como prometido con el castigo del negro inocente."(30)

Neste primeiro exemplo, recuperado por FARREL, constatamos o hedonismo exacerbado de que se reveste o utilitarismo. Pois o Sherife, ante a alternativa de ter que castigar um negro, sabendo ser o mesmo inocente e a probabilidade de surgimento de motins anti-negros, redundando em perdas humanas, caso o negro não fosse castigado, inclinando-se para a punição do negro inocente, está a consagrar a máxima utilitarista, justificando o castigo em nome da felicidade do maior número de indivíduos.

"Me ocuparé ahora del ya mencionado ejemplo de Bernard Williams, uno de los más notorios críticos actuales del utilitarismo. Jim está en la plaza central de un pequeño pueblo sudamericano. Atados contra la pared se encuentra una fila de veinte indios, muchos asustados, unos pocos desafiantes, enfrentando a un grupo de hombres armados, en uniforme. Un hombre voluminoso con una camisa color kaki resulta ser el capitán a cargo del grupo e interroga a Jim, quien acredita estar allí accidentalmente, participando de una expedición botánica. El capitán explica que los indios son un grupo de habitantes elegidos al azar, el cual, después de recientes actos de protesta contra el gobierno, está a punto de ser muerto para recordar a los otros posibles opositores las ven

tajas de no protestar. Sin embargo, puesto que Jim es un visitante honorable de otro país, el capitán se siente feliz de ofrecerle el privilegio de matar por sí mismo a uno de los indios. Si Jim acepta, en honor a la ocasión, los restantes indios quedarán libres. Desde luego, si Jim rehusa, no habrá ninguna ocasión especial y el soldado Pedro hará lo que iba a hacer quando Jim llego y los matará a todos. Jim piensa que si tuviera un arma mantendría bajo amenaza al capitán, a Pedro y a los demás soldados, pero está claro que eso no puede resultar: cualquier intento en ese sentido provocaría la muerte de los indios y la suya. Los hombres contra la pared, y los demás habitantes del pueblo comprenden la situación y obviamente le ruegan que acepte. ¿Qué debe hacer? Williams recuerda que a este dilema el utilitarismo replica que Jim debería matar al indio, considerando esto como la respuesta obviamente correcta. Pero muchos de nosotros, dice, preguntaríamos si es posible una respuesta correcta, e incluso uno que así lo creyera preguntaría si es obvia." (31)

Verificamos que, este segundo exemplo recordado por FARREL, apresenta íntima relação com o primeiro exemplo, já enfocado, pois ambos, ao buscarem uma justificativa para o castigo, enfrentam a situação embaraçosa de ter que punir um inocente. Neste segundo exemplo trazido, Jim, diante da alternativa de matar ele próprio a um índio ou permitir que um capitão ordene a morte de vinte índios, um utilitarista extremado não relutaria em responder que o índio inocente deve ser punido, a fim de evitar a morte de outros índios, promovendo-se mais uma vez a felicidade do maior número de pessoas, pedra angular do sistema utilitarista.

Eis aí salientadas as conseqüências danosas do utilitarismo, que inatentando para o subjetivismo das pessoas, focaliza uma igualdade acentuada, apresentando uma visão totalitária da sociedade, própria do princípio formal de que todos são iguais perante a lei, desatendendo para a profunda diferença, existente entre os seres humanos.

Mas, em que pesem as críticas formuladas ao utilitarismo,

não podemos negar a nítida preocupação que apresenta, ao procurar uma justificativa para o castigo, além do exclusivo critério de justiça das teses retribucionistas.

Com o utilitarismo, busca-se fundamentar o castigo na sua própria utilidade de prevenção ou redução do crime, com a finalidade de utilidade social. Portanto, justifica-se o castigo na idéia do útil.

Outro assecla das teses utilitaristas, que merece um detido estudo, passando a ser objeto de nossa preocupação, chama-se BECCARIA.

Em BECCARIA, repousa o sentido de humanização que se pretendeu dar à pena, pelo que representa um marco histórico na luta contra a tortura, as penas cruéis, a desigualdade das penas, o absurdo de certas incriminações, o arbítrio judicial e o punir por punir.

Pelo seu "teorema geral muito útil", já visto no capítulo precedente, verificamos a sua preocupação no sentido de estabelecer uma proporção mais adequada, possível entre o crime e a pena.

Daí que:

"apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

"Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e, a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, ainda sob o pretexto do bem público, acrescer a pena pronunciada contra o crime de um cidadão." (32)

Preocupado, para que o castigo não degenerasse em abuso,

aplicado ao talante de árbitros, arvorou-se no princípio da legalidade, 'nullum crime, nulla poena sine non lēge' - nula pena, nulo crime sine lege - não há crime sem lei anterior que o defina e, não há pena sem prévia cominação legal -, princípio este atribuído ao utilitarista Feuerbach e vigorante, hoje, em todos os Estados de direito.

A exemplo de BENTHAM, de quem sofreu notada influência, BECCARIA voltou-se para a proporção que deviam guardar os delitos e as penas, interrogando-se sobre as punições que deviam ser aplicadas aos diversos tipos de crimes e indagando-se se idênticas penas seriam úteis em épocas distintas.

Propugnou pela justiça e utilidade da pena, vendo-a não como castigo ao pecado cometido, mas sim como um meio de evitar a reincidência do delinqüente, no crime. Via a pena, em função do ponto de vista preventivo e exemplificador, devendo ser castigado o que teve conduta socialmente danosa e não o que agira mal.

BECCARIA, por seu traço utilitarista, preocupou-se demasiadamente em estabelecer e descobrir meios apropriados à prevenção dos crimes, consoante inferimos das seguintes passagens:

"...o fim das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado." (33)

"Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patricios do caminho do crime." (34)

"Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficiente e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado." (35)

Vemos, pois, que a finalidade da pena para as teses utilitaristas é a de proteger a sociedade, através do caráter exemplar e intimidativo e não mais a expiação do passado, a punição pura

e simples, própria do retribucionismo, que não constitui uma finalidade, fundamentado-se o castigo em si mesmo.

É interessante acudirmos, para a íntima relação estabelecida entre a proporção do crime e do castigo, em BENTHAM e BECCARIA.

"Se o prazer e o sofrimento são os dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em tôdas as suas atitudes, o supremo Legislador pôs como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam de modo desigual a sociedade recebem idêntico castigo, o homem votado ao crime, não tendo a recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penalidades fará nascer a contradição, tão evidente quanto freqüente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer." (36)

BECCARIA, portanto, valeu-se das mesmas categorias utilizadas por BENTHAM, estando ambos acordes em que, para crimes diversos sejam aplicadas penas diferentes. Caso contrário, a própria pena incidiria numa iniquidade, já que o delinqüente não hesitaria, entre um crime hediondo e um crime comum, praticar aquele que lhe trouxesse maiores recompensas.

Imaginemos, por exemplo, a mesma pena para os crimes de roubo e de homicídio. O delinqüente, sabendo que ao cometer o homicídio ou o roubo corre o mesmo risco, certamente não titubaria em praticar o assassinato, pois ceifando a vida da vítima, encontraria maior possibilidade de não ser descoberto.

A matriz utilitarista Beccariana, que bem denota a sua preocupação preventiva dos crimes, está contida no seguinte excerto:

"É preferível prevenir os delitos do que puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares

que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência." (37)

As teses utilitaristas expostas, lastreiam-se na idéia do útil, repousando aí o seu fundamento. Apresentam como finalidade, a proteção da sociedade.

O utilitarismo BENTHAMINIANO e BECCARIANO, justifica o castigo na utilidade social, ou seja, em função da prevenção geral da sociedade. Prevenção esta, efetuada através de duplo meio inibitório, ou seja, a expiação e a intimidação da pena, oriunda da violação das regras sociais, erigidas com base no princípio da reserva legal do 'nullum crime, nulla poena sine non lege', alicerce sobre o qual repousam todos os sistemas penais dos Estados, ditos de direito.

Portanto, o utilitarismo enfocado, voltado para a prevenção geral da sociedade, traduz a clássica concepção de defesa social, que vê a pena como um instrumento de proteção da sociedade, através da repressão ao crime.

Cumpre-nos lembrar que sob o manto deste utilitarismo clássico, preocupado mais com a sociedade como um todo, buscando, pois, a prevenção geral, encontra-se escondido o retribucionismo, pois o castigo não perde os caracteres de expiação e intimidação, conforme vimos.

Todavia, além desta clássica concepção de defesa social, surgiu a concepção moderna, que tem por finalidade prevenir o crime e tratar o delinqüente. Estamos diante da chamada prevenção especial.

Podemos asseverar, então, que a concepção antiga da defesa social, própria do utilitarismo clássico, corresponde a prevenção geral de defesa da sociedade, como um todo homogêneo; enquanto

que, para a moderna concepção de defesa social, equivale a prevenção especial do crime e o tratamento do criminoso.

O fundamento da pena, como defesa da sociedade, estava arraigado à clássica concepção do castigo; enquanto que a nova finalidade da prevenção especial, surge com os integrantes da escola positiva, procurando-se atingir uma efetiva prevenção especial dos crimes com a escola eclética.

Com os positivistas, surge, pois, um moderno utilitarismo.

"E é por essa razão que a pena, em vez de ser considerada apenas sob o aspecto da prevenção geral, como contragolpe ao impulso criminoso, passa a ser olhada pelo ângulo da prevenção especial: isto é, procura-se, através da pena, agir sobre o espírito do criminoso, de modo a educá-lo, melhorá-lo, redimi-lo." (38)

Essa moderna concepção de defesa social, voltada à prevenção especial dos crimes e ao tratamento do criminoso, surgida no século XX, em continuação à defesa da sociedade, propugnada pelo positivismo e pela escola eclética, vai desembocar na 'Nova Defesa Social', teoria formulada por ANCEL, que pretende se afastar das concepções até então tidas pela defesa social, acerca do crime e do criminoso.

ANCEL, portanto, envida esforços no sentido de assumir uma posição de destaque para sua "nova defesa social", ao procurar se pará-la de outros conceitos até o momento erigidos. Sem conceituar e sem pretender fundar uma nova escola penal, nem por isso, deixa ANCEL de ressaltar a sua doutrina como o caminho, que deve ser percorrido para que se atinja a efetiva humanização da pena e afaste-se do retribucionismo.

"É preciso, contudo, deixar bem claro que a ação de defesa social doravante não mais se exerce com vistas a uma retribuição simbólica ou na esperança de atingir de forma mais ou menos dire-

ta uma justiça penal absoluta; o problema está em reagir contra o crime como fato humano individual e como fenômeno social. Essa reação se inspira então em idéias a que fomos levados a denominar de proteção, em oposição às idéias de repressão que dominaram no transcorrer de toda a história do direito penal anterior." (39)

Mas, em que pese o esforço de ANCEL no sentido de pretender construir a pena com a finalidade ressocializante, terapêutica, corretiva, reintegradora, educativa, recuperadora, não rompe totalmente com a tese retribucionista, pois mantém íntegro o princípio da legalidade, conforme ele próprio o confessa.

"A nova defesa social pretende, neste ponto, manter claramente as posições clássicas: a legalidade da infração é um bem muito precioso para que um sistema, que se diz de proteção, aceite a ela renunciar." (40)

"não rejeita nem o direito penal, nem a legalidade, que ela não pretende suprimir, nem a responsabilidade, nem a sanção moral e social..." (41)

ANCEL, ressalta ainda:

"É importante portanto construir a pena reeducativa em si; é necessário que ela deixe de ser esse puro 'símbolo psicológico' enfatizado por Hugh Klare em relação à opinião pública; mas é necessário também que sua função de ressocialização seja tida como essencial, e distinta do simples efeito educativo secundário da pena retributiva neoclássica. Em vão sustentaram-se que ela é, dentro desta perspectiva de retribuição, o corolário da responsabilidade. É precisamente pelo fato de ser ela inseparável da verdadeira responsabilidade, portanto do sentimento real de responsabilidade, que a 'pena de defesa social' - se nos é lícito usar a expressão - deve também se situar, e por excelência, sob a perspectiva da reinserção social. O único castigo que ela pode ou deve comportar - e esse castigo é já considerável para o homem moderno - consiste num cerceamento imposto: cerceamento da liberdade (e esse cerceamento não comportará qualquer outro elemento aflitivo ou vexatório), privação de meios pecuniários (e a multa será escalonada para não reduzir o condenado à miséria, não conduzi-lo à revolta ou aos expedientes excusos), privação de direitos (que não mais deverá ser cega, impedindo o retorno a um comportamento social normal) e privação de certas atividades ou de certas facilidades que, se

situando no limite entre a medida e a pena, deve rá 'enquadrar' e facilitar o retorno à normalidade." (42)

Das idéias espostas por ANCEL sobre a pena, depreendemos que no fundo não afasta de todo a tese retribucionista do castigo, pois, embora busque uma efetiva prevenção especial de recuperação do delinqüente, pelo que vemos do seu eloqüente esforço retórico, ainda conserva os ressaibos do classissismo retribucionista, não deixando a pena de consistir numa expiação pela falta cometida, num castigo infligido pela violação da ordem jurídica.

Portanto, apesar do que se diga ou se faça, não se consegue afastar o ranço retribucionista do castigo.

Para conciliar as teses retributivistas e utilitaristas, que polarizam as discussões sobre os fundamentos e os fins do castigo, justificando, respectivamente, a pena nas idéias de retribuição e defesa, surgiu a teoria eclética, passando o castigo a assumir a função repressiva, que lhe é inerente, juntamente com a função preventiva de caráter especial e geral.

Agora, o castigo já não mais é endereçado com vistas tão somente ao passado ou ao futuro, mas ao passado e ao futuro simultaneamente. Já não mais prevalece a máxima, pune-se porque pecou, nem se mantém exclusivamente a máxima, pune-se para que não peque. Há, isto sim, uma fusão de ambas. O axioma predominante é 'punitur quia peccatum est et ne peccetur', ou seja, pune-se por que pecou e pune-se para que não peque.

Este adágio constitui, em nosso entendimento, a tese central da teoria mista ou eclética, edificada sobre a pena.

"As teorias mistas procuram conjugar as duas posições antagônicas, vendo na pena retribuição, expiação do crime, a que conduz a preocupação da justiça - *malum propter malum*, - mas fa-

zendo concorrer com essa exigência, na sua fundamentação, a do interesse da segurança social. A pena como retribuição e como prevenção. A idéia do justo e a idéia do útil vêm juntar-se no mesmo plano para a justificação da medida punitiva" (43)

Encontramo-nos diante de dupla finalidade do castigo: de um lado, a pena-retributiva e de outro, a pena-defesa. Mas, como compatibilizar a pena-repressão e a pena-prevenção; a pena-expição e a pena-recuperação. É forçoso observarmos que, defesa e retribuição são expressões e doutrinas que perseguem objetivos antagônicos.

"Entre defesa, por um lado, e retribuição, por outro, há um abismo lógico, ontológico, moral e político. Os cultores da linha 'nova defesa social', não estão, por certo, em posições retributivas. Ao contrário, segundo a sua própria confissão, a nova defesa social supõe, em primeiro lugar, uma concepção geral do direito penal, que visa, não a punir a culpa e a sancionar, por meio de um castigo, a violação consciente de uma regra legal, mas proteger a sociedade contra os empreendimentos 'delituosos'. E não há dúvida - a este respeito - que a defesa social - diz MARC ANCEL - se recorda da revolta positivista contra o direito penal clássico." (44)

Não há como conjugar a defesa social e a retribuição, como justificativas do castigo. Tal pretensão somente ocorre por comodidade de adeptos do ecletismo que, não tendo como eliminar a idéia retributiva da pena, resgatam-na e a colocam ao lado da defesa social, procurando mitigar o seu rigor.

"Se acentuamos a necessidade da defesa social (ainda que 'nova'), é fatal que resulta enfraquecido o princípio retributivo, porque tudo é orientado para a necessidade da defesa do corpo social por um lado (mesmo que essa defesa não seja entendida em termos mecanicístico-naturalísticos, mas antes é adormecida por considerações ético-espiritualistas) e para a reeducação ou recuperação social do condenado, entendida em termos de readaptação social." (45)

Não temos como fugir do castigo expiatório de que a pena es

tã impregnada. Todos os esforços legislativos e doutrinários, desenvolvidos através do tempo, no sentido de emprestar à punição um caráter efetivo de defesa social, voltado à prevenção especial do crime e do indivíduo, restaram impotentes, pois a roupagem reeducativa e ressocializante que cobre o castigo hodiernamente, não consegue esconder as vestes antigas da expiação, da repressão, da retribuição.

A marca de origem da penalidade, como obra de vingança, ainda não foi erradicada, em que pese o processo de naturalização atravessado por ela e, no qual se intenta imergi-la através do discurso retórico, habilmente manipulado pelos teóricos, que nos infundem idéias de castigo corretivo, educativo, regenerador, fazendo-nos crer no mito da reeducação, da ressocialização.

Este esforço experimentado pelo castigo, no sentido de buscar um caráter marcadamente de defesa social, retratado na luta retribucionismo "versus" utilitarismo, podemos constatar-lo, já no confronto entre os adeptos da escola clássica e da escola positiva, estudadas no capítulo anterior.

Todas as tentativas empreendidas para "humanizar" a pena, só estão a realçar ainda mais o seu caráter retributivo. O escopo defensivo assumido pelo castigo, a partir da escola positiva, não teve o condão de suplantar o caráter retributivo do direito de punir. A "nova defesa social", por mais que pretenda se colocar em oposição ao retribucionismo do castigo, nada mais faz do que deixar em surdina, este.

Mas, hoje, encontramos-nos adstritos ao paradoxo da conciliação das teses retributivistas às teses utilitaristas, as quais nos dão uma justificativa para o castigo, respectivamente, em termos de justa retribuição e expiação do crime e prevenção, sobre-

modo a prevenção especial.

Portanto, estamos frente a uma teoria mista do castigo, que não trouxe solução nova para o fundamento e a finalidade da pena, além das já conhecidas, nas teorias retributivistas e utilitaristas.

Talvez, para uma melhor compreensão da estratégia adotada pelas teses retribucionistas e utilitaristas do castigo e, para dar uma idéia da dificuldade de encontrar fundamentos e finalidades efetivas para a pena, buscando apontar o porquê da falta de solução de uma resposta satisfatória, convém reproduzirmos o seguinte fragmento histórico:

"Tucídides pone en boca de Cleón y de Diodotus, lo esencial de las tesis retribucionistas y utilitaristas.

"Cleón, el más violento hombre de Atenas, y por entonces el más poderoso entre los comunes, reclama la muerte de los mitilenios y les niega toda merced, porque, afirma, su ofensa no fue involuntaria sino deliberada y con malicia: 'Digo que si seguís mi consejo haréis con los mitilenios lo que es justo y al mismo tiempo oportuno. .. Puesto que si ellos fueron justos al rebelarse vosotros debéis ser injustos al gobernar. Sin embargo, si justos o injustos, os determináis a gobernar, debéis llevar hasta el fin vuestros principios y castigar a los mitilenios tal como lo requiere vuestro interés'. Y agrega, casi al finalizar su discurso: 'castigadlos como lo merecen y enseñad a otros aliados con un vívido ejemplo de que la pena de la rebelión es la muerte'.

"Después de él tomó la palabra Diodotus, hijo de Eucrates, que en la asamblea previa se había opuesto a la muerte de los sublevados, e luego de formular una aguda crítica contra el tono amenazante de la oratoria de Cleón, manifiesta de este modo sus razones: '... por cierto, el problema ante nosotros, hombres sensatos, nos es el de su culpabilidad, sino el de nuestro interés. Por más que yo los considere culpables no voy a aconsejar su muerte a menos que sea oportuna; ni a pesar de que reclamen indulgencia, habré de recomendarla a menos que sea claramente para el bien del país. Considero que estamos deliberando más para el futuro que para el presente y donde Cleón ve tan positivo como los útiles efectos de la disuasión que seguirá de considerarse la rebe

lión susceptible de pena capital, yo que considero los intereses del futuro tanto com él, mantengo tan positivamente lo contrario. Y requiero de vosotros no rechazar mis útiles consideraciones por las suyas especiosas: su discurso puede tener la atracción de parecer el más justo en vuestra presente disposición contra Mitilene; pero no estamos en una corte de justicia, sino en una asamblea política, y el problema no es justicia sino como hacer a los mitilenios útiles para Atenas." (46)

Colhemos e reproduzimos esta extensa passagem, para pontificar o essencial dos argumentos retribucionistas e utilitaristas já estudados. Enquanto o retribucionismo, representado na figura de Cleón, justifica a pena a ser infligida aos mitilênios, em razões de justiça; o utilitarismo, encarnado por Diodotus, procura justificar o castigo em razões de utilidade. Cleón olha para o passado; enquanto Diodotus mira para o futuro.

Porém é interessante observar que tanto Cleón, quanto Diodotus, não adotam as teses retributivistas e utilitaristas, respectivamente, em sua forma pura, havendo, portanto, com ambos uma combinação das duas teses.

"Cleón luego de fundamentar lo esencial en razones de justicia y merecimientos, agrega: '... y enseñad a otros aliados con un vívido ejemplo de que la pena de rebelión es la muerte'. Con su agregado, Cleón hace una concesión, combina su tesis con la rival. A la justicia se suma el valor ejemplificador de la pena. Tampoco el discurso de Diodotus es químicamente puro. No descarta por completo la culpabilidad de los mitilenios y, por ende, las razones de justicia." (47)

Vemos, desta forma, a consistência e robustez dos argumentos utilizados retórica e persuasivamente, pelos adeptos de uma ou outra tese erigida sobre o castigo, na tentativa de justificar a pena, ora em razões de justiça, própria do retributivismo, ora em razões de utilidade, ligada ao utilitarismo.

Contudo, se apesar de todos os movimentos efetuados, no sen

tido da defesa social, na busca de uma utilidade para o castigo, na procura da correção e regeneração da prevenção do delinqüente, continuamos arraigados ao princípio retributivo da pena, do punir por punir, não nos libertando da expiação do passado, é de nos indagarmos: Quem pune? Quem detém a legitimidade para punir? Quem tem o poder de punir?

Essas são interrogações com as quais nos ocuparemos no próximo capítulo e às quais pretendemos dar respostas satisfatórias.

NOTAS

- (1) MAXWELL, J. O crime e a sociedade. Lisboa, Alves, Francisco Alves, s.d. p. 301.
- (2) PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983. p. 178.
- (3) KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. 2. ed. Coimbra, Armênio Amado, 1979. p 41.
- (4) LEGENDRE, Pierre et alii. El discurso jurídico. Buenos Aires, Hachette, 1982. p 195.
- (5) BRUNO, Anibal. Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967. Tomo 3. p. 32-3.
- (6) O termo imperativo categórico é utilizado aqui significando aquele imperativo que ordena uma ação que é boa em si mesma, isto é, que é por si mesma objetivamente necessária.
- (7) LEGENDRE, op. cit. p. 197.
- (8) PIMENTEL, op. cit. p. 179.
- (9) KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. 4. ed. Coimbra, Armênio Amado, 1979. p. 11.
- (10) BRUNO, op. cit. p. 39.
- (11) Ibidem. p. 40-1.
- (12) Ibidem. p. 34.
- (13) Ibidem. p. 45.
- (14) Ibidem. p. 48.
- (15) BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In: OS PENSADORES. 2 ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979. p. 3.
- (16) Ibidem. p. 4.
- (17) Ibidem. p. 4.
- (18) Ibidem. p. 5.

- (19) Ibidem. p. 59.
- (20) Ibidem. p. 59.
- (21) LEGENDRE, op. cit. p. 171.
- (22) Ibidem. p. 171.
- (23) BENTHAM, op. cit. p. 60-1.
- (24) Ibidem. p. 61.
- (25) Ibidem. p. 62.
- (26) Ibidem. p. 62.
- (27) Ibidem. p. 62.
- (28) Ibidem. p. 62.
- (29) FARREL, Martin Diego. Utilitarismo, etica y politica. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983. p. 299.
- (30) Ibidem. p. 299-300.
- (31) Ibidem. p. 304.
- (32) BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo, Hemus, 1974. p. 16.
- (33) Ibidem. p. 42.
- (34) Ibidem. p. 43.
- (35) Ibidem. p. 43.
- (36) Ibidem. p. 61.
- (37) Ibidem. p. 92.
- (38) BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. Coimbra, Coimbra Editora, 1967. p. 58-9.
- (39) ANCEL, Marc. A nova defesa social. Rio de Janeiro, Forense, 1979. p. 310.
- (40) Ibidem. p. 313.
- (41) Ibidem. p. 313.
- (42) Ibidem. p. 358.
- (43) BRUNO, op. cit. p. 35.
- (44) BETTIOL, op. cit. p. 252-3.
- (45) Ibidem. p. 251.
- (46) LEGENDRE, op. cit. p. 189-90.
- (47) Ibidem. p. 191-2.

III - LEGITIMIDADE DO PODER DE PUNIR

A abordagem realizada sobre as principais teses, erigidas sobre os fundamentos e fins do castigo, revelou-nos que a pena, através do tempo, não conseguiu libertar-se da marca do retribucionismo, apesar de tudo que se disse ou se fez até agora.

As discussões havidas em torno do castigo-retribuição e da pena-defesa, mostraram a sua inconciliabilidade, pois ambas perseguem objetivos e finalidades antagônicos.

O retribucionismo, conforme vimos, procura fundamentar o castigo no exclusivo critério de justiça, não colimando propriamente uma finalidade. O utilitarismo, pelo já visto, busca a razão de ser da pena, na idéia do útil, atentando, num primeiro momento, para o fim da prevenção geral da sociedade e, posteriormente, para a finalidade da prevenção especial do delinqüente.

Se o castigo encontrou justificativas outras, arrimado em fins utilitaristas de defesa da sociedade e do indivíduo, nem por isso deixou de consistir numa expiação do passado. Inobstante o castigo não residir mais no "castigar por castigar", perseguindo outros desideratos, não é neste deslocamento de finalidade que foi suprimido o ranço do retributivismo, pois tudo o que podemos dizer é que hoje, pune-se melhor, castiga-se com mais consciência.

Mas, se a existência da pena tem sido uma constante em to-

das as sociedades, desde a origem do direito dos povos, constituindo-se numa necessidade inevitável, imposta aos violadores da ordem social estabelecida, nos perguntamos:

Quem detém a legitimidade do poder de punir? ou seja,

Onde se encontra a legitimidade do poder de castigar?

Esta é a indagação que nos propusemos a responder, no presente capítulo.

Sabemos que a pena, problema complexo e inextricável, aparece com a própria humanidade, tão antiga e remotíssima que é a sua origem.

"A origem da pena, todos estão de acordo, é remotíssima, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto a humanidade, considerando-se que todos os grupos de homens, mesmo os mais informais, seguiram certas normas no que tange à convivência entre seus membros." (1)

Portanto, procurar encontrar a legitimidade do poder de punir é incursionarmos por uma análise política e filosófica da pena.

Antes, porém, de nos lançarmos a tal empreendimento, convém explicitar o que entendemos pela expressão "legitimidade do poder de punir".

Para nós, a legitimidade é sinônimo de justiça, tomando-se, pois, aquele signo no sentido genérico. Já, a palavra poder, a empregamos no seu significado específico, de poder social, quer dizer, na relação com a vida social, do poder do homem sobre o outro homem. O termo punir, é utilizado na mesma acepção de castigar, expiar, enfim, infligir o castigo.

Reunindo então, a expressão decomposta, podemos dizer que legitimidade do poder de punir, consiste na justiça social do castigo. Reformulando a questão anteriormente colocada, a qual cons-

titui objeto de nossa preocupação, podemos articulá-la da seguinte maneira: Quem detém o poder de justificar a falta cometida?

Entendemos que o poder legítimo de punir, pode ser identificado a partir de uma análise da visão contratualista de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, pois estes filósofos analisaram, em nosso modo de pensar, de forma competente, o problema lançado e para o qual buscamos solução.

Passemos, pois, a tratar da visão contratualista, questão central na tríade dos pensadores referidos, embora concebida em cada um deles de maneira diferente, conforme veremos, a fim de que possamos identificar onde se encontra a legitimidade do poder de punir.

HOBBS supõe um estado de natureza em que os homens vivem sem um poder comum, capaz de assegurar-lhes a paz, um estado de guerra civil permanente, desencadeado por pessoas que julgam saber mais que as outras e que tentam conquistar o poder para si.

"... durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens." (2)

Os homens vivem, então, naquela condição natural em que predomina o direito da força, a lei do mais forte, do mais esperto, do mais astuto. Portanto, vivem em permanente conflito, num estado de intranquilidade, de insegurança duradoura, num estado de anomia, em que as noções de justiça e injustiça, de bem e de mal, de dor e de prazer, não encontram lugar.

"Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça." (3)

Daí que, de nada adiantaria as pessoas, em tal estado de natureza, estabelecerem um pacto social, para que pudessem conviver socialmente, submetendo as suas vontades reciprocamente, pois o estado béligero em que viviam, dada a ausência de um poder comum, não lhes assegurava o cumprimento do referido pacto. Urgia, portanto, que se estabelecesse um poder comum, o qual viesse recair num só homem ou numa assembléia de homens, escolhidos pelos demais membros da sociedade, que por sua vez submeteriam a sua vontade àquele poder comum, renunciando, destarte, aos direitos e a sua liberdade.

"Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo." (4)

É com a escolha deste poder comum, por parte dos demais integrantes do grupo social, a fim de que adquirirem a paz e a segurança desejadas, que os homens abdicam do estado de natureza e inserem no estado político. Essa passagem do estado natural ao estado político, acarreta o surgimento da entidade chamada Estado. O Estado se institucionaliza, quando cada um diz a cada um:

"Cedo e transiro o meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações." (5)

"Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concordam e pactuam, cada um com cada um dos outros, que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu representante), todos sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens." (6)

Portanto, o pacto, o acordo, o contrato firmado entre os homens, atribuindo a um poder comum o direito de representá-los é o que enseja a inauguração do Estado, na visão Hobbeseana. Institui-se, assim, uma instância autônoma, deixando cada um de confiar em sua própria força, como forma de segurança contra os demais. Abdica o homem do estado de natureza, em que as leis da justiça e equidade são impotentes para aplacar a índole vingativa, hedionda, cruel, de que se ressentia cada qual em tal estado, passando a incursionar no estado político, em que as leis da justiça e equidade são melhor dirigidas e orientadas, onde a vingança e a crueldade passam a ser mais sofisticadas, e direcionadas.

"Porque as leis de natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros". (7)

É interessante observarmos que os homens são levados a instituir o Estado, tendo em vista o fundado medo de mútua destruição, padecentes no estado natural. Não fora, pois, este receio, este temor permanente experimentado no estado de anomia, o homem não deixaria o seu direito e a sua liberdade confiada a outrem. O Estado surge, como obra necessária a arbitrar os conflitos.

"O homem é, por natureza - isto é, por instinto e desejo - um ser egoísta. Sua razão o leva a aceitar o controle do Estado e a vida em sociedade como males necessários para evitar ou-

tros maiores. E estes têm seu fulcro no medo. A única função do Estado, por conseguinte, é proporcionar segurança, mantendo a paz." (8)

Vemos, assim, que é somente com a instauração de um poder comum suficientemente forte, com a inauguração de um poder capaz de infundir temor a todos, que o homem deixa de subjugar-se reciprocamente, passando a viver numa nova sociedade, chamada sociedade política, em que o Estado está presente como garantia da segurança, da paz e da liberdade de cada um. Ao Estado, cabe, então, nesta novel sociedade, a missão de fazer cumprir e respeitar os pactos, constantemente quebrados no estado anterior.

"Os homens, por sua natureza, não seriam propensos a criarem um Estado que limitasse sua liberdade; eles estabelecem as restrições em que vivem dentro do Estado, segundo Hobbes, com a finalidade de obter dessa forma sua própria conservação e uma vida mais confortável. Isto é, para saírem da miserável condição de guerra permanente que é a consequência necessária das paixões naturais." (9)

Como dissemos, a instituição do Estado implicou certas limitações na liberdade de cada um. Convém, no entanto, enfatizarmos que nestas restrições sofridas pelo homem, não está incluído o direito próprio de defesa, ou seja, o legítimo direito que tem cada um em se defender das agressões a ele voltadas. A renúncia da liberdade havida, foi no sentido de proporcionar defesa aos demais integrantes da comunidade. "Ao fundar um Estado, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de defender-se a si mesmo." (10)

O direito legítimo de defesa ficou, então, nas mãos da cada membro da coletividade, o qual se conservou como uma forma de reação às ofensas a cada um dirigidas, a fim de manter intangível a sua liberdade.

Ora, a legítima defesa reconhecida em todas as legislações,

constitui uma demonstração inequívoca de que o poder dos indivíduos em defenderem a si próprios não foi confiado ao Estado. "Além disso, cada um se obriga a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não na sua própria." (11)

A não alienação do poder de defesa legítima ao Estado, acrescida da obrigação de cada um em ajudar o ente político surgido, na punição dos outros, está a evidenciar que a transmutação do estado de natureza para o estado político não operou a transferência da legitimidade do poder de punir, conservada nas mãos de cada integrante da sociedade.

Portanto, o poder de justificar a falta sofrida, através da infligência da pena ao transgressor, reside em cada um de nós, ou seja, na sociedade, onde sempre esteve. Podemos então dizer que no pacto social firmado entre os indivíduos e cada um de nós, ninguém abdicou do poder de defesa à sua própria integridade. Outros sim, comprometeu-se, cada um, pelo pacto firmado, a ajudar o Estado a punir os outros integrantes da sociedade.

Vemos, assim, que a legitimidade do poder de punir se encontra onde sempre esteve, isto é, em cada integrante do corpo social, pois antes e após o advento do Estado, divisor de águas entre um estado natural e um estado político, imaginado por Hobbes, cada um sempre conservou o direito de repelir os ataques sofridos, rechaçar as punições a si dirigidas, reagir aos castigos infligidos, o que implica o poder de defesa legítima.

Assim, a legitimidade do poder de punir está intimamente ligada ao próprio direito de conservação da integridade de cada um.

O Estado, criado para arbitrar os conflitos sociais, assumiu a função de exercer legalmente o direito de punir, sendo o detentor da legalidade do direito de punir, direito este ineren-

te ao próprio Estado, que não tem seu fundamento ligado a qualquer delegação das pessoas subscritoras do pacto social e que não se confunde com a legitimidade do poder de punir, pertencente à sociedade.

"Fica assim manifesto que o direito de punir que pertence ao Estado (isto é, àquele ou àqueles que o representam) não tem seu fundamento em qualquer concessão ou dádiva dos súditos."(12)

Urge, pois, não confundir o poder legítimo de punir, com o direito de punir. O primeiro, consiste na legitimidade existente em cada um de nós de justificar o ataque sofrido; enquanto que o segundo, é inerente ao próprio Estado, formando o que se denomina de 'jus puniendi' do Estado.

"Porque não foram os súditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente, ao renunciarem ao seu, reforçaram o uso que ele pode fazer do se próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles. De modo que ele não lhe foi dado, foi-lhe deixado, e apenas a ele; e tão completo (com exceção dos limites estabelecidos pela lei natural) como na condição de simples natureza, ou de guerra de cada um contra seu próximo." (13)

Tem-se, então, que o direito de punir do Estado é um atributo pertencente a ele, o qual é utilizado com vistas a segurança de todos; enquanto o poder legítimo de punir reside na sociedade, não tendo sido renunciado ao firmar-se o pacto social. Esta é, portanto, a visão contratualista de Hobbes, da qual depreendemos que cada pessoa do grupo social conserva, imanente, o poder legítimo de infligir a pena.

A exemplo do estudo efetuado em Hobbes, passaremos agora a fazer a leitura da visão contratualista em Locke, procurando detectar onde se encontra a legitimidade do poder de punir.

Para Locke, o homem no estado natural, nasce livre e racional. Todos os homens nascem iguais. Mas, em que pese a liberdade

e igualdade reinantes, estas estão constantemente ameaçadas, tendo em vista a exposição do homem a determinados inconvenientes, tais como a inclinação para o benefício próprio ou de pessoas a ele ligadas. O homem abandona este estado de natureza e constitui a sociedade política, através de um contrato celebrado entre governantes e governados, exatamente para impedir a materialização das ameaças a que está submetido constantemente no estado natural.

É forçoso enfatizarmos, que é através do consentimento dos homens, viventes no estado natural, concretizado no pacto social, que se inaugura a sociedade política. Porém, cumpre observarmos, que pelo consentimento outorgado por todos os homens, não decorre a renúncia dos seus direitos naturais em favor dos governantes, como acreditava Hobbes, mas apenas delegam o ato de executar cada um por suas próprias mãos as leis naturais, abrindo caminho para a elaboração do contrato social, o qual representa os indivíduos reunidos coletivamente, na imposição das leis naturais.

Como vemos, existe significativa semelhança entre a visão contratualista Hobbeseana e a questão contratual em Locke. Este também nos fala de um estado de guerra, como um estado de inimizade e destruição em que vivem os homens. "O estado de guerra é um estado de inimizade e destruição." (14) Entretanto, cumpre anotarmos, que o estado de guerra, na visão de Locke, assume conotação diversa da concebida por Hobbes, pois para Locke, o homem encontra-se em estado de guerra, tanto no estado natural, quanto na sociedade política, ou seja, tanto os homens que não estão subordinados a outras leis a não ser às da violência e da força, próprias do estado natural, bem como os homens que, no estado de sociedade, violentassem a liberdade de outros homens.

"Aquele que, no estado de natureza, arrebatou a liberdade que cabe a qualquer um nesse estado, deve necessariamente supor-se alimentar o desígnio de arrebatou tudo mais porquanto essa liberdade é o fundamento de todo o resto; como aquele que, no estado de sociedade, arrebatasse a liberdade que pertence aos membros dessa sociedade ou comunidade, deve supor-se ter o desígnio de arrebatou tudo deles, tendo de considerar-se, portanto, como em estado de guerra." (15)

Locke, ao não confundir o estado natural com o estado de guerra, à maneira de Hobbes, mas sim ao identificar este estado de beligerância tanto no estado de natureza, quanto no estado político, está a reconhecer neste direito de cada um declarar guerra ao outro, a legitimidade do poder de punir que as pessoas conservam.

"Quando os homens vivem juntos conforme a razão, sem um superior comum na Terra que possua autoridade para julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum sobre a Terra para quem apelar, constitui o estado de guerra; e é a falta de tal apelo que dá ao homem o direito de guerra mesmo contra um agressor, embora esteja em sociedade e seja igualmente súdito." (16)

O estado de guerra consiste então, no arrebatamento da liberdade do homem e tanto pode se verificar no estado de natureza, quanto no estado de sociedade, eis que a preservação de cada um constitui o fundamento do estado natural ou político.

"Estas considerações tornam legítimo matar um ladrão que não nos fez mal nem manifestou qualquer desígnio contra a nossa vida mais do que, pelo emprego da força, apoderar-se de nós de sorte a arrebatou-nos dinheiro ou o que mais lhe convier; porque, fazendo uso da força quando não tem o direito de se apoderar de nós, seja qual for a pretensão que o anima, não temos motivo para supor que aquele que nos tira a liberdade não nos arrebatasse tudo o mais, logo que nos tivesse em seu poder. Portanto, é-nos legítimo tratá-lo como quem se colocou em estado de guerra contra nós, isto é, matá-lo se pudermos, porquanto a tanto se arrisca ele ao introduzir um estado de guerra no qual figura como agressor." (17)

Mas a diferença entre o estado de natureza e o estado político, segundo a concepção de Locke, pode ser ainda colocada nos seguintes termos: estado de natureza é o estado de guerra, caracterizado pela ausência de um poder comum para apreciar os conflitos e fazer respeitar a liberdade de cada um. Portanto, inexistente o Estado-juiz, poder suficientemente forte para julgar os litígios havidos no grupo social; o estado político, ao contrário, é notabilizado pela presença de um poder comum suficientemente forte, capaz de fazer respeitar o pacto social, uma vez que presente o Estado-juiz.

"A falta de juiz comum com autoridade coloca todos os homens em um estado de natureza; a força sem o direito sobre a pessoa de um homem provoca um estado de guerra não só quando há como quando não há juiz comum." (18)

"Assim a um ladrão, a quem não posso fazer mal senão apelando para a lei por ter-me roubado tudo quanto possuo, posso matar quando me ataca para roubar-me tão-só o cavalo ou o casaco; porque a lei, feita para minha preservação, quando não pode interpor-se para garantir-me a vida contra a força atual, vida que, se perdida, não é suscetível de reparação, permite-me a defesa própria e o direito de guerra, a liberdade de matar o agressor, visto como esta não dá tempo para que apele ao juiz comum, nem à decisão da lei, para remediar em um caso em que o mal seja irreparável." (19)

Mais uma vez verificamos a consagração do direito à legítima defesa inerente a cada um, que ao lado do direito de guerra, estado este em contradição sempre que recair sobre alguém a força sem o direito, portanto quando a pessoa se encontrar em estado de guerra, o que bem demonstra que a legitimidade do poder de punir, reside indiscutível e indisputavelmente em cada membro do grupo social, que não abdicou do direito de declarar guerra, nem de defender a sua integridade física, quando a sua segurança está constantemente ameaçada, mesmo tendo deixado o estado de natureza e adentrado no estado político.

Atentemos, ainda, que a legitimidade em punir as ofensas sofridas, não poderia deixar de se encontrar senão no próprio homem, pois este é o alvo da agressão tanto na sociedade natural, quanto na sociedade política. Ademais, se a vida é um bem indisponível, que deve ser preservada, motivo pelo qual os homens deixam o estado natural de temores permanentes e através de um pacto instituem o estado político, instituindo, assim, o Estado-juiz, não se concebe, nem se compadece, que pelo consentimento, cada um dispusesse da própria vida, em favor de um soberano com poderes a arrebatá-la.

"Porque o homem, não possuindo o poder da própria vida, não está em condições, por pacto ou por consentimento próprio, de escravizar-se a qualquer outro, nem pôr-se sob o poder arbitrário absoluto de outrem, que lhe arrebate a vida a seu bel-prazer. Ninguém pode dar mais poder do que possui; e quem não pode tirar de si a própria vida não pode conceder a outrem qualquer poder sobre ela." (20)

Daí que o poder de punir não pertence ao Estado-juiz e nem tampouco foi a ele confiado, porquanto não é crível, nem admissível que cada um tenha autorizado a autoridade estatal de dispor de sua vida, ou seja, dispor do indisponível, máxime quando não é admitido sequer, que cada um tente contra a sua própria integridade.

Podemos dizer de forma categórica que: no estado natural, assiste a cada um o poder de julgar e castigar as ofensas que lhe são irrogadas, no intuito de preservação da própria vida. Tal poder de punir é desencadeado, consoante a gravidade da falta sofrida, apurada esta através de critérios puramente arbitrários, vez que varia de acordo com o sentir e o grau de reprovação infundidos a cada um; no estado político, presente o Estado, o poder legítimo de punir conserva-se nas mãos de cada integrante do corpo social, conforme vimos através do poder legítimo de defesa, aliado ao poder de declarar guerra a todos, sempre que se está diante

do direito iminente da força, ou houver obstáculos a que se recorra ao direito estatal.

"E por essa maneira a comunidade consegue, por meio de um poder julgador, estabelecer que castigo cabe às várias transgressões quando cometidas entre os membros dessa sociedade - que é o poder de fazer leis -, bem como possui o poder de castigar qualquer dano praticado contra qualquer dos membros por alguém que não pertence a ela - que é o poder de guerra e de paz -, e tudo isso para preservação da propriedade de todos os membros dessa sociedade, tanto quanto possível. Todavia, embora todo homem que tenha entrado para uma sociedade civil, tornando-se membro de qualquer comunidade, tenha por isso abandonado o poder de castigar ofensas contra a lei de natureza reza no exercício do seu próprio julgamento particular, foi dado direito à comunidade, para o julgamento das ofensas que ele abandonou ao poder legislativo em todos os casos em que possa apelar para o magistrado, de empregar a força dele para a execução dos julgamentos da comunidade, sempre que ele assim o exija; o que, na realidade, importa no seu próprio julgamento, eis que ele mesmo ou o seu representante o faz." (21)

Para Locke, o poder de julgar e castigar as agressões sofridas, que no estado natural é confiado a cada um, no estado político, é passado a todos os integrantes da sociedade, na medida em que cada um autoriza e ajuda na reprovação social desencadeada pelo Estado, representante da sociedade.

Cumpra observarmos que, segundo os pensadores Hobbes e Locke "o indivíduo existiu antes da sociedade humana e esta nasceria pelo contrato entre indivíduos preexistentes." (22) Ora, não pactuamos com tal entendimento, porquanto só concebemos o homem enquanto ser social, vivendo em sociedade com os demais homens. Daí que, para nós, a legitimidade do poder de punir sempre se conservou na sociedade, seja ela natural ou política, pois o poder de punir, de vingar a ofensa sofrida, assiste a cada integrante do corpo social, o que equivale a toda sociedade.

O que convém não confundirmos é a legitimidade do poder so-

cial de infligir o castigo com o seu exercício, ou seja, com o exercício legal do direito de punir. Este, sim, pertence ao Estado e é exercitado buscando a sua legitimação, na medida em que conta com a adesão da sociedade na inflicção do castigo, uma vez que esta é de natureza vingativa. Portanto, o poder legítimo de castigar não é passado ao Estado e, sim, o seu exercício legal, quando da organização da sociedade política.

É importante estudarmos agora, da mesma maneira que procedemos com os filósofos precedentes, a visão contratualista de Rousseau, procurando descortinar a legitimidade do poder de punir, a qual pensamos estar contida nos ensinamentos do aludido filósofo.

Rousseau, à semelhança de Hobbes e Locke, também imagina os homens naquele estado em que cada ser humano é impotente para enfrentar os obstáculos que tal estado lhes oferece. Neste estado de natureza, para enfrentarem as dificuldades que se apresentam, não lhes resta outra alternativa a não ser a de conjugarem esforços, agregando-se.

Diz Rousseau:

"Imagino os homens naquele momento em que os obstáculos que a natureza lhes levanta à sua sobrevivência, levam a melhor em relação à força que cada homem pode empregar, para se manter no seu primitivo estado.

"Como os homens não podem criar novas forças, mas apenas unir e dirigir as que existem, não têm outro meio, para sobreviver, senão agregarem-se, unirem forças que possam derrubar os obstáculos, pô-las em jogo para um único objectivo, fazê-las actuar harmoniosamente." (23)

Como realizar esta soma de forças? Como encontrar uma forma de associação, em que cada um, ao unir-se a todos, só a si mesmo obedeça e continui tão livre como antes, a fim de que tenha sua pessoa e seus bens defendidos, protegidos de toda a força comum? Este é o problema lançado por Rousseau, no Contrato Social.

A união de esforços reclamada para a superação dos problemas que se apresentam no estado natural, é obtida a partir de um pacto social, firmado com base no 'contrato social', em que todos os membros da comunidade desfrutam igualmente dos mesmos direitos.

"As cláusulas deste contrato estão de tal modo determinadas, que a menor modificação as tornaria vãs e nulas. Embora nunca fossem formalmente enunciadas, por toda a parte são as mesmas, por toda a parte são tácitamente admitidas e reconhecidas, até ao momento em que, ao violar-se o pacto social, cada um volte aos primitivos direitos e retome a liberdade natural a que renunciou em benefício de uma liberdade convencional." (24)

As cláusulas do contrato social imaginado por Rousseau e não formalmente expressas, podem ser resumidas em apenas uma, qual seja:

"a alienação total à comunidade de cada um dos seus associados, pois dando-se cada um inteiramente, para todos a condição é igual, e sendo ela igual para todos ninguém está interessado em torná-la pesada aos outros." (25)

O homem, pelo pacto social, deixa a liberdade natural em benefício da liberdade contratual, passando, destarte, do estado de natureza ao estado civil, trocando a incerteza e a insegurança do estado anterior em que vivia, pela busca de segurança a ser proporcionada pelo Estado.

"Esta passagem do estado natural ao estado civil produz no homem uma transformação notável, ao substituir na sua conduta, o instinto pela justiça e ao dar às suas acções a moralidade que antes lhe faltava." (26)

Faz-se necessário ressaltarmos que, o pacto social é edificado com base num acordo firmado entre cada membro do grupo social e toda a sociedade, onde cada integrante do social conserva a sua vontade autônoma e não entre cada um e o soberano.

"Não é um acordo entre o superior e o inferior, mas um pacto entre o todo e cada um dos membros: pacto, legítimo, pois tem por base o contrato social; equitativo, por ser comum a todos; útil, porque só pode ter como finalidade o bem geral; e sólido, uma vez que tem por garantia a força pública e o poder supremo. Enquanto os súditos estiverem submetidos a estes pactos a nada mais obedecem do que à própria vontade: perguntar até onde chegam os direitos respectivos do soberano e dos cidadãos, é pretender saber até que ponto estes podem mutuamente obrigar-se, um por todos e todos por um." (27)

Verificamos assim, que através do contrato social o homem não renuncia a sua liberdade, não aliena a sua vida. Apenas troca o estado de incerteza e de insegurança de que se ressentia no estado natural, pela liberdade e segurança do estado convencional. "O tratado social tem como finalidade a conservação dos contratantes." (28)

Portanto, no contrato social, resta indubitável que os celebrantes não podem e não renunciaram a própria vida. Convém, portanto, assinalarmos que Rousseau, ao formular a seguinte indagação: "como podem os particulares que não têm o direito de dispor da própria vida, transmitir ao soberano este mesmo direito de que carecem?", (29) parece nos levar a admitir que pudesse o soberano dispor da vida de cada um, direito este negado a cada homem, o que no mínimo constituiria um paradoxo, eis que se nega a cada um dispor da própria vida e ao mesmo tempo estar-se-ia supostamente a autorizar o soberano a dispor do indisponível. Contudo, cabe-nos esclarecer que não é a alienação da vida que se coloca à disposição do soberano, mas sim, a garantia da vida, pois pelo pacto social, almeja-se a conservação dos pactuantes, conforme vimos.

"Quem pretende o fim, aceita os meios e estes meios podem separar-se dos riscos e até de algumas perdas.

"Quem quer conservar a sua vida, a expensas

dos outros, também a deve sacrificar por eles, quando assim for necessário. Porque o cidadão já não é juiz do perigo a que a lei pretende que ele se exponha; e quando o príncipe diz: 'Convém ao Estado que tu morras', ele deve morrer, pois foi dentro desta condição que ele até ali viveu em segurança e porque a sua vida não é um benefício da natureza, mas um dom condicionado pelo Estado." (30)

O Estado, guardião e defensor da vida e da liberdade de cada súdito, tem existência a partir do contrato social. E é somente através das leis que se efetuará a efetiva vontade de todos, porque a conservação da vontade de todos, da "vontade geral", da liberdade e do próprio Estado, está diretamente ligada ao acatamento e cumprimento das leis exigidas de cada um.

"Pelo pacto social, demos existência e vida à entidade política: trata-se agora pela legislação de lhe dar o movimento e a vontade. Porque o acto primitivo, pelo qual esta entidade se forma e se une, nada determina ainda quanto ao que se deve fazer para a conservar." (31)

Daí que, atacar a qualquer membro pertencente à entidade política constituída é atacar ao próprio Estado. E é para que a entidade política não pereça, que se autoriza a morte daquele que traiu e quebrou o pacto social, pelo seu não cumprimento.

"Por outro lado, todo o malfeitor, ao atacar o direito social, converte-se pelas más acções num rebelde e num traidor à pátria, deixa de ser seu membro ao violar as suas leis e ao fazer-lhe guerra. Desde então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; um deles tem de morrer e quando se condena à morte o culpado, é mais como inimigo do que como cidadão. O processo, o julgamento, são as provas de que rompeu o acto social e, conseqüentemente, de que já não é membro do Estado. E se como tal for reconhecido deve ser banido, pelo desterro, como infractor do pacto; ou pela morte, como inimigo público; porque tal inimigo não é uma pessoa moral, é um homem: e aplica-se então o direito de guerra que permite matar o vencido." (32)

Deduzimos conseqüentemente, que todo aquele que violar o pacto social, é passível de castigo, já que romperá o contrato so-

cial, tornando-se inimigo dos demais membros da sociedade. Daí que, qualquer um pode lançar mão dos meios disponíveis, para até mesmo ceifar a vida, se preciso for, daquele que declarou guerra contra todos, ao romper o acordo e tornar-se inimigo comum.

Vemos, assim, que Rousseau também fala do estado de guerra, como um estado de inimizade e destruição, a exemplo dos filósofos precedentes, já estudados.

Pelo pacto social, cada um confiou parte de sua liberdade ao Estado e, é esta entidade política que vai exercitar a punição sobre o transgressor do pacto, cuja legitimidade reside em cada celebrante do contrato social.

"Tal como a natureza concedeu ao homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, assim o pacto social transmite ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus." (33)

Para Rousseau, igualmente, o indivíduo precede a sociedade. Esta tem existência a partir da elaboração do contrato social.

Eis aí a visão teórica dos contratualistas, que nos falam de um pacto originário, em que os indivíduos se teriam mutuamente ou torgado compromissos de coexistência social, com a finalidade de fazer cessar o estado de guerra permanente, vivenciado no imaginado estado de natureza, que precede ao estado político. Para tan to, teriam eleito um árbitro que fizesse cumprir e respeitar o pacto por eles firmado.

Se tal estado de natureza existiu ou não, é tarefa que não nos cumpre examinar no presente momento. Para nós, o que cabe en fatizar é que a sociedade sempre existiu. Não concebemos, pois, que os homens tenham, historicamente, erigido a sociedade através de um pacto.

Por outro lado, entendemos que a sociedade se organiza poli

ticamente com o surgimento do Estado, cujo aparecimento se deu em momento incerto.

"Pero aunque la sociedad no provenga formalmente de un pacto entre individuos impulsados por sus necesidades y temores, con todo es el sentido de sus debilidades e imperfecciones el que los mantiene unidos y el que les demuestra la necesidad de esta unión; tal es, pues, el sólido fundamento natural y el aglutinante de la sociedad."

(34)

A sociedade funda-se então, no temor e nas necessidades dos indivíduos. E uma vez surgida a sociedade, o Estado redonda consequentemente necessário, a fim de que seja garantida aos indivíduos, a segurança reclamada, para fazer cessar o estado de medo permanente em que se encontram.

Esperamos ter deixado suficientemente claro que a sociedade existiu tanto no suposto estado de natureza, pensado pelos teóricos contratualistas, quanto no estado político, pois é nesta que reside a legitimidade de inculcação do castigo, sendo a fonte do poder de punir.

O estado de guerra permanente, que consiste na possibilidade da sociedade declarar guerra ao violador da norma social, existe portanto, na sociedade, quer os indivíduos se encontrem num pretense estado natural, caracterizado pela falta de um órgão comum capaz de manter a intangibilidade dos pactos, firmados em tal estado, quer os indivíduos se encontrem no estado político, notabilizado pela presença de um poder comum, voltado a assegurar a liberdade de cada um.

O mesmo se pode dizer com relação ao estado de legítima defesa, que autoriza o agredido a buscar a reparação do dano, através do esforço pessoal.

Temos, pois, que o permanente estado de guerra experimenta-

do pelos homens em sociedade, aliado ao legítimo poder de defesa, é expressão inequívoca de vingança social, base legítima do poder de punir.

Mas, embora a legitimidade do poder de punir se encontrar na sociedade, o seu exercício esteve sempre ligado às funções de um curandeiro, sacerdote ou rei, os quais, a nosso sentir, constituem formas embrionárias do Estado, hoje socialmente organizado. Portanto, de uma forma ou de outra, o Estado sempre esteve presente em todas as sociedades, vez que cada povo teve o seu tipo de entidade política.

"Sacerdotes e reis existem, embora em forma rudimentar, entre as sociedades mais primitivas conhecidas dos antropólogos. As vezes, uma mesma pessoa combina as funções de ambos. Isso ocorre não apenas entre selvagens, mas em Estados altamente civilizados. Augusto, em Roma, era Pontífice Máximo, e nas províncias era um deus. O califa era tanto chefe da religião maometana como do Estado. O micado, atualmente, tem posição semelhante no xitoísmo. Houve forte tendência a que os reis perdessem as suas funções seculares devido ao seu caráter sagrado, e por isso se converteram em sacerdotes. Contudo, na maioria dos tempos e lugares, a distinção entre sacerdotes e reis tem sido óbvia e definida.

"A mais primitiva forma de sacerdote é o curandeiro, cujos poderes são de duas espécies, que os antropólogos distinguem como religiosa e mágica. Os poderes religiosos dependem da ajuda de seres super-humanos, ao passo que os poderes mágicos são tidos como naturais. Para os nossos fins, contudo, não importa essa distinção. O que importa é a fama do curandeiro, por magia ou religião, de fazer o bem ou o mal a outras pessoas, com poderes que só ele possui. Julga-se que alguma magia esteja ao alcance do leigo, mas a do curandeiro é mais poderosa." (35)

Por aí vemos que toda sociedade sempre teve no chefe religioso, no rei ou no curandeiro, o seu representante, pelo que podemos fazer a distinção entre poder legítimo de punir da sociedade e exercício legal do poder de punir do Estado; entre legitimidade e legalidade.

A legitimidade do poder de punir só pode encontrar-se na so ciedade, pois é contra esta que são dirigidas as ofensas, é esta que tem os sentimentos ofendidos, causados pelo violador do pacto social.

Já o poder legal de punir reside no Estado e, por ele é desencadeado. O direito de punir ou 'jus puniendi', pertence ao Es tado, não tendo sido alienado por nenhum súdito.

Podemos dizer que, hoje, há um deslocamento da legitimidade do castigo para a legalidade da pena, passando o Estado, com esta mudança, a assumir o lugar da sociedade, na medida em que representa e se acha representado por cada um de nós.

Ora, tal transmutação faz com que a legitimidade do poder de punir, cuja fonte é a sociedade, seja escamoteada pelo direito de punir do Estado. O Estado procura então, legitimar o poder de punir através do exercício legal do direito de punir, ou seja, através do 'jus puniendi'.

O Estado passa, pois, a ofuscar a sociedade, aparecendo como se fosse o alvo da ofensa, toda vez que alguém transgride uma regra de convivência social, relegando ao passado a teoria que funda a legitimidade de punir na sociedade.

De todos o Estado reclama obediência, arvorando-se como representante da sociedade inteira, pelo que chama a si a tarefa de castigar, sempre que uma ofensa for irrogada a si.

**"O Estado exige a obediência de todos às su
as leis; de todos ele retira o imposto e, por v
zes, mesmo o imposto mais pesado: o do sangue."
(36)**

Portanto, o Estado busca legitimar o poder de castigar em si mesmo, pelo que se vale de mitos, artifícios e crenças, como por exemplo, o de se dizer a serviço de todos e representar certa di

vindade, procurando uma identificação com a sociedade.

Vimos, ao estudarmos a pena através do tempo, que a origem religiosa do castigo consistiu, no início, de uma etapa divina da pena, fase esta ainda não superada, pois apesar da punição ter incursionado num período marcadamente público, a expiação não perdeu a marca da religiosidade.

Aquele primeiro momento da penalidade, em que o grupo social estava fortemente unido por sentimentos religiosos, os quais eram comuns a todo o grupo, pois a religião era a única lei conhecida, podemos dizer que a legitimação do castigo, fundava-se na divindade, inobstante a legitimidade do poder de punição residir no grupo social, o qual vingava os sentimento ofendidos.

Vemos que, os sentimentos ofendidos eram os do grupo social, pois era este que efetivamente sofria as ofensas, o atentado contra a lei comum, a religião sagrada e, só aparentemente, é que essas ofensas eram dirigidas ao sobrenatural.

Hoje, podemos dizer a mesma coisa em relação ao Estado, nova entidade surgida. Inobstante, não mais se procure legitimar o castigo num ente sobrenatural, procura-se, outrossim, legitimar a pena no Estado. Mas, mais uma vez cabe atinarmos que, somente aparentemente o Estado é a entidade ofendida, porque, no fundo, quem sofre as ofensas é a sociedade e é nesta que reside a fonte legítima do poder de punir.

"... entre os povos crentes o sentimento religioso tende a fazer da totalidade dos governados uma comunidade unida diante de Deus, para o melhor e para o pior. Daí resulta, naturalmente, que aos olhos desses povos o Estado, guia e servidor dessa comunidade, tem como primeiro dever granjear-lhes as graças da divindade. Ele é o intercessor de todos junto a seres sobrenaturais no sentido de zelar pelos cultos e evitar que o comportamento dos indivíduos ofenda a potência divina, a qual puniria a coletividade inteira. As fun

ções religiosas e as funções públicas são quase sempre estreitamente confundidas entre os povos antigos. Sem ser sacerdote, pois a função sacerdotal comporta, em todas as religiões, servidões que ele não pode assumir, o monarca é sempre um personagem 'sagrado' e o protetor oficial da religião, de seu dogma e de sua moral." (37)

Com o aparecimento da sociedade politicamente organizada e a conseqüente criação da entidade política chamada Estado, a punição deixou de ser uma vingança exclusivamente teocrática, passando a consistir numa vingança pública.

Mas, o fortalecimento da autoridade pública deslocou a legitimidade do poder de punir, encontradiço na sociedade, para a legalidade do direito de punir, pertencente ao 'jus puniendi' do Estado, mitificando-se o poder social de punir, sob o manto protetor da lei.

"Pode-se dizer, com Radbruch, que o Estado, fundado na vontade nacional, quer esta se ache representada pela maioria aritmética dos cidadãos, quer por qualquer outra forma de "interpretação", já não é hoje, em face do indivíduo, apenas o "outro" a que se referia Kant. Hoje o Estado acha-se representado por todos nós. Assim se entendendo, pode-se dizer que, na legitimidade desse Estado, está insita a legitimidade do direito de punir. As teorias, pois, acerca da legitimidade do jus puniendi desapareceriam, hoje, dentro das teorias que pretendem legitimar o próprio Estado." (38)

Daí que as teorias contratualistas legitimadoras do poder de punir, as quais fundamentam o poder de punir na sociedade, conforme nosso entendimento, cederam lugar às teses que opõem o Estado à sociedade.

Hoje, todo aquele que violar o contrato social está sujeito a uma punição imposta pelo Estado, pois criou-se a sensação de que as ofensas são contra esta entidade mítica e não contra a sociedade.

O Estado, então, pune os seus membros por violarem as suas

leis, constituindo o processo e o julgamento as provas da ruptura do pacto social.

"No início os homens não tiveram outros reis que não fossem os deuses, nem outro governo que não fosse o teocrático. Raciocinaram como calígula, e nesse tempo faziam-no com justeza. Foi necessária uma longa transformação nos sentimentos e nas idéias para que decidissem aceitar o seu semelhante como senhor, e lhe atribuíssem o mérito de estarem contentes com isso.

"Apenas do facto de se colocar Deus à frente de cada sociedade, se teria de concluir que os deuses seriam tantos quantos os povos." (39)

A divindade foi substituída pelo Estado, símbolo muito forte, que procura legitimar o poder de punir em si mesmo, pelo que conta com a participação de toda a sociedade na inflicção do castigo, operada através de um ritual institucionalizado, conforme veremos no próximo capítulo.

Mas o poder de punir não encontra sua legitimidade na divindade, nem no Estado e, sim, na sociedade. Esta é que apresenta a legitimidade do poder de punir, vingando as ofensas que lhe são dirigidas, pois é nela que se encontram os sentimentos atingidos.

Assim, pensamos ter suficientemente demonstrado, através do estudo das teses contratualistas, que a legitimidade do poder de punir sempre se conservou na sociedade.

Recuperada a legitimidade do poder de punir, passaremos então a demonstrar como se opera a inflicção do castigo, pela justiça penal, o que legitima o "jus puniendi" do Estado, uma vez que toda a sociedade participa do ritual do castigo, fazendo da pena uma vingança social institucionalizada, "recoberta precisamente pelo deslocamento da legitimidade para a legalidade e pelo reino da lei". (40)

Conforme veremos, o deslocamento da legitimidade do poder

de punir, pertencente a toda sociedade, para o terreno da legalidade, ensejou uma nova maneira de punir, uma forma regulamentada de perpetrar a vingança, através de um processo ritual judicial, em que tomam parte os representantes da sociedade e esta por sua vez se vê representada, continuando o estado de guerra do estado natural, porém mais orientado.

NOTAS

- (1) PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, Revista do Tribunais, 1983. p. 117.
- (2) HOBBS, Thomas. Leviatã. In: OS PENSADORES. São Paulo, Abril Cultural, 1979. p. 75.
- (3) Ibidem. p. 77.
- (4) Ibidem. p. 79.
- (5) Ibidem. p. 105.
- (6) Ibidem. p. 107.
- (7) Ibidem. p. 103.
- (8) MABBOT, J. D. O Estado e o cidadão. Rio de Janeiro, Zahar, 1968. p. 17.
- (9) GRUPPI, Luciano. Tudo começou com Maquiavel. 4. ed. Porto Alegre, L&PM, 1983. p. 13.
- (10) HOBBS, op. cit. p. 186.
- (11) Ibidem. p. 186.
- (12) Ibidem. p. 186.
- (13) Ibidem. p. 186.
- (14) LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: OS PENSADORES. 2. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1978. p. 40.
- (15) Ibidem. p. 40.
- (16) Ibidem. p. 41.
- (17) Ibidem. p. 40-1.
- (18) Ibidem. p. 41.
- (19) Ibidem. p. 41.
- (20) Ibidem. p. 43.
- (21) Ibidem. p. 67.

- (22) GRUPPI, op. cit. p. 14.
- (23) ROUSSEAU, Jean-Jacques. Contrato social. Lisboa, Presença, 1977. p. 20.
- (24) Ibidem. p. 21.
- (25) Ibidem. p. 21.
- (26) Ibidem. p. 26.
- (27) Ibidem. p. 41.
- (28) Ibidem. p. 43.
- (29) Ibidem. p. 42.
- (30) Ibidem. p. 43.
- (31) Ibidem. p. 45.
- (32) Ibidem. p. 43-4.
- (33) Ibidem. p. 38.
- (34) BENTHAM, Jeremy. Fragmento sobre el gobierno. Madrid, Aguilar, 1973. p. 43.
- (35) RUSSEL, Bertrand. O poder: uma nova análise social. Rio de Janeiro, Zahar, 1979. p. 33.
- (36) CHANTEBOUT, Bernard. Do Estado (uma tentativa de desmitificação). Rio de Janeiro, Rio, 1977. p. 45.
- (37) Ibidem. p. 51.
- (38) GESSINGER, Ruy Armando. Da dispensa da pena. Porto Alegre, Fabris, 1984. p. 11.
- (39) ROUSSEAU, op. cit. p. 151.
- (40) POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Rio de Janeiro, Graal, 1981. p. 91.

IV - INFLIÇÃO RITUAL DO CASTIGO PELA JUSTIÇA CRIMINAL

No presente capítulo, cumpre-nos abordar a inculcação da pena operada pela justiça penal, procurando evidenciar que o acatamento do castigo e o não questionamento da decisão condenatória por parte do condenado, não se opera somente num plano lógico, racional ou legal, mas também através de argumentos persuasivos, retoricamente manipulados, de que se vale o discurso jurdicista, produzidos pelos atores da cena jurídica, máxime o juiz, figura levantíssima do ritual, que ao fundamentar e justificar a sua sentença, utiliza-se persuasivamente de argumentos convincentes a lastrear a sua decisão condenatória, tais como as cargas valorativas, emotivas, conotativas, que ostentam toda a força ideológica, interiorizando no condenado a aceitação da punição.

Toda esta cena passa-se no teatro da justiça criminal, espaço institucionalizado, onde os atores (acusador, defensor e juiz), participam ativamente do ritual, exercitando pelo procedimento, a legitimação do poder de inflição do castigo.

Para tanto, buscaremos demonstrar que o juízo singular e os juízos coletivos, funcionando como instâncias autônomas do social, têm nos seus atores, participantes ativos da cena ritual, com papéis e funções bem definidas, os reprodutores do latente desejo de condenação, de punição, de vingança, existentes na sociedade.

O ritual do castigo, integrado de orações, símbolos, ritos,

da adoção de fórmulas mágicas, fundado na crença de que a pronúncia ritualística das palavras exerce uma ação eficaz de exorcização das ambigüidades e vagezas sígnicas, capaz de esconder, escamotear, ocultar a marca da vindita e legitimar a punição imposta ao precito, sem levar em consideração toda a subjetividade do acusado é o que buscamos demonstrar.

Para nós, ocorre a institucionalização do castigo a partir do momento em que surge o Estado politicamente organizado, com sua tríplice divisão de poderes. É neste instante, que se inaugura a justiça criminal como instituição encarregada de julgar a conduta de todos aqueles que se vêem alvos de um processo, em virtude de terem incorrido numa transgressão das normas de convivência social, enfim praticado um ato reputado pela lei penal como crime.

Consoante a clássica separação Montesquiana dos poderes, são órgãos ou poderes do Estado: o legislativo, o executivo e o judiciário. O poder legislativo é o órgão encarregado de elaborar as leis; o poder executivo é o órgão fiscalizador e executor das leis elaboradas pelo legislativo; e o poder judiciário é o órgão que exerce a função de julgar a lei e adequá-la ao caso concreto, contando com a garantia de cumprimento do poder executivo.

Para o presente trabalho, nos cingiremos somente ao poder de julgar, pois entendemos que é na instituição criminal, a qual está inserida no poder judiciário, que se processa o ritual de condenação. É através da justiça penal que a punição é infligida ao acusado.

Faz-se interessante lembrarmos como se formou o poder judicial, pois consoante dissemos o castigo institucionaliza-se a partir da instituição do poder de julgar. É sabido que nem sempre

existiu o poder judiciário, sendo o exercício do poder legal de punir entregue à confiança de um chefe religioso ou secular, pelo que vimos no capítulo anterior.

"El poder judicial no existía en la Alta Edad Media, la liquidación era una materia que resolvían los individuos entre sí: sólo se pedía al más poderoso o a aquél que ejercía a la soberanía en función de sus poderes políticos, mágicos y religiosos que comprobaba la regularidad del procedimiento y no que hiciese justicia." (1)

Como vimos, primeiramente quem julgava os conflitos sociais era o curandeiro, forma embrionária do chefe de Estado e do próprio juiz. O permanente estado de beligerância em que se encontravam os homens, anteriormente ao Estado politicamente organizado e a ausência de um poder comum capaz de fazer respeitar as leis, autorizava a própria sociedade, a cada um de seus membros, representada pelo chefe religioso, a infligir a vindita sobre todo aquele causador da ruptura da ordem vigente, a qual consistia na transgressão da regra sacral, visto que a religião era o único direito conhecido.

Portanto, podemos dizer que a formação da justiça criminal é coisa recente e que o poder de julgar já teve o seu exercício atribuído a sacerdotes e reis.

"Aparece una noción absolutamente nueva: la infracción. Mientras el drama jurídico se desenvolvía entre dos individuos, víctima y acusado, se trataba sólo del daño que un individuo causaba a otro. La cuestión consistía en saber si había habido daño y quién tenía razón. A partir del momento en que el soberano o su representante, el procurador, dicen: 'Yo también he sido lesionado por el daño', resulta que el daño no es solamente una ofensa de un individuo a otro sino también una ofensa que infringe un individuo al Estado, al soberano como representante del Estado, un ataque no al individuo sino a la ley misma del Estado. Se sustituye de esta manera la noción de crimen, la vieja noción de daño por la de infracción. La infracción no es un daño cometido por un individuo contra otro, es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano." (2)

O Estado, politicamente organizado, tomou o lugar do rei, do chefe, do curandeiro, verificando-se a apropriação do procedimento judicial pelo poder judiciário do Estado.

"Na Idade Média se substituiu um tribunal arbitral (a que se recorria por consentimento mútuo para por fim a um litígio ou a uma guerra privada e que não era de modo nenhum um organismo permanente de poder) por um conjunto de instituições estáveis, específicas, intervindo de maneira autoritária e dependente do poder político (ou controlado por ele)." (3)

"Assim apareceu uma ordem 'judiciária' que se apresentou como a expressão do poder público: árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver 'justamente' os litígios e de assegurar 'autoritariamente' a ordem pública. Foi sobre este pano de fundo de guerra social, de extração fiscal e de concentração das forças armadas que se estabeleceu o aparelho judiciário." (4)

Desta forma, houve o deslocamento do poder legítimo de declarar a vindita, enfim fazer justiça, inerente aos indivíduos em sociedade, para o poder legal do Estado, onde esta guerra continua de maneira ritualizada.

Com a apropriação do procedimento judicial, pelo poder judiciário do Estado, a legitimidade do poder de punir imanente à sociedade, foi deslocada para o terreno da legalidade, porém, não retirando da sociedade o poder de punir, passando esta a exercitar o castigo através de seus representantes legais, como o próprio juiz, procurador, perito, assistente, acusador, enfim o próprio Estado, o que no fundo reproduz o espírito de vingança encontrada na sociedade, toda vez que este era despertado.

Agora, o que existe é uma forma regulamentada de fazer a vingança, de continuar o estado de guerra, tudo efetuado através do processo ritual que abriga o poder judiciário.

"El derecho es, pues, una manera reglamentada de hacer la guerra. Por ejemplo, cuando alguien es muerto, cualquiera de los parientes cercanos del muerto puede ejercer la práctica judicial

de la venganza, práctica que no significa la renuncia a matar alguien, en principio, al asesino. Entrar en el dominio del derecho significa matar al asesino, pero matarlo de acuerdo con ciertas reglas, cumpliendo con ciertas formas. Si el asesino cometio el crimen de esta o aquella manera, será preciso matarlo cortándolo en pedazo o decapitándolo y colocando la cabeza en una estaca frente a su casa. Estos actos ritualizan el gesto de la venganza y lo caracterizan como venganza judicial. El derecho es, en consecuencia, la forma ritual de la guerra." (5)

Com o surgimento do poder judicial, inicia-se uma nova forma de luta, uma nova maneira de continuar a guerra em sociedade, a qual não mais passa a ser exercitada generalizadamente, mas sim em obediência a certas regras, através da instauração do procedimento penal, que tem por finalidade assegurar a inflicção do castigo.

"Se inicia así una suerte de guerra particular, individual, y el procedimiento penal será sólo una ritualización de la lucha entre los individuos." (6)

Concebemos o ritual institucionalizado da pena, como um séquito, um conjunto, um cortejo de atos solenemente praticados pela justiça criminal, que cumpre a função mitológica de dissipar as incertezas das questões ligadas à legitimidade do castigo, funcionando como um veículo, um instrumento psíquico e social, fazendo com que o acusado adira à decisão condenatória, aceitando a pena como obrigatória, sem questionar o fundamento e o conteúdo da sentença imposta, nem a autoridade que a prolatou, nem tampouco os argumentos utilizados através de um rigor lingüístico, formalmente empregados pelo defensor e acusador, nem a condição destes, pelo que se legitima o castigo e se tenta ocultar o caráter vingativo da pena.

Ao iniciarmos, propriamente, a abordagem do ritual de aplicação da pena, pela instituição jurídico-criminal, valemo-nos da

distinção dos ritos efetuada por ARNOLD VAN GENNEP, em sua obra, "Os ritos de passagem", na qual classifica os ritos "em **Ritos de separação, Ritos de margem e Ritos de agregação**", (7) para igualmente classificar o ritual de inflicção da pena pela justiça criminal, como um ritual de separação, pois se processam "ritos de banimento, expulsão e excomunhão, que são por essência ritos de separação e de dessacralização", (8) onde o "marginal" é banido, segregado, afastado do convívio social, após a condenação.

"A relação de tal destoante com o grupo e a concepção que os membros fazem dele são tais que impedem a reestruturação em virtude do desvio."
(9)

É através da ritualização institucional da pena que se rompe o vínculo social do acusado, provocando a degradação de seu status moral, vez que passa a ser estigmatizado pela sua conduta desviante da norma coletiva.

No ritual de aplicação da pena, processado nos juízos singulares e coletivos, ou seja, nos tribunais de primeira e segunda instâncias, participam da cena ritual atores representantes da sociedade, com cargos e funções bem definidas. São eles: julgador (juiz monocrático e juízo colegiado), acusador (defensor da sociedade) e defensor (defensor do acusado).

É preciso termos presente que toda a trama ritual, passa-se a nível institucional, pois não é o juiz-pessoa, o juiz-homem, dotado de crenças, valores e ideologias, quem julga, mas sim o representante do Estado, mais especificamente do poder judiciário, em nome de uma instituição sagrada, que é a magistratura. O mesmo se ocorrer com relação ao acusador e ao defensor, pois ambos falam, respectivamente, em nome de uma instituição. O primeiro fala na qualidade e condição de representante de uma instituição de defesa da sociedade, que é o Ministério Público; enquanto o se

gundo fala como representante de uma instituição de defesa das prerrogativas constitucionais do acusado, que é a Ordem dos Advogados. O acusado, portanto, não se defende por si próprio, mas através de um representante legal, devidamente constituído, o qual falará em seu nome.

"Todos os procedimentos judiciais se organizam assim sobre uma diferenciação dos papéis, que garante que os interessados não decidem por si."
(10)

Portanto, a acusação, a defesa e a pena, processam-se através de um ritual institucionalizado, em que os atores institucionais, falando em nome dos respectivos representados (sociedade e acusado), falam, em última análise, em nome da própria sociedade, já que todos são integrantes desta, o que, simbolicamente, revela e reproduz a estrutura da mesma.

Não esqueçamos que, na sociedade existe uma nítida preocupação de rejeitar os indivíduos considerados "marginais", violadores das normas de conduta sociais, consagradas no sistema penal. É através da aplicação institucional da pena, pelos ritos processados, que o indivíduo desviante, transgressor da norma, é rejeitado.

Valendo-nos de uma passagem de TURNER, entendemos que o ritual da pena faz com que:

"a anomalia, a 'pedra que os construtores rejeitam', é removida da ordem estruturada da sociedade e levada a representar a simples unidade da própria sociedade, conceitualizada como homogênea e não como um sistema de posições sociais heterogêneas." (11)

A sociedade não é homogênea e sim diferenciada, apresentando os seus integrantes idiosincrasias, valores, ideologias bastante complexas. Como aceitar, então, que o julgador reduza toda esta complexidade à lei penal, para excluir do convívio social um

de seus integrantes? Como reduzir toda a subjetividade inerente a cada indivíduo a um código penal, o qual serve de instrumento e fonte única para os representantes institucionais, na busca da "verdade" criminal?

"El Código Penal es un conjunto de proposiciones enunciadas por el legislador estableciendo las sanciones que deben sufrir las personas autoras de ciertos actos, pero omite la referencia expresa a los deberes que debieron cumplirse, cuando ya violación, justamente, da origen a las sanciones." (12)

Todo o problema social fica reduzido à lei penal, tida como única fonte, na aplicação da pena pela instituição jurídico-criminal.

Cumpre-nos notar que, "No son todos los integrantes del grupo social quienes sancionan las leyes, pues no todos hablan ni están autorizados para hablar". (13) E ao ritual jurídico-penal, cumpre relevante função, ao facilitar a identificação do momento em que uma determinada pessoa assume a condição de julgador, ao estabelecer a ordem, eliminar a insegurança e reduzir os motivos de discórdia, pois:

"Los ritos o formalismos no son la expresión de convicciones superficiales, o supersticiones, o ficciones, carentes de todo valor social. Actúan como factores positivos en tanto encauzan las manifestaciones externas de la conducta y le adscriben de un modo sensible, facilmente perceptible, un determinado sentido. Mediante el simple hecho de sentarse en un escritorio, y de ponerse una toga y una peluca, un ciudadano determinado está diciendo a los demás: 'Desde este momento en adelante voy a actuar como juez'. Se evitan las dudas o los malentendidos, se establecen nitidamente las jerarquias, y los actores del drama ocupan su respectiva posición para cumplir con su rol." (14)

O juiz, figura proeminente do ritual, é portador de um símbolo muito forte, pois representa mais do que a instituição da magistratura. Representa a sociedade em sua totalidade, confun-

dindo-se com a própria justiça. Apresenta-se aos demais integrantes do ritual, bem como a toda a sociedade, como um ente mítico, portador de toda imparcialidade e neutralidade na condução do processo ritual, que irá infligir o castigo ao acusado.

O ritual tem o efeito mágico de mitificar a figura do julgador, fazendo crer ao acusado, bem como aos demais atores, que o condenado está sendo castigado com justiça, imparcialidade, retidão, coerência, precisão, usando de artifícios retóricos, de estereótipos, os quais cumprem a função de esconder e deixar em surdina a fala do juiz-homem e fazendo aparecer a voz do juiz-instituição. É, portanto, o espaço institucional criado que faz o acusado aceitar resignadamente a punição, pois entendemos que se a punição fosse proferida em nome de um homem e não da justiça, não se aceitaria facilmente o castigo. Esta é pois, a função da instituição, qual seja, a de auxiliar a legitimar o castigo inculcado ao réu.

Mas, não podemos perder de vista que:

"A neutralidade do juiz é um mito concebido pelo direito romano e fortalecido pela Escola Exegética Francesa por motivos históricos hoje bem conhecidos, pois o juiz em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica." (15)

Conforme frisa NIKLAS LUHMANN:

"A legitimidade depende, assim, não do reconhecimento 'voluntário', da convicção de responsabilidade pessoal, mas sim, pelo contrário, dum clima social que institucionaliza como evidência o reconhecimento das opções obrigatórias e que as encara, não como conseqüências duma decisão pessoal, mas sim como resultados do crédito da decisão oficial." (16)

Pelos atos rituais, através da instituição jurídico-crimi-

nal, registra-se a materialização da ideologia, criada pelas condições da linguagem, o que produz crenças nos indivíduos participantes do ritual, bem como aos demais conviventes da sociedade. O ritual institucionalizado do poder legal de punir, cristaliza uma sedimentação incontável de regras, atos, ritos, símbolos, componentes mágicos e imaginários.

Outra figura que merece ser examinada no ritual é a do acusado, que chega à barra do juízo singular ou tribunal com a p^echa, a nódoa, a mácula social de condenado, que a instituição criminal procura retoricamente desfazer, através do emprego de axiomas e aforismos, tais como: "O réu não é o condenado"; "O acusado não é o culpado"; "Ninguém é culpado até que não haja uma sentença condenatória". Ora, todo este jogo semântico, acrescido ainda do princípio de que "todos são iguais perante a lei" e demais ficções jurídicas, só estão a reforçar e a reproduzir o pré-julgamento, o pré-conceito, que a sociedade apresenta do "marginal", o que se dará efetivamente com a condenação do acusado.

É para que esta leitura não ressalte evidente, que se faz necessária a ritualização institucional do tratamento da pena ao delinqüente, com observância de atos solenes e momentos bem definidos, que criam a fictícia crença de segurança, de justiça, de verdade da condenação imposta.

"Em todas as sociedades com uma certa complexidade, os procedimentos têm de ser 'instruídos' de forma a poupar tempo, por meio da escolha dum modelo pré-constituído." (17)

Pensamos que o ritual institucionalizado de aplicação da pena cumpre a função de castigar, punir, vingar de forma sofisticada as ofensas endereçadas à sociedade, ratificando-se o pré-conceito social contra o acusado, que tem contra si, tão logo se desencadeiem os primeiros atos rituais, a mácula de réprobo, de pré

cito e não é à toa que assim tem sido apodado todo aquele transgressor de uma regra de coexistência social, ditada pelo sistema penal. Tem-se, conseqüentemente, o acusado por criminoso, não obstante os ingentes esforços, manipulados persuasivamente pela instituição criminal, para desfazer tal estigma.

O processado, através do ritual do castigo institucionalizado, tem o seu comportamento submetido a uma apreciação moral global, que o vê como um réprobo.

Outro aspecto que merece um estudo mais acurado é o da sentença penal condenatória, momento culminante do ritual do tratamento da pena pela instituição jurídico-criminal, na qual o julgador legitima ideologicamente o poder de punir e a própria condenação.

A sentença judicial, convém frisarmos, somente aparece em fins do século XII e início do século XIII, aparecendo então, a figura de uma terceira pessoa chamada juiz, com função de arbitrar o conflito e dizer quem tem ou não razão.

"La sentencia consiste en la enunciación, por un tercero, de lo siguiente: cierta persona que ha dicho la verdad tiene razón; otra, que ha dicho una mentira, no tiene razón; otra, que ha dicho una mentira, no tiene razón. Por consiguiente, la sentencia no existe; la separación de la verdad y el error entre los individuos no desempeña papel alguno; existe simplemente la victoria o el fracaso." (18)

"El Derecho Germánico no opone la guerra a la justicia, no identifica justicia y paz, sino, por el contrario, supone que el derecho es una forma singular y reglamentada de conducir la guerra entre los individuos y de encadenar los actos de venganza." (19)

"El antiguo Derecho Germánico siempre ofrece la posibilidad de llegar a un acuerdo o transacción a través de esta serie de venganzas rituales y recíprocas." (20)

"En el derecho feudal el litigio entre individuos se reglamentaba por el sistema de la prueba (épreuve). Cuando un individuo se presentaba

Ilevando una reivindicación, una querella, acusando a otro de haber robado o matado, el litigio entre ambos se resolvía por una serie de pruebas aceptadas por los dos y a las que ambos se sometían. Este sistema no era una manera de probar la verdad sino la fuerza, el peso o la importancia de quien decía." (21)

Vemos que no direito germano existe a possibilidade de o indivíduo estabelecer um pacto com o seu contendente e assim escapar da vingança. Já o direito feudal resolvia os litígios entre os indivíduos, através do sistema de provas aceitas pelos que a ela se submetiam.

Tínhamos, pois, no antigo direito germânico e na época das ordálias, a intervenção de dois personagens: o que acusa e o que defende e, nunca três, pois não havia a figura institucional do juiz. A luta, então, existente, era uma luta entre os contendentes, pois inexistia quem regulamentasse o conflito.

"La acción penal se caracterizaba siempre por ser una especie de duelo u oposición entre individuos, familias, o grupos. No había intervención alguna de ningún representante de la autoridad, se trataba de una reclamación de un individuo a otro que se desarrollaba con la sola intervención de estos dos personajes: el que se defiende y el que acusa." (22)

Mas, se não estamos mais afeitos ao período das ordálias, ao sistema de provas do direito feudal, nem por isso prescindimos das provas para instruir o processo ritual de infligção do castigo, cujo momento máximo é a sentença criminal condenatória. Esta tem o seu próprio ritual, pois é ditada em conformidade com determinados requisitos, sendo eminentemente formal. É uma peça que sintetiza todo o ritual, toda a seqüência de atos, todo o roteiro, o caminho, o trajeto, o percurso, o drama, o enredo vivido pelos atores, partícipes ativos do ritual institucionalizado, reproduzindo o crime e o castigo, culminando, assim, com a sentença condenatória, a qual corresponde aos anseios vingativos da so

cidade.

"La función judicial aparece como la intermediación entre las prácticas sociales y el nivel jurídico de organización de las mismas, en una doble articulación, según la cual estas prácticas sociales condicionan los contenidos que, a través de la función judicial se incorporan al orden jurídico que regula las conductas de los individuos en una sociedad, en la cual, en cierta medida, las decisiones judiciales 'programan' las prácticas sociales." (23)

Entendemos com LUHMANN que, a "aceitação, por exemplo, duma sentença condenatória tem, com certeza, outras condições prévias, psíquicas e sociais, do que as que podem ser observadas no caso duma jurisdição civil ou duma jurisdição administrativa."

(24) Mas é de se indagar: Que condições são essas? É possível chegarmos a uma certeza absoluta do juízo condenatório? Como aceitar a sentença criminal condenatória, se não é levada em conta a subjetividade do acusado? Não haveria um descompasso entre a complexidade do indivíduo, suas crenças, hábitos e valores, em relação ao reducionismo mecânico e simplista da lei?

A despeito de perguntas tão subjetivas como as levantadas acima, que necessariamente reclamam respostas complexas, o que temos assistido é a inflição objetiva da pena ao acusado, em desatenção a sua subjetividade, deixada de lado.

Temos para nós que, o acusado é levado a aceitar a pena acoiada, bem como os participantes do ritual a se conformarem com a decisão imposta, os quais buscaram, pelos atos rituais, o "ideal das únicas decisões concretas e únicas", (25) tornando o ritual jurídico-institucional "irrelevante na medida em que essas decisões existem e podem ser encontradas", (26) pelo próprio processo ritual jurídico-institucional de aplicação da pena pela justiça criminal, na medida em que os atos e momentos do ritual, produzem o efeito mágico e simbólico de legitimar o castigo, atra-

vés da função desempenhada pelo discurso jurídico retórico-per suasivo, que se vale de mitos, ritos, fetiches, infundindo a crença numa verdade absoluta, numa justiça cega, quando o que se atinge, em realidade, é apenas uma verdade a nível formal.

"Quanto à correspondência entre os fatos efetivamente ocorridos e os juízos decisórios, já sabemos que a sentença acolhe o verossímil e não o verdadeiro. Não são os fatos propriamente ditos que se provam, que se reconstroem, mas as afirmações de sua existência e da relação com o acusado. Ora, a partir desta argumentação depositada no processo, o Juiz resgata o que lhe parece acreditável e ideologicamente preferível e constrói a sua decisão. Bissol, dando-se conta do estatuto do raciocínio judicial, pondera: Em um processo, se ja ele qual for, a plasticidade do campo argumentativo é de tal ordem que seus elementos compõem um universo que jamais se fecha. A verdade é que o processo conquista não uma verdade matemática, não uma verdade lógica, não uma verdade formal, mas uma verdade prudencial, mais uma retitude do que propriamente verdade no sentido especulativo deste conceito. Jamais o processo conquista aquela 'adequatio intellectus et rei' de Santo Tomás de Aquino. O nosso 'logos' não é 'logos' especulativo é o 'logos' do razoável..." (27)

Vemos assim que o ritual da pena não apresenta um caráter somente lógico, em que pese o esforço do discurso jurídicista estampado nos códigos criminais, manifestar-se como um sistema coerente, sem lacunas, sem contradição, o que por certo contribuiu como um importante fator de legitimação do castigo, mas que no fundo não demonstra a verdade dos atores da cena ritual.

Mas, apesar do:

"caráter questionável da legitimação racional-legal, a indubitabilidade da validade legítima de decisões obrigatórias, fazendo parte das características típicas do sistema político moderno..." (28)

Concebemos o ritual institucionalizado da pena, não como um processo unicamente lógico, mas simultaneamente mítico, ou seja, mito-lógico, pois o processo ritual funciona como um espancador das incertezas e incógnitas sociais.

"A consistência interna do regulamento jurídico estabelecido através de decisões constitui, de mais a mais, um importante fator de legitimação - ainda que um entre vários." (29)

A fé depositada no processo judicial, como o caminho da verdade da pena, deve ser concebido como um ritual consagrador de crenças, de dogmas, de atos de fé, atribuídos a agentes míticos, no caso aos participantes do ritual. Inexiste o juízo de certeza da condenação criminal, como verdade única e possível buscada pela decisão.

Creemos que, além do descompasso existente entre o crime e a pena, entre a transgressão da norma jurídica tutelada pelo direito e a sanção, existe ainda a falta de consistência interna no próprio discurso jurídico, o que nos leva ao final do ritual, cujo momento mais expressivo é a sentença, apenas a um juízo de probabilidade sobre a inflicção do castigo ao acusado, o que evidencia o caráter punitivo, vingativo da condenação, que o processo ritual tem por função ocultar.

"Una decisión judicial (tomada como discurso-tipo, aunque no encuentro razones para que no se extienda el análisis a otras unidades de discurso como las normas, por ejemplo) tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el cual intervienen otros discursos que, diferentes por su origen y función, se entrecruzan con él. Entre el proceso de formación y el producto final formado hay una ruptura, una distancia, una brecha. Este resultado no es una operación deductiva que descubre significados ya presentes en la norma como esencia. Tampoco es una 'creación' judicial que pueda ser interpretada como decisión individual. En todo caso la decisión refleja la relación de fuerzas de los discursos en pugna. En muchas ocasiones un discurso ausente es el condicionante principal, provenga de razones económicas (modo de organización del sistema productivo), de razones políticas ('razón de Estado', etcétera), morales, ideológicas, etcétera." (30)

O exemplo mais marcante, que nos é sugerida pela citação acima e que bem atesta a não correspondência entre a sentença con

denatória e o discurso jurídico normativo é o caso "Riviére", analisado por M. FOUCAULT, na sua obra, "Eu, Pierre Riviére, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão", da qual extraímos a seguinte mensagem:

"Em presença de declarações contrárias dos médicos e de fatos diversos, entre os quais uns revelam em Riviére uma grande força de raciocínio e de cálculo, e outros parecem estabelecer a perversão não somente das faculdades de sua alma mas de funções de seu entendimento, eu mesmo tenho muita dúvida sobre o estado mental deste condenado para poder concluir seja pela execução da sentença, seja pela isenção de toda a pena."
(31)

Ousamos afirmar que as sentenças condenatórias são ditadas persuasivamente, impondo-se uma decisão que não tem nada a ver com a penalidade prevista na lei criminal, que por sua vez apresenta disposições incoerentes, ambíguas e lacunosas, consistentes em fórmulas vazias que nada dizem. Há, isto sim, uma crença generalizada na justiça criminal, na coerência de seus ditames, que o discurso jurista tão bem manipula persuasivamente, o que legitima ideologicamente a condenação, fazendo aparecer uma verdade decisória que não se coaduna com as premissas normativas. O ritual da pena apresenta o efeito mágico de eliminar as imprecisões sígnicas de forma simbólica, através da utilização de uma linguagem técnica e formal, inacessível à sociedade mais ampla.

O ritual institucionalizado da pena mostra, revela, proporciona uma leitura da sociedade maior, chamando a atenção para a desigualdade social, pois enquanto acusador, juiz e defensor, mantém-se numa relação estruturada de poder, autor e réu desempenham papéis bastante diferenciados, uma vez que representam classes, sub-classes e grupos de classes, enfim posições diferenciadas da estrutura social.

Na sala de audiências, palco do ritual, espaço público, so-

lene, místico, onde tem desenvolvimento a seqüência de atos rituais, só "simbolicamente, todos os atributos que distinguem categorias e grupos na ordem social estruturada, ficam aqui temporariamente suspensos", (32) pois o acusado deve "submeter-se a uma autoridade que nada mais é senão a da comunidade total. Esta comunidade é a depositária da gama completa dos valores da cultura, normas, atitudes, sentimentos e relações". (33)

"As sentenças do tribunal são simbólicas e suas conseqüências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível."
(34)

Neste momento o ritual, que ganha um espaço sagrado, tem uma série de práticas jurídico-penais, onde:

"... as palavras, as observâncias rituais ou astrológicas, os encantamentos são mágicos; aí jazem as forças ocultas, os espíritos e reina todo um mundo de idéias que fazem com que os movimentos, os gestos rituais sejam considerados como possuidores de uma eficácia toda especial, diferente de sua eficácia mecânica." (35)

Cumpramos frisar que os juízos singulares e os juízos coletivos, funcionando como filtros institucionais, voltados à imposição da sentença condenatória, são impotentes para elucidar, diminuir, perquirir o caráter volitivo, deflagrador da infringência à norma jurídico-penal, de parte do transgressor. Aliás, a complexidade de causas sociais que levou o agente a transgredir a regra de convivência, não se esgota na lei e nem pode ficar restrita ao reducionismo desta.

Portanto, só se pode atribuir este efeito mágico de solução dos conflitos, com a conseqüente inculcação da pena ao acusado, a poderes míticos, a fetiches da instituição jurídico-criminal. Então, o restabelecimento da ordem violada, pela inflicção do castigo, somente pode ser aceito como um ato de fé, atribuído a po-

deres rituais, pois consoante salienta WARAT:

"Na prática, os efeitos realizam-se mediante um ritual que se efetiva a partir do reconhecimento da crença no ritual. O ritual tem a função de legitimar a premissa maior, a crença este reotipada. Através do mesmo o discurso retórico converte-se em discurso mítico. Isto porque o ritual não permite perceber nem reconhecer a crença estereotipada, mas a faz presente ao determinar uma única cadeia conotativa possível para o raciocínio. O rito fixa um único campo associativo, excluindo todas as outras associações." (36)

Assim, o efeito da aplicação institucional da pena, operada pelo ritual, reforça as normas de conduta social, ratifica a vingança social, confirma a punição, reforçando, enfim, pela sentença condenatória, todos os valores, crenças e sentimentos dominantes na sociedade, pois, no fundo, quem condena não é o juiz, figura central do ritual, mas sim a própria sociedade. O ritual serve, conforme já tivemos o ensejo de manifestar, para esconder o caráter vingativo da condenação, aparentando um ilusório fictício sentimento de igualdade social, onde a sociedade estaria supostamente representada de forma homogênea.

A inflição penal, pois, não obedece a uma lógica, mas a uma mito-lógica, fazendo com que acreditemos em ficções, artifícios e abstrações, tais como a certeza da condenação, a justiça da pena, cumprindo o mito, como instrumento manipulado pela linguagem jurídica, a função de fazer com que o acusado aceite o castigo, não como se fosse a única verdade encontrada, mas como verdade única emergente do processo judicial.

"Em suma, um ritual não é um processo racional", (37) mas inculca a crença generalizada da pena racional, assentada numa lei coerente, ordenada e auto-suficiente, infundindo, ainda, a crença numa ordem protetora e não discriminatória em relação ao réu e ao dogma, de que o juiz busca a verdade da condenação. Tudo isto ajuda a infundir no acusado o sentimento de imparcialida

de do julgamento, levando-o a interiorizar e aceitar a inflicção da pena.

Também o método, pretensamente rigoroso, lógico, coerente, formal, sistemático, científico, de que se vale o julgador para chegar à condenação, corrobora para mitificar ainda mais a sua figura, que é vista pelo condenado, pelos integrantes do ritual, enfim por toda a sociedade, como imparcial, neutra e isenta.

É igualmente importante atentarmos para o papel relevante cumprido pela ideologia, veiculada no discurso jurídico, na instituição da pena, pois o discurso persuasivo é tão habilmente manipulado, que não permite aos participantes do ritual se darem conta de que a linguagem por eles empregada, tida como rigorosa, formal, dotada de um estatuto de cientificidade é ao mesmo tempo ideológica, na medida em que utilizada retoricamente, em nome de uma verdade material, que é a de buscar a justeza da pena. Reproduz o mito da justiça incrustado na sociedade.

O discurso jurídico obedece ao princípio de formação dos enunciados da ordenação das relações sintáticas e semânticas dos signos. Para satisfazer à forma, o discurso dita as coisas que são legítimas ou ilegítimas dizer, proibidas ou permitidas falar, ou seja, no caso da decisão condenatória, dita a pena permitida e legítima que deve ser inculcada ao acusado. Mas, a certeza da condenação, é bom lembrarmos, ou seja, a "certeza da decisão não depende da forma como foi alcançada". (38)

Além da satisfação interna de coerência dos enunciados, o discurso jurídico deve apresentar, também, uma satisfação externa da verdade, da certeza da condenação, o que em nosso entender aumenta ainda mais a possibilidade do erro, da dúvida, pois somente os participantes do ritual podem e estão autorizados a di-

zer certas coisas.

"Hay palabras secretas, demasiado poderosas para ser manejada por los no iniciados; existen prohibiciones de usar ciertas palabras; hay palabras que son instrumentos eficaces del hechizo o del exorcismo." (39)

Entendemos que, a aplicação da pena, operada por um ritual institucionalizado, não passa por uma prática mágica fundada "en la creencia de que las palabras poseen una realidad concreta y activa, y de que basta con pronunciarlas para que ejerzan su acción". (40)

Constatamos, portanto, que não se pode legitimar materialmente a pena imposta ao acusado. "A crise produzida por esta contradição entre as normas soluciona-se por meio de rituais ricos em simbolismo e férteis em significado". (41)

Os rituais estão presentes no dia a dia do processo judicial, que tem curso no juízo singular e nos tribunais, como as fórmulas do juramento, a solenidade da sala de audiências, os interrogatórios, os depoimentos, as confissões, a prolação da sentença condenatória, que por sua vez é cercada de atos e de fórmulas fixas.

Vemos em todos estes atos, os quais dão corpo ao ritual institucionalizado do castigo, muito de fetichismo, de ficção, de magia, consistindo o ato de inflicção do castigo, através da sentença condenatória, num momento culminante de exorcismo, produzindo o efeito de retirar do convívio social o elemento violador da ordem instituída.

ROBERT MANDROU, ao estudar os 'Magistrados e Feiticeiros Na França do Século XVII', assim se refere:

"As instruções dos processos de feitiçaria são de uma leitura monótona; é um ritual quase imutável, que arrasta o suspeito até a fogueira:

a partir do momento em que o juiz abre um dossiê sobre uma denúncia, rapidamente confirmada pelo rumor público, o encarceramento, os depoimentos e interrogatórios, a procura das marcas e a confissão se encadeiam imutavelmente. Não que os juízes, tendo sua crença absolutamente formalizada, atamanquem a instrução e contentem-se em aplicar o esquema de um questionário muito simples: os interrogatórios cobrem freqüentemente páginas e páginas, demorando-se na descrição das cerimônias sabáticas, enumerando os recursos maleficientes do suspeito; a procura da prova faz-se sempre dentro da maior seriedade, com o concurso de médicos, de cirurgiões barbeiros que começam por raspar todo o corpo do acusado, antes de picar conscienciosamente todas as partes a fim de encontrar a marca de insensibilidade. A mesma consciência anima a obstinação com a qual os juizes se encarniçam em obter confissões de boa forma que constituem a peça mais importante desta instrução. Esses juizes não são incapazes de hesitações, de escrúpulos; chegam a exigir precisões aos acusados, quando estes se contradizem; a sublinhar as refutações e as incertezas que daí resultam." (42)

A função do ritual não é outra senão a de simbolicamente expressar a racionalidade da pena, do castigo, da vingança que recai sobre o condenado. Para tanto, mitifica-se a verdade da punição, a certeza do castigo, a justiça da pena, em ocultamento dos nítidos propósitos da sociedade, tudo operado através da criação de um fictício espaço solene, em que predomina o discurso jurídico falacioso, que se apresenta técnico, formal, sem contradições, sem lacunas, para buscar a legitimação ideológica da punição imposta ao acusado. Diante de tais artifícios o condenado se vê impotente para questionar o fundamento, o conteúdo e a autoridade da sentença que o condenou.

"De um outro ponto de vista, diríamos que são utopias destinadas a comprazer a angústia existencial do homem em face da ordem jurídica. Na verdade, as pessoas são punidas por fatos que não estão prévia e rigorosamente mudados em figuras penais, e muitas vezes a pena é aplicada como inequívoca contraprestação a estados de periculosidade." (43)

Podemos dizer então que, não há correspondência lógica entre a verdade da pena e o discurso normativo, legal, codificado,

da a inexistência de um suporte, um objeto "científico", que pudesse embasar com segurança a medida da pena. O que existe são técnicas de manejo lingüístico e os atores rituais são técnicos neste manuseio.

A pena, pois, está completamente divorciada do mundo social, de seus valores, de sua cultura, de sua complexidade, apresentando-se nas modernas legislações como preocupação primeira, eis que os sistemas penais não se preocupam em consagrar deveres ou procedimentos que deve seguir o homem para evitar a transgressão da norma, mas simplesmente preceituam em todas as suas disposições: Eis a pena!, pelo que traduz uma inequívoca demonstração de suplício, de castigo, de vingança social.

Podemos assinalar que o sistema de reprodução da pena havido na origem da humanidade, conforme nos retrata a bíblia, é o mesmo de hoje, pois naquele tempo, em que não havia ainda um direito codificado, já havia o castigo, até mesmo para aqueles aos quais a norma penal não se destinava. Vemos, por exemplo, a vida edênica que levavam Adão e Eva e observamos que existiam normas que diziam:

"Come de todos os frutos das árvores do paraíso. Mas não comas do fruto da árvore da ciência do bem, e do mal: Porque em qualquer tempo que comeres dela, certissimamente morrerás..."

(44)

Portanto, havia normas que diziam: Destes frutos se pode comer; daqueles frutos não se pode comer. A pena era a morte, o legislador era Deus. É importante observarmos que não havia pena para os incentivadores, mas mesmo diante de tal omissão, a serpente que voava e vivia nas árvores foi condenada a arrastar-se, verificando-se com tal condenação tudo o que não constava da norma.

Assim, também funciona o sistema de aplicação institucional da pena pela justiça criminal, consagrando uma série de coisas, as quais ficam ocultadas por mitos, símbolos e ideologias, de que se vale o ritual, para legitimar a cominação da pena ao acusado, na sentença condenatória.

N O T A S

- (1) FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa, 1980. p. 75.
- (2) Ibidem. p. 76.
- (3) FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 5. ed. Rio de Janeiro, Graal, 1985. p. 42.
- (4) Ibidem. p. 43.
- (5) FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa, 1980. p. 67.
- (6) Ibidem. p. 66.
- (7) GENNEP, Arnold Van. Os ritos de passagem. Petropólis, Vozes, 1978. p. 31.
- (8) Ibidem. p. 102.
- (9) GOFFMAN, Erving. Estigma. 3. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1980. p. 151-2.
- (10) LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília, UnB, 1980. p. 87.
- (11) TURNER, Victor W. O processo ritual. Estrutura e anti-estrutura. Petrópolis, Vozes, 1974. p. 67.
- (12) RUA, Julio Cueto. Fuentes del derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971. p. 38.
- (13) Ibidem. p. 38.
- (14) Ibidem. p. 43.
- (15) BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. p. 9.
- (16) LUHMANN, op. cit. p. 34.
- (17) Ibidem. p. 53.
- (18) FOUCAULT, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona, Gedisa, 1980. p. 71.

- (19) Ibidem. p. 66-7.
- (20) Ibidem. p. 67.
- (21) Ibidem. p. 68-9.
- (22) Ibidem. p. 66.
- (23) ENTELMAN, Ricardo. Acerca de la función judicial. Contradogmáticas, Santa Cruz do Sul, ALMED, FISC, 2(4/5):90-103, 1985. p. 99-100.
- (24) LUHMANN, op. cit. p. 51.
- (25) Ibidem. p. 51.
- (26) Ibidem. p. 51.
- (27) CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre, Síntese, 1979. p. 121.
- (28) LUHMANN, op. cit. p. 31.
- (29) Ibidem. p. 35.
- (30) LEGENDRE, Pierre et alii. El discurso jurídico. Buenos Aires, Hachette, 1982. p. 81.
- (31) FOUCAULT, Michel, coord. Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão. 2. ed. Rio de Janeiro, Graal, 1982. p. 170.
- (32) TURNER, op. cit. p. 126.
- (33) Ibidem. p. 127.
- (34) CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982. p. 142.
- (35) MAUSS, Marcel. Sociologia e antropologia. São Paulo, EPU, EDUSP, 1974. v. I, p. 49.
- (36) WARAT, Luis Alberto. Mitos e teorias na interpretação da lei. Porto Alegre, Síntese, 1979. p. 150.
- (37) CASTORIADIS, op. cit. p. 144.
- (38) LUHMANN, op. cit. p. 53.
- (39) PAUWELS, L. y BERGIER, J. La rebellion de los brujos. 3. ed. Barcelona, Plaza & Janes, 1971. p. 109.
- (40) Ibidem. p. 110.
- (41) TURNER, op. cit. p. 27.
- (42) MANDROU, Robert. Magistrados e feiticeiros na França do século XVII. São Paulo, Perspectiva, 1979. p. 78.
- (43) WARAT, Luis Alberto & CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Ensino e saber jurídico. Rio de Janeiro, Eldorado Tijuca, 1977. p. 44.
- (44) CAVALCANTI-NETTO, João Uchôa. O Direito, um mito. 2. ed. Rio de Janeiro, 1983. p. 27.

V - DO CARÁTER VINGATIVO DA PENA

O estudo efetuado até o presente momento, revelou-nos que o castigo atravessa o tempo como um fenômeno de caráter essencialmente vingativo.

A pena, apresentando em sua gênese uma forma de vingança religiosa, uma vez que a religião era a lei comum ao grupo social, constituindo a ruptura desta regra coletiva, uma ofensa à divindade, o que implicava a participação de todo o clã na punição do culpado, pois acreditavam que em assim agindo, evitariam que a ira do sobrenatural recaísse sobre toda a coletividade, vai pouco a pouco perdendo a marca da religiosidade, sem contudo desaparecer completamente, assumindo a forma de uma vingança pública, que por sua vez ostenta, num primeiro momento, um caráter vingativo mais político e, posteriormente um caráter vingativo predominantemente jurídico, com o deslocamento da entidade ofendida para o Estado, para a Lei, pelo que se reclama a punição do culpado em nome da necessidade de conservação da sociedade.

A punição, sustentada na crença do temor, foi aos poucos deslocando-se da autoridade divina para a autoridade pública, mudando da irracionalidade para a racionalidade, procurando, enfim, uma melhor justificativa para a sua inflicção. A expiação deixou de ser aplicada generalizadamente, passando a ser infundida de maneira mais delimitada.

Portanto, abdicamos de um período em que não havia consciência da punição, nem critérios de justiça sobre os quais pudesse ser aferida a gravidade da ofensa, para incursionarmos numa etapa de maior conscientização da pena, onde se procura uma melhor justificativa para o castigo.

As teorias erigidas sobre os fundamentos e fins da pena, revelaram-nos que a princípio predominava a máxima "pune-se porque pecou", lema do retribucionismo e que bem atenta para a falta de critério outro a justificar o castigo, a não ser o meramente de justiça.

Foi somente mais tarde que se procurou encontrar a razão de ser e a finalidade do castigo, em justificativas outras, além do critério único de justiça, passando então a punição a ser melhor orientada, mais dirigida. É o aparecimento das teses utilitaristas sobre a pena, objetivando justificar o castigo na proteção da sociedade e na recuperação do causador da ruptura social. Encontramo-nos aqui, diante da consagração da máxima, "pune-se para que não peque".

Como vimos, o retribucionismo e o utilitarismo perseguem objetivos opostos, pois voltam-se, respectivamente, para a expiação do passado e para a expiação do futuro. Daí, conseqüentemente, a impossibilidade de conciliação de ambas as teses, como quer a tese eclética, ao pretender reunir elementos de uma e de outra teoria, para impor a máxima "pune-se porque pecou e pune-se para que não peque".

Portanto, apesar de tudo que se fez ou ^{se} se disse até agora, no sentido de alcançar uma melhor justificativa para o castigo, ainda não se conseguiu libertar o ranço retributivista impregnado na pena, a qual continua a ser uma expiação do passado, eis

que infligida diante do cometimento de uma falta.

"O estabelecimento de sanções se dá em aplicação do **princípio da retribuição**, decisivo para o convívio social. Pode ser formulado: se um membro da comunidade se conduz de uma maneira que lesa os interesses da comunidade, deve ser punido, i.e., deve ser-lhe causado um mal. Se se conduz, porém, de uma maneira que fomenta os interesses da comunidade, deve ser recompensado, i.e., deve ser-lhe causado um bem. No princípio retributivo expressa-se o princípio da Justiça da igualdade; igual por igual, bem por bem, mal por mal. Como o princípio de Talião: olho por olho, dente por dente." (1)

É pois, no talião, que o princípio retributivista encontra a sua mais precisa expressão simétrica, estabelecendo-se um rigo-roso elo entre o crime e o castigo. Aliás, o talião, conforme já tivemos o ensejo de assinalar, marca a origem do direito escrito dos povos, fazendo com que a pena começasse a aparecer insculpada nos códigos.

Com o talionato, a vingança apresenta a sua máxima expressão, visto que existe uma estreita correspondência entre a falta e a expiação, entre o pecado e o castigo, entre o crime e a pena, o que acarretou uma maior delimitação na punição.

Em diversos povos e diferentes épocas, a vingança de sangue, que não raramente implicava a dizimação de um grupo todo, foi cedendo espaço a outras formas de satisfação vingativa, tais como o talionato, fazendo com que o castigo passasse a ser mais orientado e deixasse de consistir na vindita ilimitada, irracional e instintiva, própria da fase predominantemente teocrática.

Mas, até chegarmos à etapa prevalecentemente jurídica em que a pena passa a ser um consectário lógico da violação à norma penal, infligida em reação à ofensa à lei, decorreu um longo período, pois tivemos que abandonar a etapa divina, onde a pena confundia-se com uma mistura de religiosidade, de ritos mágicos, ina-

vendo direito escrito, sendo a pena passada com a fórmula da oração.

O outro período também superado, foi o político, etapa intermediária entre a fase teocrática e a jurídica, caracterizado pelo aparecimento da divindade, socialmente organizada, chamada Estado, continuando a lei penal a ser o texto sagrado e, a justiça penal, não passando de um conjunto de ritos.

Este desdobramento experimentado pela expiação, apresentando-se como período divino, num primeiro momento e, período político e jurídico, posteriormente, assinala a racionalização por que passou o castigo no curso do tempo.

Para nós, pelo que já discorreremos no capítulo primeiro, a pena experimentou somente duas etapas, quais foram a da fase teocrática e a da pública, caracterizada, esta, por um momento em que a pena foi mais política e, hoje, mais jurídica. Portanto, englobamos os períodos político e jurídico percorridos pelo castigo, na etapa pública, a qual foi iniciada e ainda não superada.

Temos que, o que separava a fase teocrática da fase pública é a predominância, respectiva, do poder divino e do poder temporal, centrados, correlatamente, no sobrenatural e no Estado socialmente organizado.

Podemos dizer que a pena sempre consistiu na imposição de uma medida comum a todas as sociedades, em reprovação a atos rechaçados universalmente, quer apresentasse uma conotação mais teocrática, quer apresente uma conotação mais pública.

Daí que todas as sociedades são dignas de interesse, quer sejam "primitivas", quer sejam "civilizadas". Entendemos que o castigo apresenta uma marca universal, que sempre esteve presente em todos os grupos sociais, quer nas sociedades tidas como "inferio

res", sociedades que ainda não conheciam a escrita, quer nas sociedades tidas como "superiores".

"Existem por um lado as sociedades primitivas, ou sociedades sem Estado; e, por outro lado, as sociedades com Estado. É a presença ou a ausência da formação estatal (susceptível de assumir múltiplas formas) que fornece a toda sociedade o seu elo lógico, que traça uma linha de irreversível descontinuidade entre as sociedades. O aparecimento do Estado realizou a grande divisão tipológica entre selvagens e civilizados, e traçou uma indelével linha de separação além da qual tudo mudou, pois o Tempo se torna História." (2)

O surgimento do Estado, acrescentamos nós, do Estado politicamente organizado, representou a separação entre o estado "selvagem" e o estado "civilizado", eis que não concebemos possa ter existido formação social, sem a presença sequer de um embrião do Estado, pelo que o mesmo sempre esteve presente, representado na figura de uma autoridade religiosa ou política, como o chefe religioso, o sacerdote, o rei, o chefe político, os quais detinham poderes sobre o grupo social a que pertenciam.

Para nós, a diferença entre a pena imposta nas sociedades ditas primitivas e a pena infligida nas sociedades tidas como avançadas, reside no fato de nestas ser mais organizada, visto que a repressão apresenta-se melhor orientada, mais dirigida, bem direcionada; enquanto que naquelas, encontra-se mais difusa. Portanto, a distinção havida entre a pena de antanho e a pena hodierna, consiste na passagem de uma penalidade difusa, desorganizada, desproporcionada, em que o castigo era inculcado, fundado no único critério de justificar a falta cometida, para uma penalidade mais ordenada, onde o Estado politicamente organizado, arvorando-se em representante da sociedade, avoca a si o poder de punir, pelo que passa a exercitar o poder legal de castigar, através de um órgão específico, que é o poder judiciário, instância crimi-

nal encarregada de arbitrar os litígios havidos entre os indivíduos em sociedade.

Mas, será que não houve uma evolução na arte de punir? Não teria havido uma transformação mais profunda na pena? Não haveria se processado uma mitigação do castigo?

Ora, é sabido que hoje, inadmite-se o punir por punir. As teses utilitaristas procuram justificar a pena imposta ao acusado, em razões outras, além do exclusivo critério de justiça. Já não temos em diversos povos o cenário do cadafalso, já não assistimos com tanta frequência ao espetáculo do suplício, das mutilações horrendas, dos sofrimentos atrozes.

Começou-se, a partir do século XVIII, a exigir que a vingança da pena fosse banida, que o castigo puna, ao invés de vingar, tudo ecoado através do discurso crítico dos filósofos reformadores, cujo expoente máximo foi Beccaria, que procuraram buscar um sentido humanizador para a expiação, culminando com a justificativa de defesa social, no século XIX, a qual passou a encarar o criminoso não mais pura e simplesmente como o alvo do castigo, sobre o qual devesse repousar a vindita, mas sim, como o objeto da correção, da reeducação, da emenda, da recuperação.

"É certo que a história do Direito Penal é a história de uma constante abolição. Abolidas foram as penas de morte, de mutilação, de açoite, de degredo, de infâmia aos descendentes, bem como abolida foi, por exemplo, a incriminação da heresia e do homossexualismo." (3)

Houve, pois, ingentes esforços no sentido da humanização das penas, voltados à mitigação, ao abrandamento e à redução das penas, alicerçados em fundamentos e fins mais racionais.

"Busca-se humanizar o Direito Penal sem destituí-lo do seu inafastável caráter punitivo, entendendo-se a pena como um ônus a ser sentido pelo condenado." (4)

A idéia do crime sempre esteve ligada à idéia do castigo. Crime e castigo são duas coisas inseparáveis.

"Com efeito, o único carácter comum a todos os crimes é que eles consistem - ... - em actos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade." (5)

Para sabermos, no entanto, se houve uma atenuação dos castigos no curso do tempo, faz-se necessário averiguarmos se houve uma suavização nos crimes.

"Desde o fim do século XVII, com efeito, nota-se uma diminuição considerável dos crimes de sangue e, de um modo geral, das agressões físicas; os delitos contra a propriedade parecem prevalecter sobre os crimes violentos; o roubo e a vi garice sobre os assassinatos, os ferimentos e golpes; a delinqüência difusa, ocasional, mas frequente das classes pobres é substituída por uma delinqüência limitada e 'hábil'; os criminosos do século XVII são 'homens prostrados, mal alimentados, levados pelos impulsos e pela cólera, criminosos de verão', os do XVIII, 'velhacos, es pertos, matreiros que calculam', criminalidade de 'marginais'; modifica-se enfim a organização interna da delinqüência." (6)

O que efetivamente ocorreu em relação ao crime, foi uma transmutação bastante acentuada na agressão ao bem jurídico protegido, pois com a intensificação dos crimes contra o patrimônio, as violências físicas praticadas, aparentemente parecem ter sido suplantadas.

"Na verdade, a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo, onde figuram o desenvolvimento da produção, o aumento das riquezas, uma valorização jurídica e moral maior das relações de propriedade, métodos de vigilância mais rigorosos, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informação: o deslocamento das práticas ilegais é correlato de uma extensão e de um afinamento das práticas punitivas." (7)

"O que se vai definindo não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados - os suplícios ainda são frequentes, mesmo para os crimes leves - quanto uma tendência para uma justi-

ça mais desembaraçada e mais inteligente para uma vigilância penal mais atenta do corpo social. De acordo com um processo circular quando se eleva o limiar da passagem para os crimes violentos, também aumenta a intolerância aos delitos econômicos, os controles ficam mais rígidos, as intervenções penais se antecipam mais e tornam-se mais numerosas." (8)

Verificamos assim, que não houve uma diminuição nos delitos, mas sim um deslocamento do bem juridicamente tutelado, alvo da ofensa, o que corresponde correlatamente a não diminuição do castigo. Portanto, não houve, igualmente, um abrandamento da pena. O que decorreu a partir do século XVIII, foi a instauração de um novo modo de punir, uma nova maneira de infligir a pena, uma nova forma de exercitar o castigo, o que culminou não em punir menos, mas sim, em punir melhor.

"Durante todo o século XVII, dentro e fora do sistema judiciário, na prática penal cotidiana como na crítica das instituições, vemos formar-se uma nova estratégia para o exercício do poder de castigar. E a 'reforma' propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir." (9)

Assistimos, então, ao surgimento da reforma penal advinda da necessidade de cindir o poder, o qual se concentrava totalmente nas mãos do soberano, que por sua vez arvorava-se nas funções julgadoras e legislativas, praticando as mais inominadas atrocidades. Impõe-se, pois, a imperiosa necessidade de se instituir um poder comum, distinto do poder soberano e independente do poder legislativo, acometido somente da função de julgar.

ALEXIS DE TOCQUEVILLE, ao estudar 'O Antigo Regime e a Revolução', obra em que procura comparar a sociedade francesa antes

e após a revolução de 1789, nos dá uma idéia do pensamento social da época, ao mencionar o seguinte:

"Tribunais de justiça participam indiretamente do poder legislativo; têm o direito de fazer regulamentos administrativos aplicáveis dentro dos limites de sua competência. As vezes enfrentam a administração propriamente dita, criticando amargamente suas medidas e determinando seus agentes. Simples juizes decretam ordenanças policiais nas cidades e nos burgos de sua residência." (10)

"No centro do reino e perto do trono formou-se um corpo administrativo com um poder singular, em cujo seio todos os poderes se juntam de uma maneira nova: é o **conselho do rei**.

"Sua origem é antiga, mas a maior parte das suas funções é de data recente. É ao mesmo tempo supremo tribunal de justiça, pois tem o direito de cassar os decretos de todos os tribunais ordinários, e superior tribunal administrativo, pois todas as jurisdições especializadas são, em última instância, de sua competência. (...) Não tem entretanto uma jurisdição própria. É o rei e só o rei quem decide, mesmo quando o conselho parece pronunciar-se. Mesmo dando a impressão de distribuir a justiça, o conselho só comporta, na realidade, **avisadores** como fica determinado pelo parlamento numa das suas advertências." (11)

Institui-se, pois, o poder judiciário, instituição criminal encarregada de julgar os crimes praticados na sociedade. A entidade ofendida deixa de ser o sobrenatural. O poder de punir já não mais se fundamenta na divindade. A pena passa a ser fundamentada em nome do Estado politicamente organizado, o qual se apresenta como a entidade ofendida.

Assim, na legalidade do Estado socialmente organizado, como representante de todos nós, não é difícil, a nível dos princípios, deslocar-se a legitimidade do poder de punir, que se encontra na sociedade, para a legalidade do poder de punir, manifestada pelo "jus puniendi" do Estado.

"Ao nível dos princípios, essa nova estratégia é facilmente formulada na teoria geral do contrato. Supõe-se que o cidadão tenha aceito de uma vez por todas, com as leis da sociedade, também

aquela que poderá puni-lo. O criminoso aparece então como um ser juridicamente paradoxal. Ele rompeu o pacto, é portanto inimigo da sociedade inteira, mas participa da punição que se exerce sobre ele. O menor crime ataca toda a sociedade; é toda a sociedade - inclusive o criminoso - está presente na menor punição. O castigo penal é então uma função generalizada, coextensiva ao corpo social e a cada um de seus elementos. Coloca-se então o problema da 'medida', e da economia do poder de punir." (12)

Verificamos assim, a constituição de um direito de punir, de castigar, de apenar o criminoso, que pela transgressão da norma jurídica de convivência social, tornou-se inimigo da sociedade inteira.

Cabe-nos, porém, ressaltar que, tanto a divindade quanto o Estado, apresentados, respectivamente, como entidades ofendidas, correlatamente, na fase teocrática e na fase pública da pena, não passam de representações ilusórias, pois no fundo quem pune é a sociedade, pois é a ela que são dirigidas as ofensas.

Vimos que, a legitimidade do poder de punir é encontrada na sociedade, sendo que a passagem de um estado de natureza para um estado político não retirou da sociedade o legítimo poder de apenar. A sociedade, portanto, é a detentora, a fonte e ao mesmo tempo a aplicadora do castigo. As "teorias contratuais respeitam o problema da **justificação** e do **fundamento** do poder". (13)

O permanente estado de beligerância em que se encontravam os homens, antes do advento de um órgão comum, que lhes possibilitasse coexistir socialmente, sob pena de efetivamente ser estabelecida uma sanção, autorizava a cada um punir as ofensas sofridas, vingando, assim, os sentimentos ofendidos. Este estado de guerra vivenciado pelos indivíduos, tem continuidade mesmo após o aparecimento do Estado socialmente organizado, todavia, consistindo numa luta institucionalizada. Vejamos, por exemplo, o ins-

tituto da legítima defesa, consagrado nos modernos sistemas penais. Se compararmos a legítima defesa de antigamente com a legítima defesa de nossos dias, haveremos de constatar que, aquela era exercida de forma imoderada, ilimitada, enquanto esta deve ser exercitada com moderação, dentro de certos limites.

Portanto, o estado de guerra existente anteriormente ao advento de um poder suficientemente forte, capaz de administrar os conflitos sociais, persiste, inobstante a organização política estatal. Só que hoje, aquele estado de vindita encontra-se regrado, ritualizado, institucionalizado.

Em nossos dias, a vingança é infligida através de um processo ritual institucionalizado, em obediência a certos ditames legais, que procura legitimar o poder de punir, tentando ocultar o caráter vingativo da pena.

O julgador, representante do poder judiciário do Estado, figura central na condução do processo ritual, não é o que vinga a ofensa sofrida por um dos membros da sociedade, nem tampouco o que irá decretar sozinho a punição ao culpado. Para evitar que a pena seja pura e simplesmente uma punição legal e o juiz não seja aquele que pune, vinga e castiga é que se fragmenta o poder legal de punir do magistrado, estendendo-se a toda sociedade a tarefa de julgar, pois ao longo do processo criminal, funciona uma série de pequenos julgadores, representantes da sociedade, tais como peritos, assistentes, psiquiatras, psicólogos, educadores, etc., que não deixam o juiz aparecer como o único responsável pela vindita da condenação.

"O juiz de nossos dias - magistrado ou jurado - faz outra coisa, bem diferente de 'julgar'".

"E ele não julga mais sozinho. Ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas jus

tiças e juizes paralelos se multiplicaram em torno do julgamento principal: peritos, psiquiátricos ou psicológicos, magistrados da aplicação das penas, educadores, funcionários da administração penitenciária fracionam o poder legal de punir; dir-se-á que nenhum deles partilha realmente do direito de julgar; que uns, depois das sentenças, só têm o direito de fazer executar uma pena fixa da pelo tribunal, e principalmente que outros - os peritos - não intervêm antes da sentença para fazer um julgamento, mas para esclarecer a decisão dos juizes. Mas desde que as penas e as medidas de segurança definidas pelo tribunal não são determinadas de uma maneira absoluta, a partir do momento em que elas podem ser modificadas no caminho, a partir do momento em que se deixa a pessoas que não os juizes da infração o cuidado de decidir se o condenado 'merece' ser posto em semiliberdade ou em liberdade condicional, se eles podem pôr um termo à sua tutela penal, são sem dúvida mecanismos de punição legal que lhes são colocados entre as mãos e deixados à sua apreciação; juizes anexos, mas juizes de todo modo." (14)

Se, no período da vingança divina, inexistente "então um processo no sentido moderno do termo: o que conta é a decisão, e não o modo como aí se chegou", (15) temos igualmente a participação de todo o grupo social na punição do culpado.

O processo ritual institucionalizado da pena, deflagrado contra o indivíduo, constitui uma demonstração inequívoca de ruptura do pacto social, pelo que autoriza toda a sociedade a se voltar contra o culpado e vingar a ofensa sofrida.

"O criminoso, aquele que atenta contra os bens e a vida dos demais cidadãos, declara guerra a toda sociedade (e particularmente ao Estado), coloca-se fora do pacto social." (16)

Portanto, podemos dizer que a pena, o castigo, a expiação, sempre consistiu numa forma de vingança social, pois na época da fase divina do castigo, quem vingava as ofensas recebidas era o próprio grupo social, porque era este que de fato sofria as ofensas e não a divindade; hoje, quem vinga as faltas sofridas é a sociedade, pois é esta o alvo da infração e não o Estado.

"Seguramente esta representação é ilusória; num certo sentido somos bem nós que nos vingamos, nós que nos satisfazemos, pois que é em nós, e apenas em nós, que se encontram os sentimentos ofendidos. Mas esta ilusão é necessária." (17)

Vemos assim, que a pena não perdeu a marca da religiosidade, inobstante ter abandonado a fase teocrática e ingressado na etapa pública (política e jurídica), onde o castigo é melhor dirigido, em função da procura de uma justificativa racional do poder de punir.

"É certo que no fundo da noção de expiação há a idéia de uma satisfação concedida a algum poder, real ou ideal, que nos é superior. Quando reclamamos a repressão do crime, não é que queiramos pessoalmente vingar, mas é qualquer coisa de sagrado que sentimos mais ou menos confusamente fora e acima de nós. Esta qualquer coisa concebemo-la de diferentes maneiras, consoante os tempos e os meios; por vezes, é uma simples idéia, como a moral, o dever; a maior parte das vezes, representamo-lo sob a forma de um ou de vários seres concretos: os antepassados, a divindade. Eis porque o direito penal não somente é na origem essencialmente religioso, mas ainda contém sempre uma certa marca de religiosidade: é que os actos que ele castiga parecem ser atentados contra qualquer coisa de transcendente, ser ou conceito. É por esta mesma razão que explicamos a nós próprios como nos parecem reclamar uma sanção superior à simples reparação com que nos contentamos na ordem dos interesses puramente humanos." (18)

"El castigo es un mal, un sufrimiento inaceptable, una práctica contraria a la razón. Pero, mientras tanto, seguimos aplicando el castigo en los casos para los que habitualmente fue diseñado." (19)

Temos pois, que tanto na fase teocrática, bem como nas fases política e jurídica experimentadas pelo castigo, este não deixou de consistir numa vingança da sociedade, pelo que apontamos como único período seguido pela pena, a etapa da vingança social, com predominância primeiramente de uma forte marca de religiosidade e posteriormente de um nítido traço público, tendo como crenças, respectivamente, a entidade do sobrenatural e a entidade do Estado.

"A reação social contra o crime, na realidade, tanto na fase teocrática primitiva como na fase política da expiação e mesmo na fase jurídica da repressão, se traduz sempre pelo exercício autoritário da vindita pública. Em todos os casos o objetivo é conduzir o delinqüente ante uma autoridade que, ao reconhecê-lo culpado, em nome da sociedade, aplicar-lhe-á penas previstas por essa mesma sociedade como forma de salvaguardar-se e como retribuição pelo mal praticado. Trata-se da antiga fórmula latina que se tornou célebre graças a Grotius e segundo a qual a pena consiste num mal infligido ao delinqüente tendo em vista o mal por ele praticado. Em todas essas concepções, o criminoso retraiu-se da comunidade social de que se torna inimigo; segundo a velha fórmula, ele se faz indigno da Sociedade." (20)

"Não se deve esquecer, entretanto, que essas três concepções ou essas três fases da história da justiça penal, por diferentes que sejam, se interrelacionam e que, sobretudo, apresentam entre si características comuns. Essas três concepções, de fato, baseiam-se todas elas na aceitação de certas noções de ordem metafísica e tendem da mesma forma à instauração de uma justiça penal absoluta. Quer busquem promover a vingança do sacrilégio, a expiação do criminoso ou o castigo legal do culpado, elas visam igualmente garantir uma reparação total e definitiva da infração considerada objetivamente: todas elas repousam sobre o fato de levar em consideração uma noção, igualmente objetiva, do delito e de seu autor." (21)

Portanto, entre a pena de antigamente e a pena de agora não existe praticamente nenhuma diferença. O que podemos mencionar é que hoje, pune-se com mais consciência, procurando-se fins utilitaristas. Mas não é a mudança de finalidades ou objetivos do castigo, que alterou a essência da pena.

"Mas hoje, diz-se, a pena mudou de natureza; já não é para se vingar que a sociedade castiga; é para se defender. A dor que inflige não é mais nas suas mãos senão um instrumento metódico de protecção. Ela pune, não porque o castigo lhe ofereça por si próprio alguma satisfação, mas para que o temor da pena paralise as más vontades. Já não é a cólera, mas a prevenção reflectida, que determina a repressão." (22)

Se a pena passou a ser exercida de forma refletida, ritualizada, racionalizada, melhor direcionada, dentro de certos limi-

tes, procurando escamotear a crueldade ostensiva, esconder a torpeza, ocultando o ímpeto irrefletido e cego, nem por isso deixou de ser uma vingança social, porém operada em obediência a certas regras.

"Os meios 'insidiosos e cruéis' das velhas penas foram abandonados a nível da lei, mas passaram a ser usados não mais para punir, mas para 'extrair informações'. A tortura pública sancionadora, muda-se para os lugares ermos e passa a ter a finalidade de extrair, o mais rápido possível, informações necessárias à repressão. Por isso, a tortura, como não mais existe para a lei, não mais existe para o mundo. Não existe mais tortura, ela é secreta, escondida, instrumento escondido de defesa do Estado, de pressão contra as camadas marginais." (23)

"Hoje, a crueldade não é mais pública, ela se esconde, confina-se entre as paredes, atinge os que não têm voz. A aplicação da pena, deliberadamente se coloca como não-cruel, como recuperadora, isto é, como medida humana ou humanizada. Mas, a mesma crueldade continua a existir, tanto no procedimento investigatório, como na própria aplicação da sanção penal. A tortura, formalmente banida das leis, continua a mediar nas diversas 'descobertas' de autores de atos delituosos." (24)

Não cremos, entretanto, que tenha havido uma mitigação, uma suavização, um abrandamento na natureza essencialmente vingativa da pena. Não concebemos, portanto, tenha havido uma evolução nas penas, se compararmos os crimes de hoje com os crimes existentes na lei das XII Tábuas, por exemplo.

"Compare-se o direito penal tal como a lei das XII Tábuas o fixou em Roma com o estado em que se encontra na época clássica; as mudanças que se verificam são pouca coisa ao lado das que o direito civil sofreu durante o mesmo tempo. Os principais crimes e delitos estão constituídos desde a época das XII Tábuas, diz MAINZ: 'Durante dez gerações, o catálogo dos crimes públicos não foi aumentado senão por algumas leis que punem o peculato, a briga e talvez o plagium!'" (25)

Talvez, o que nos leve a querer admitir uma certa evolução castigo, entendendo-se "como evolução um processo dinâmico de mudanças que se encaminha para 'o melhor'", (26) seja a visão et-

nocêntrica que temos do sentido único da história, levando-nos à convicção "de que toda sociedade está condenada a inscrever-se nessa história e a percorrer as suas etapas que, a partir da selvageria, conduzem à civilização", (27) como se a sociedade "primitiva" fosse uma sociedade inacabada, que não pudesse bastar-se a si mesma, dada a falta do Estado politicamente organizado, como se este fosse o fim único de toda sociedade.

"De um modo mais ou menos confuso, é realmente o que dizem as crônicas dos viajantes ou os trabalhos dos pesquisadores: não se pode imaginar a sociedade sem o Estado, o Estado é o destino de toda sociedade." (28)

Entendemos, assim, que não existe tamanha diferença entre a expiação teocrática, o castigo político e a pena jurídica, pelo que não podemos falar em evolução das sanções, uma vez que não houve, igualmente, uma evolução nos delitos. A única transformação havida, em nosso entendimento, foi a mudança de uma penalidade difusa, para uma penalidade organizada.

"O direito de punir deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível superpoder. E necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder do castigo." (29)

Vemos, então, que esta transformação operada no castigo não foi para melhor, pois não é no fato de se punir com mais consciência, sem se estar movido pela cólera cega da paixão instintiva de punir, que se está a punir menos.

"Sob a humanização das penas, o que se encontra são todas essas regras que autorizam, melhor, que exigem a 'suavidade', como uma economia calculada do poder de punir. Mas elas exigem também um deslocamento no ponto de aplicação desse poder: que não seja mais o corpo, como o jogo ritual dos sofrimentos excessivos, das marcas ostensivas no ritual dos suplícios; que seja o es-

pírito ou antes um jogo de representações e de sinais que circulem discretamente mas com necessidade e evidência no espírito de todos. Não mais o corpo, mas a alma, dizia Mably." (30)

Hoje, nos encontramos diante de uma nova forma de apenar, de um novo requinte, de uma nova roupagem de que se reveste o poder de punir. Mas, o que não podemos pôr em dúvida é o fato de que a sociedade, enfim, o próprio homem, constituir um ser extremamente agressivo, cruel e vingativo, o que se reflete na natureza vingativa da pena.

"Difícilmente se pode pôr em dúvida o fato de ser o homem uma criatura agressiva. Com exceção de certos roedores, nenhum outro vertebrado habitualmente destrói membros da sua própria espécie. Nenhum outro animal tem prazer positivo no exercício da crueldade contra outro da sua própria espécie. Geralmente descrevemos os exemplos mais impulsivos da crueldade do homem como brutal ou bestial, subentendendo, com esses adjetivos, que tal comportamento é característico de animais menos desenvolvidos do que nós. Todavia, na verdade, os extremos de comportamento 'brutal' estão confinados ao homem, não havendo paralelo, na natureza, com o tratamento selvagem que damos uns aos outros. O fato sombrio é que somos a espécie mais cruel e implacável que jamais pisou sobre a Terra e que, embora possamos ficar horrorizados quando lemos, no jornal ou nos livros, histórias sobre as atrocidades cometidas pelo homem contra o homem, sabemos, intimamente, que cada um de nós abriga dentro de si os mesmos impulsos selvagens que levam ao assassinio, à tortura e à guerra." (31)

O estudo da pena efetuado nas escolas penais, revelou-nos que ainda permanecemos fiéis ao princípio retributivista do punir por punir, matriz de toda a penalidade. Entendemos, que a natureza vingativa da pena está intimamente conectada com o seu res saibo retributivista, ao exprimir a idéia do castigo na fórmula de que ao mal do crime se deve seguir o mal da pena.

Os esforços que se seguiram a partir do século XVII, no sentido de buscar a humanização do poder de punir, em justificativas de recuperação e reintegração do punido, não passou de um dis

curso articulado retoricamente, voltado a introduzir o castigo dentro de um espaço de racionalidade.

"A pena passa assim a ser um instrumento de recuperação e reintegração do indivíduo à sociedade. Esse discurso continua sendo usado para justificar modificações institucionais, para dar fundamento à existência dos órgãos de purgação hoje operantes." (32)

Os trabalhos desenvolvidos pela "Defesa Social", surgida em fins do século XIX, na Itália, cujo germe se encontra na "Escola Positiva", entendendo num primeiro momento, "que a pena devia ser um tratamento, com finalidade de reeducação, de recuperação social, de ressocialização do delinqüente, tornando-o útil à sociedade, ou, pelo menos, se isso não fosse possível, neutralizando-lhe as virtualidades para delinqüir; era a prevenção individual (ou particular) do delito", (33) em que pese a evolução do seu pensamento, com a reconsideração "ético-jurídica da pena, cuja natureza é retributiva do fato e punitiva do autor, tendo funções e finalidades éticas (principais) e utilitárias (acessórias), também foi reconsiderada a noção de defesa social", (34) deixando a partir da metade do século XX "de ser apenas defesa da sociedade (do todo social) contra o delinqüente, para ser defesa da sociedade e cada um dos seus membros contra o delito (contra o risco de vir a cometer um delito ou de vir a ser vítima de delito)", (35) até chegar a recentes concepções da pena com a "Nova Defesa Social", não foram suficientes para erradicar o caráter vingativo do castigo, contida na natureza retributiva e punitiva da expiação.

Os fundamentos e finalidades que se procurou dar ao castigo, não passam de justificativas vazias, inventadas para dissimular a vindita da pena, procurando delimitá-la, para punir de outra forma, fazendo com que o castigo produza aparentemente o efeito

de estar sendo inculcado com mais consciência.

"E, efectivamente, a pena permaneceu, pelo menos em parte, obra da vingança. Diz-se que não fazemos sofrer o culpado para o fazer sofrer. Não deixa de ser verdade que achamos justo que ele sofra. (...) Supondo que a pena possa realmente servir para no futuro nos proteger, admitimos que ela deve ser, antes de mais, uma expição do passado. O que o prova, são as precauções minuciosas que tomamos para, tão precisamente quanto possível, a tornar proporcional à gravidade do crime; elas seriam inexplicáveis se não acreditássemos que o culpado deve sofrer, porque provocou da nos, e na mesma medida. Com efeito, esta graduação não era necessária se a pena fosse apenas um meio de defesa. Sem dúvida, haveria perigo para a sociedade caso os atentados mais graves fossem equiparados a simples delitos; mas não poderia haver senão vantagens, na maior parte dos casos, se os segundos fossem equiparados aos primeiros. Contra um inimigo, nunca é demais tomar precauções. Poderá dizer-se que os autores dos mais insignificantes delitos têm naturezas menos perversas e que, para neutralizar os seus maus instintos, são suficientes penas menos fortes? Mas, se as suas tendências são menos viciosas, nem por isso são menos intensas. Os ladrões estão tão fortemente inclinados para o roubo quanto os assassinos para o homicídio; a resistência que os primeiros oferecem não é inferior à dos segundos, e, por consequência, para levar a melhor sobre isso dever-se-á recorrer aos mesmos meios." (36)

A pena continua sendo a expiação do passado e a prova disto é que continuamos a aplicá-la em obediência à rigorosa proporção que deve guardar o crime em relação ao castigo, conforme se constata de sua gravação nos códigos modernos.

"Quando se pensa no direito penal tal como funciona nas nossas sociedades, representamo-lo como um código onde penas muito definidas estão ligadas a crimes igualmente definidos. O juiz dispõe de uma certa latitude para, em cada caso particular, aplicar estas disposições gerais; mas nas suas linhas essenciais a pena está predeterminada para cada categoria de actos delituosos." (37)

Os sistemas penais contemporâneos, representados nas codificações, apresentam, pois, uma escala graduada de penas, constando-se uma nítida preocupação aritmética de proporcionar o

mais precisamente possível uma correspondência entre o delito e a pena, o que nos faz recordar a comparação Hegeliana do código penal com a lista de preços que cada um deve pagar pelo crime cometido; a pena, como o preço a ser pago e, o crime, como o produto posto à disposição de quem quiser.

Estabelece-se, então, uma justiça caracterizada por uma matematização das penas, em que se procura ajustar o mais exato possível o crime e o castigo, o que nos faz recordar o quanto ainda estamos arraigados ao talião.

"Podemos, é preciso admitir uma proximidade da pena e do crime; mas não mais na antiga forma, em que o suplício devia equivaler ao crime em intensidade, com um suplemento que marcava o 'mais-poder' do soberano que realizava sua vingança legítima; é uma quase-equivalência ao nível dos interesses: um pouco mais de interesse em evitar a pena que em arriscar o crime." (38)

Encontramo-nos ainda diante do talionato, porém revestido este de novas roupagens, consoante estampado na proporção aritmética entre os delitos e as penas materializadas nos códigos. Este passa a ser o documento do pacto social, onde se encontram as penalidades para os que o violam. Esta catalogação de penas e de crimes, com a pretensa obsessão de encontrar para cada crime a pena que convém, sua dosagem correta, faz ressurgir o talião sob novas vestes, na medida em que se passa a retribuir ao mal do crime o mal da pena, na mesma proporção, mas em observância à determinada graduação. Antes, o talião consistia em fazer o criminoso sofrer com o mesmo instrumento causador da ofensa e em idêntica parte do corpo. Hoje, podemos dizer que a vingança também assumiu formas determinadas, segundo um conceito de igualdade, tendo-se um único instrumento consubstanciado na pena, atingindo a todos além do corpo, na mesma parte da alma.

Mas, através do ritual institucionalizado do poder de punir,

procura-se ocultar o talião vigorante, tentando esconder o exercício da vindita, pelo que cumprem relevante papel os "aparelhos ideológicos e repressivos do Estado", (39) especificamente os tribunais, onde é criado um espaço público solene, no qual atuam os representantes da sociedade, reproduzindo o desejo de vingança verificado na sociedade. Porém, o ritual, rico em simbolismos, tais como os atos rituais, os interrogatórios, as confissões, a sentença, intenta pôr em surdina a vindita do castigo, pelo espaço sagrado que se forma.

"Todavia, é curioso notar como o direito penal utiliza todo um arsenal de conceitos psicológicos (responsabilidade, imputabilidade, dolo, culpa, etc.) sem nunca recorrer aos resultados da psicologia e da psicanálise, mas movendo-se sempre no interior do direito, num mundo fictício que responde a exigências jurídicas precisas, mas ignora a evolução de outras disciplinas."

(40)

Cumpre-nos dizer que o ritual é instituído para simplificar a complexidade do ser humano, tornando despiciendas quaisquer considerações sobre a subjetividade do acusado, examinando-a apenas de forma sumaríssima. Ao processo ritual cumpre, então, a função de manter o acusado no domínio do puro juridicismo, sem que haja indagações outras de ordem valorativa.

Podemos dizer que a pena infligida, através do ritual institucionalizado pela justiça criminal, não passa de um "leito de procusto", (41) que estica e encurta o acusado dentro de uma escala fixa de penas, fazendo com que todos os crimes se afeiçoem, se amoldem, se subsumam o mais estritamente possível da pena.

O sentimento de vingança que animou a pena em sua origem, que brotava da força dos signos sagrados, tem continuidade hoje, através do ritual, forma sofisticada de vingar as ofensas endereçadas à sociedade, a qual empresta sua força ao poder de punir.

Por mais que queiramos, não conseguimos afastar o caráter vingativo da pena. A idéia do sentimento dominante da vingança, encontra-se bem viva nas expressões proferidas de que o sangue se lava com sangue. Não raro assistimos a julgamentos em que a sentença condenatória é aplaudida, o que traduz uma indisfarçável demonstração de desforra social, de sentimento vingado.

"Nem pode negar-se que mesmo nos povos mais civilizados a penalidade parece ser a expressão da vingança social, isto é, o desejo de reparar o mal pelo mal. Sem dúvida, os malfeitores são universalmente odiados, e o desprezo que provocam aos honestos é naturalíssimo." (42)

A pena continua a ser uma sobrevivência da vingança, num misto de expiação, pecado, castigo, punição.

"Assim, a natureza da pena não mudou na essência. Tudo o que se pode dizer é que a necessidade de vingança está mais bem dirigida hoje que antigamente. O espírito de prevenção que emergiu já não deixa o campo tão livre à acção cega da paixão; contém-a dentro de certos limites, opõe-se às violências absurdas, às destruições sem razão de ser. Mais esclarecida, ela difunde-se menos ao acaso; já não a vemos, para apesar de tudo se satisfazer, virar-se contra inocentes. Todavia, ela permanece a alma da penalidade. Podemos portanto dizer que a pena consiste numa reacção passional de intensidade graduada." (43)

Portanto, a pena é o que nunca deixou de ser, ou seja, uma vingança social, eis que consiste numa obra de vingança da sociedade. Se a vingança está hoje mais organizada, nem por isso deixa de ser vingança; se vingamos melhor, nem por isso deixamos de vingar; se ainda retribuimos com o mal da pena, o mal do crime, é sinal de que nos encontramos muito ligados ao princípio retributivista de punir, para expiar um fato passado. O talionato encontra-se revestido de novas formas. Não é na mudança de finalidade do castigo, que a pena perde o seu caráter vingativo.

NOTAS

- (1) Kelsen, Hans. Teoria geral das normas. Porto Alegre, Fabris, 1986. p. 173.
- (2) CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado. 2. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1978. p. 140.
- (3) REALE JUNIOR, Miguel. Novos rumos do sistema criminal. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983. p. 40.
- (4) Ibidem. p. 42.
- (5) DURKHEIM, Emile. A divisão do trabalho social. 2. ed. Lisboa, Presença, 1984. v. I, p. 91.
- (6) FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 2. ed. Petrópolis, Vozes, 1983. p. 70-1.
- (7) Ibidem. p. 72.
- (8) Ibidem. p. 73.
- (9) Ibidem. p. 76.
- (10) TOCQUEVILLE, Alexis de. O antigo regime e a revolução. 2. ed. Brasília, UnB, 1982. p. 77.
- (11) Ibidem. p. 78.
- (12) FOUCAULT, op. cit. p. 83.
- (13) BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Brasília, UnB, 1984. p. 17.
- (14) FOUCAULT, op. cit. p. 24.
- (15) LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos. Lisboa, Presença, 1979. p. 98.
- (16) ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Metáforas do poder. Rio de Janeiro, Graal, 1980. p. 46.
- (17) DURKHEIM, op. cit. v.I, p. 120.
- (18) Ibidem. v.I, p. 120.

- (19) FARREL, Martin Diego. Willian Godwin: filosofia política a fines del siglo XVIII. Contradogmáticas, Santa Cruz do Sul, ALMED, FISC, 2(4/5): 128-46, 1985. p. 141
- (20) ANCEL, Marc. A nova defesa social. Rio de Janeiro, Forense, 1979. p. 279-80.
- (21) Ibidem. p. 228.
- (22) DURKHEIM, op. cit. v. I, p. 105.
- (23) AGUIAR, Roberto A. R. de. Direito, poder e opressão. 2. ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1984. p. 89.
- (24) Ibidem. p. 128.
- (25) DURKHEIM, op. cit. v. I, p. 96.
- (26) AGUIAR, op. cit. p. 86.
- (27) CLASTRES, op. cit. p. 133.
- (28) Ibidem. p. 132.
- (29) FOUCAULT, op. cit. p. 83.
- (30) Ibidem. p. 91.
- (31) STORR, Anthony. A agressão humana. Rio de Janeiro, Zahar, 1976. p. 9.
- (32) AGUIAR, op. cit. p. 87.
- (33) MIOTTO, Arminda Bergamini. A violência nas prisões. Goiânia, UFMG, 1983. p. 205.
- (34) Ibidem. p. 205.
- (35) Ibidem. p. 205
- (36) DURKHEIM, op. cit. v. I, p. 107.
- (37) Ibidem. v. I, p. 114.
- (38) FOUCAULT, op. cit. p. 86.
- (39) Ver a diferença entre aparelhos ideológicos e repressivos do Estado em: ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos de Estado. Rio de Janeiro, Graal, 1983. 128 p.
- (40) LOSANO, op. cit. p. 97.
- (41) Sobre o significado desta expressão vide:
MAGALHÃES JÚNIOR, R. Dicionário brasileiro de provérbios, locuções e ditos curiosos. 3. ed. Rio de Janeiro, Documentário, 1974. p. 170.
- (42) GAROFALO, R. Criminologia. 2. ed. Lisboa, Clássica, 1908. p. 284.
- (43) DURKHEIM, op. cit. v. I, p. 109.

C O N C L U S Ã O

O momento conclusivo de um trabalho dissertativo é sempre o mais difícil, pois o mestrando se sente compulsado a firmar posturas mais precisas sobre o que desenvolveu.

Em nosso caso, não chegamos a tal obsessão, uma vez que as teses centrais que havemos por bem frisar neste espaço, pensamos haver suficientemente expostas ao longo de toda a exposição.

A tese de mestrado, expressão esta já convencionada pelo uso, consistiu basilaramente em procurarmos identificar o caráter vingativo da pena, durante toda a história da penalidade, pelo que a dividimos em cinco capítulos, voltado cada um especificamente a alcançar o objetivo geral por nós proposto. Servimo-nos do método histórico-comparativo, para fazer uma incursão no castigo em diversos povos e diferentes épocas, pelo que utilizamos uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica interdisciplinar, haurindo uma substantiva contribuição em outros domínios do conhecimento.

Portanto, não vamos estabelecer uma reprodução dos capítulos, o que reputamos ter feito suficientemente na introdução ao presente trabalho.

Realcemos, então, as teses principais advindas do desenvolvimento da dissertação:

a) Não acreditamos tenha havido uma evolução da pena. Esta, po demos dizer, constitui a tese matriz em torno da qual giraram to das as demais e que norteou todo o nosso trabalho.

A partir do momento em que não concebemos tenha o castigo so frido uma evolução, pelo que denunciemos a visão etnocêntrica que procura vislumbrar na expiação um desenvolvimento linear, baseado na separação entre a sociedade "primitiva" e a sociedade "civilizada", como se a primeira tivesse necessariamente que alcançar o estágio em que a segunda se encontra, pontificamos o pensa mento de que o castigo manteve-se historicamente fiel à marca de origem, sempre essencialmente vingativa.

Ademais, para que a pena tivesse sofrido um processo de mi tigaçãõ, de abrandamento, de atenuação, seria forçoso que tivesse havido uma sensível diminuição do crime, ao longo do tempo, eis que o crime está intimamente ligado à pena, pois determina esta. Contudo, o que se verificou foi a permanência dos mesmos delitos, tendo apenas se deslocado o alvo do castigo, pois trocamos uma criminalidade de sangue por uma criminalidade de fraude.

Vimos, pois, que entre a pena do período teocrático, da fase política e da etapa jurídica, inexistente diferença.

b) O talionato continua atual. A atualidade do talionato. Este é o entendimento que inferimos ao vermos como a pena se apresenta, nas legislações modernas, representada nas codificações. Tais códigos, procurando adequar o mais exato possível a justa punição que deve ser atribuída à falta, numa tentativa de aproximar o mais correlatamente possível o crime do castigo, de proporcionar correspondentemente os delitos e as penas, só estão a evidenciar que o talião ainda não foi eliminado. Portanto, apresenta-se com novas vestes, materializado nos códigos, que nos fazem lem-

brar a expressão máxima de simetria da vindita, encontrada na tese retribucionista "olho por olho, dente por dente", que marcou a origem do direito escrito dos povos.

c) A legítima defesa permanece. A defesa legítima, estampada nos códigos, representa uma inequívoca manifestação de que a sociedade conserva o poder de castigar as ofensas que lhe são dirigidas, demonstrando que ela detém o legítimo poder de punir.

d) A vingança continua através de uma luta ritualizada. Se não temos mais a vingança ilimitada, exercida de forma tão freqüente no período divino do castigo, em que não raro eram dizimados grupos inteiros, temos hoje uma vingança exercitada de forma mais sofisticada. Toda a sociedade vinga, a exemplo do grupo social do período teocrático, contudo, de forma ritualizada, ordenada, organizada, através do ritual processual do castigo.

A guerra permanente encontra-se hoje, pois, regrada e vingam-se as ofensas dirigidas à sociedade, através e em obediência a determinados ditames.

e) A pena conserva o seu caráter essencialmente vingativo. Vimos que inicialmente era o clã, o grupo o vingador da ofensa à divindade, uma vez que as infrações eram consideradas atentados contra a religião, que era de ordem comum a todos. A punição se processava no fundado receio de que a ira do sobrenatural pudes-se recair sobre o grupo inteiro. Posteriormente, o castigo penetra na fase predominantemente pública, sem contudo perder a natureza religiosa. O Estado socialmente organizado assumiu o lugar do sobrenatural e intitulou-se como o alvo das ofensas.

Daí a pena conservar o seu caráter vingativo.

Tudo o que podemos dizer é que o castigo está hoje mais direcionado, mais orientado, mais limitado, trazendo outras vestimentas, que tentam sem conseguir, por mais que se esforcem, eliminar o ranço vingativo.

Cumpra acrescentarmos, ainda, que não foi na procura de maior racionalidade para a pena que esta perdeu a marca da vindita. As justificativas tendentes a realçar outros fins e a procurar outras finalidades para o castigo, a partir de posturas humanistas, já estão por si só a demonstrar o caráter vingativo da pena.

Estas são, pois, as nossas teses centrais sobre o castigo e que constituíram o cerne de nossa abordagem, buscando assentar a pena como um instituto de vingança social, pelo que deslocamos e pensamos haver desmitificado a concepção da doutrina tradicional que a vê ainda como um instrumento repressivo linear, histórico evolutivo.

Assim, esperamos ter contribuído decisivamente para o sempre vivo e palpitante debate sobre a razão de ser e os fins da pena, indagação de ordem eminentemente filosófica.

Esta é a contribuição que pretendemos trazer. Nossa dissertação visou a ser um estudo sobre o que pena foi, é e nunca deixou de ser, procurando durante todo o texto descrevê-la e, ao mesmo tempo, fazer uma prescrição, tudo voltado ao escopo por nós definido.

Se a pena pode indiretamente recuperar, ressocializar, emendar, é enfoque com que não nos ocupamos, pois não a estudamos sob a ótica do apenado e sim da sociedade. Neste prisma é que a encaramos como uma vingança social, presente em todas as sociedades conhecidas.

BIBLIOGRAFIA

1. AGUIAR, Roberto A. R. de. Direito, poder e opressão. 2. ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1984. 184 p.
2. ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Metáforas do poder. Rio de Janeiro, Graal, 1980. 78 p.
3. ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. São Paulo, Melhoramentos, s.d. 224 p.
4. ALTHUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos de Estado. Trad. de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro, Graal, 1983. 128 p.
5. ANCEL, Marc. A nova defesa social. Trad. de Osvaldo Melo. Rio de Janeiro, Forense, 1979. 466 p.
6. BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. de Torriero Guimarães. São Paulo, Hemus, 1974. 117 p.
7. BENTHAM, Jeremy. Fragmento sobre el gobierno. Trad. de Julian Larios Ramos. Madrid, Aguilar, 1973. 137 p.
8. _____. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. de Luiz João Barauna. In: OS PENSADORES. 2. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1979. p. 1-80.
9. BETTIOL, Giuseppe. O problema penal. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra, Coimbra Editora, 1967. 284 p.
10. BÍBLIA SAGRADA. Trad. de Pe. Matos Soares. São Paulo, Paulinas, 1982. 1410 p.
11. BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Trad. de Alfredo Fait. Brasília, UnB, 1984. 168 p.
12. BOUZON, E. O código de Hammurabi. 3. ed. Petrópolis, Vozes, 1980. 116 p.
13. _____. As leis de Eshnunna. Petrópolis, Vozes, 1981. 171 p.
14. BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. 124 p.
15. BRUNO, Anibal. Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967. Tomo 3. 376 p.

16. CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade. Trad. de Guy Reynaud. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982. 418 p.
17. CAVALCANTI NETTO, João Uchôa. O Direito, um mito. 2. ed. Rio de Janeiro, 1983. 135 p.
18. CHANTEBOUT, Bernard. Do Estado (uma tentativa de desmitificação). Trad. de José Antônio Faria Corrêa. Rio de Janeiro, Rio, 1977. 140 p.
19. CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado. Trad. de Theo Santiago. 2. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1978. 152 p.
20. COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Trad. de Fernando de Aguiar. São Paulo, Martins Fontes, 1981. 479 p.
21. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. O caráter retórico do princípio da legalidade. Porto Alegre, Síntese, 1979. 141 p.
22. DOSTOIEVSKI, F. Recordações da casa dos mortos. Trad. de José Geraldo Vieira. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1982. 267 p.
23. DURKHEIM, Emile. Lições de sociologia. Trad. de J. B. Damasco Penna. São Paulo, T. A. Queiroz, USP, 1983. 206 p.
24. _____. As regras do método sociológico. Trad. de Maria Isaura Pereira de Queiroz. 9. ed. São Paulo, Nacional, 1978. 128 p.
25. _____. A divisão do trabalho social. Trad. de Eduardo Freitas e Maria Inês Mansinho. 2. ed. Lisboa, Presença, 1984. 2 v.
26. ENTELMAN, Ricardo. Acerca de la función judicial. Contradogmáticas, Santa Cruz do Sul, ALMED, FISC, 2(4/5):90-103, 1985.
27. FARREL, Martin Diego. Utilitarismo, etica y politica. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983. 384 p.
28. _____. William Godwin: filosofia política a fines del siglo XVIII. Contradogmáticas, Santa Cruz do Sul, ALMED, FISC, 2(4/5):128-46, 1985.
29. FERRAZ JR., Tércio Sampaio Ferraz. Liberdade e responsabilidade penal. Sequência, Florianópolis, UFSC, 1(1):99-105, 1. sem. 1980.
30. _____. A ciência do Direito. 2. ed. São Paulo, Atlas, 1980. 111 p.
31. FERRI, Henrique. Discursos de defesa. Trad. de Fernando de Miranda. 5. ed. Coimbra, Armênio Amado, s.d. 247 p.
32. FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Trad. de Roberto Machado. 5. ed. Rio de Janeiro, Graal, 1985. 295 p.

33. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Trad. de Ligia M. Pondé Vassallo. 2. ed. Petropólis, Vozes, 1983. 277 p.
34. _____. História da sexualidade I. Trad. de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 4. ed. Rio de Janeiro, Graal, 1982. 152 p.
35. _____. La verdad y las formas jurídicas. Trad. de Enrique Lynch. Barcelona, Gedisa, 1980. 174 p.
36. FOUCAULT, Michel, coord. Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão. Trad. de Denize Lezan de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro, Graal, 1982. 294 p.
37. GAROFALO, R. Criminologia. Trad. de Julio de Mattos. 2. ed. Lisboa, Clássica, 1908. 566 p.
38. GENNEP, Arnold Van. Os ritos de passagem. Trad. de Mariano Ferreira. Petropólis, Vozes, 1978. 181 p.
39. GESSINGER, Ruy Armando. Da dispensa da pena. Porto Alegre, Fabris, 1984. 88 p.
40. GOFFMAN, Erving. Estigma. Trad. de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 3. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1980. 158 p.
41. GÓMEZ, José Maria. Elementos para uma crítica à concepção jurídica do Estado. Seqüência, Florianópolis, UFSC, I(2): 112-22, 2. sem. 1980.
42. GRUPPI, Luciano. Tudo começou com Maquiavel. Trad. de Dario Canali. 4. ed. Porto Alegre, L&PM, 1983. 93 p.
43. HOBBS, Thomas. Leviatã. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. In: OS PENSADORES. São Paulo, Abril Cultural, 1979. p. 1-419.
44. IHERING, Rudolf Von. A finalidade do Direito. Trad. de José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro, Rio, 1979. 2 v.
45. _____. A luta pelo Direito. Trad. de Richard Paul Neto. 2. ed. Rio de Janeiro, Rio, 1980. 122 p.
46. INSTITUTO HANS KELSEN. Teoria pura del derecho y teoria marxista del derecho. Bogotá, Temis, 1984. 270 p.
47. KAFKA, Franz. O processo. Trad. de Syomara Cajado. São Paulo, Nova Época, s.d. 269 p.
48. KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. Trad. de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra, Armênio Amado, 1979. 175 p.
49. _____. Teoria geral das normas. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre, Fabris, 1986. 509 p.
50. _____. Teoria pura do Direito. Trad. de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra, Armênio Amado, 1979. 484 p.

51. LEBRUN, Gérard. O que é poder. 4. ed. São Paulo, Brasiliense, 1982. 122 p.
52. LEGENDRE, Pierre et alii. El discurso jurídico. Buenos Aires, Hachette, 1982. 259 p.
53. LOCKE, John. Carta acerca da tolerância. Segundo tratado sobre o governo. Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. In: OS PENSADORES. 2. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1978. p. 1-338.
54. LOMBROSO, Cesare. O homem criminoso. Trad. de Maria Carlotta Carvalho Gomes. Rio de Janeiro, Rio, 1983. 505 p.
55. LOSANO, Mario G. Os grandes sistemas jurídicos. Trad. de Ana Falcão Bastos e Luis Leitão. Lisboa, Presença, 1979. 307 p.
56. LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, UnB, 1980. 202 p.
57. LYRA, Roberto. Direito penal científico (criminologia). Rio de Janeiro, José Konfino, 1974. 208 p.
58. MABBOT, J. D. O Estado e o cidadão. Trad. de Jorge Natal da Costa. Rio de Janeiro, Zahar, 1968. 208 p.
59. MAGALHÃES JÚNIOR, R. Dicionário brasileiro de provérbios, locuções e ditos curiosos. 3. ed. Rio de Janeiro, Documentário, 1974. 330 p.
60. MANDROU, Robert. Magistrados e feiticeiros na França do século XVII. Trad. de Nicolau Sevcenko e J. Guinsburg. São Paulo, Perspectiva, 1979. 458 p.
61. MARITAIN, Jacques. O homem e o Estado. Trad. de Alceu Amoroso Lima. 4. ed. Rio de Janeiro, Agir, 1966. 211 p.
62. MAUSS, Marcel. Sociologia e antropologia. Trad. de Lambert Puccinelli. São Paulo, EPU, EDUSP, 1974. 2 v.
63. MAXWELL, J. O crime e a sociedade. Trad. de Casas Ailland. Lisboa, Alves, Francisco Alves, s.d. 374 p.
64. MIOTTO, Arminda Bergamini. A violência nas prisões. Goiânia, UFG, 1983. 256 p.
65. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espírito das leis. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília, UnB, 1982. 720 p.
66. NOVINSKY, Anita. A inquisição. São Paulo, Brasiliense, 1982. 96 p.
67. O ALCORÃO. Trad. de Mansour Challita. Rio de Janeiro, Associação Cultural, s.d. 358 p.
68. OLIVEIRA, Odete Maria de. Prisão: um paradoxo social. Florianópolis, UFSC, As. Leg. de SC, 1984. 266 p.

69. PAUWELS, L. y BERGIER, J. La rebelion de los brujos. Trad. de J. Ferrer Aleu. 3. ed. Barcelona, Plaza & Janes, 1971, 281 p.
70. PIERANGELLI, José Henrique, coord. Códigos penais do Brasil. Evolução histórica. Bauru, Jalovi, 1980. 770 p.
71. PIMENTEL, Manoel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983. 198 p.
72. POULANTZAS, Nicos. O Estado, o poder, o socialismo. Trad. de Rita Lima. Rio de Janeiro, Graal, 1981. 307 p.
73. PRIETO, Ignacio Carrillo et alii. Conceptos dogmáticos y teoría del derecho. México, UNAM, 1979. 131 p.
74. RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra, Armênio Amado, 1979. 430 p.
75. RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Trad. de Vamireh Chacon. Brasília, UnB, 1981. 461 p.
76. REALE JÚNIOR, Miguel. Novos rumos do sistema criminal. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983. 224 p.
77. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. de M. de Campos. Mem Martins, Europa-América, 1976. 122 p.
78. _____. Contrato social. Trad. de Mário Franco de Sousa. Lisboa, Presença, 1977. 166 p.
79. RUA, Julio Cueto. Fuentes del derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971. 222 p.
80. RUSSEL, Bertrand. O poder: uma nova análise social. Trad. de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro, Zahar, 1979. 189 p.
81. SODRÉ, Moniz. As três escolas penais. 8. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1977. 355 p.
82. STORR, Anthony. A agressão humana. Trad. de Edmond Jorge. Rio de Janeiro, Zahar, 1976. 145 p.
83. TAYLOR, Ian et alii, coord. Criminologia crítica. Trad. de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro, Graal, 1980. 302 p.
84. TOCQUEVILLE, Alexis de. O antigo regime e a revolução. Trad. de Yvonne Jean. 2. ed. Brasília, UnB, 1982. 212 p.
85. TURNER, Victor W. O processo ritual. Estrutura e anti-estrutura. Trad. de Nancy Campi de Castro. Petrópolis, Vozes, 1974. 248 p.
86. VECCHIO, Giorgio del. Lições de filosofia do Direito. Trad. de Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra, Armênio Amado, 1979. 643 p.

87. WARAT, Luis Alberto. A pureza do poder. Florianópolis, UFSC, 1983. 133 p.
88. _____. Mitos e teorias na interpretação da lei. Porto Alegre, Síntese, 1979. 159 p.
89. WARAT, Luis Alberto & CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. Ensino e saber jurídico. Rio de Janeiro, Eldorado Tijuca, 1977. 100 p.
90. WARAT, Luis Alberto & ENTELMAN, Ricardo. Derecho al derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970. 127 p.