

## Evolução histórica da pena

---

A Sociologia criminal conclue, através das complexidades e variantes da historia, que o crime, não obstante as mutações do seu conceito em especie, sempre deixou a sociedade em estado de choque. E' a idéa que esboça Oliveira Martins, em "Instituições Primitivas", pag. 182 : "O instinto da justiça formúla a noção do crime, mas não pode determinar a natureza infinitamente varia das offensas." Por inducção chega-se ainda a concluir que esse estado de choque provocou invariavelmente reacções diversas, mas substancialmente identicas, verdadeiros contra-golpes por meio dos quaes a sociedade buscava restabelecer o seu equilibrio.

- Tarefa difficil e, quiçá, impossivel seria a recomposição exacta da psychologia dos povos antigos de ante de factos insolitos que chocavam a sua sensibilidade, porque a psychologia das multidões é quasi inacessivel, mesmo a observadores contemporaneos.

Sacando, todavia, do amontoado dos factos sociaes certos acontecimentos emergentes, de producção inva-

riavel, ou, melhor, certos efeitos correspondendo á mesma causa efficiente — o crime, podemos dizer com segurança que as sociedades primitivas reagem contra o culpado obrigando-o, pela violencia, a soffrimentos de toda ordem.

O soffrimento do culpado era assim uma especie de cota de nivelamento das sociedades primitivas e parece que, não obstante as noções modernas e a cultura que hoje illustram a pena, o soffrimento ou pelo menos o esforço pessoal do culpado para a reabilitação ou reeducação, (noções proximas, semelhantes, e, talvez, identicas) é ainda hoje a característica differencial da pena, o seu elemento especifico, o seu residuo tradicional e inalienavel.

Tambem de kilometro a metro ha distancia e, não obstante, são ambas medidas de comprimento. Simples questão de mais ou de menos.

A maneira de impor soffrimentos ao culpado e o fim desses soffrimentos é que variaram no tempo e no espaço.

A analyse dessas variações não cabe nos estreitos limites deste estudo. Contando, porém, com a identidade substancial do homem e, logo, com a da sociedade, o estudo dos acontecimentos predominantes, das tendencias continuas e das idéas correntes nos grandes periodos da historia da civilisação, sobretudo entre os povos *leaders*, e colhidos alguns exemplos typicos, collectam-se os elementos indispensaveis á synthese possivel em materia de evolução historica da pena.

Costuma-se dar como ponto de partida da pena a vingança privada. Se, na origem, os parentes do offendido ou elle proprio teriam direito a essa vingança, ou se era a força que a impunha, não está apurado; parece, todavia, provavel que no inicio a vingança privada tivesse sido apenas um estado de facto, cuja noção se assemelhasse á da posse e á do desforço pessoal

no direito civil ou á da legitima defeza e do estado de necessidade no direito penal.

São muitos e autorisados os autores que fazem da vingança privada a nascente unica da pena e entre elles avulta o Ferri, na "Sociologia Criminal". Paul Cuche, com apoio em Salleilles e Tarde, contesta essa exclusividade, affirmando, em contrario, que a vingança se exercia contra os alienigenas, ao passo que, simultaneamente, a expiação era reservada para os da mesma tribu. Von Listz, Tratado de Direito Penal, traducção José Hygino, v. 1, pags. 5 e 6, é da mesma opinião.

Estas controversias historicas não comportam soluções exactas. Depois da mais exhaustiva discussão, restam insolúveis. A razão é facil. Os motivos de acontecimentos sociaes recentes são obscuros e fugitivos, pelo que as difficuldades crescem quando esses factos são remotos.

Tudo quanto de positivo se pode ainda assim admittir neste assumpto, pelo estudo comparativo de factos cujas origens estão definitivamente comprovadas e contando com a identidade substancial do homem atravez dos tempos e das civilisações, é que a vingança privada teria irrompido instinctiva, como manifestação inicial e grosseira do sentimento de justiça, tanto que ainda hoje della se soccorrem os povos quando os laços de coacção social se afrouxam ou se desatam. Ahi estão para exemplo a *vedetta* dos corsos e a vingança do sangue dos nossos sertanejos. Facto notavel: apesar de tantos seculos de pratica do direito, a vingança permanece radicada nos costumes e é motivo de grande numero de crimes contra a pessoa. Outro argumento poderoso em favor da these de Ferri é o residuo desse instituto nas legislações actuaes, pela sua transformação em direito de queixa privada e seus corollarios: perpetuo silencio e desistencia nos crimes.

contra a honra e honestidade das familias e nos de damno á propriedade privada. A intervenção do offendido no processo criminal para secundar a accusação é outro residuo das *questiones privatae* dos Romanos.

Estas sobrevivencias indicam incontestavelmente que, nas origens, a vingança privada devia ter tido uma influencia decisiva em materia penal.

Como exemplos em contrario podemos citar o lynchamento da supercivilização norte-americana, certas guerras, notadamente a conflagração européa e as luctas dos nossos selvagens, quer entre si, quer entre elles e os colonisadores, muitas das quaes resultaram de simples incidentes pessoaes endossados pelas respectivas raças. Este endosso resultou, aliás, evidentemente do sentimento de solidariedade activa e passiva dos grupos, provocando represalias collectivas contra todos os do grupo a que pertencia o offensor, indistinctamente. Oliveira Martins, no livro citado, pag. 196|197, informa que as villas eram por lei solidariamente responsaveis pelos crimes dos seus habitantes e cita um trecho dos foraes de S. Martinho de Mouros, vigente no seculo VI, o qual dispõe que "*Todo home que acharem morto de morte soccedanha e nom souberem quem no matou, penhorará o mordomo os que moram nas 3 aldeyas más chegadas darredor.*"

A vingança privada e as luctas de grupos produziram, é certo, os seus inevitaveis effeitos, males muito maiores do que aquelles que visavam reparar. E a pratica desse meio de reacção social, como facilmente se concebe e é facil de demonstrar com abundantes exemplos historicos, foi origem de outras tantas vinganças que assim cresciam progressivamente. A mutilação e a matança generalisaram-se, enfraquecendo e desfalcando os grupos.

O flagello acabou impondo-se á observação dos homens.

Um primeiro limite foi posto á extensão dessa vingança, que se presume, na origem, illimitada, com a pena de tallião na lei das XII taboas (340 antes de Christo). Aliás, posto que mais conhecida, não tem nisso a lei Romana a primazia. Esta cabe ao direito hebraico, que, no Deuteronomio, adoptara uma forma equivalente com a expressão: *dente por dente, olho por olho* (1380 antes de Christo). Uma e outra significam que não se podia retribuir a um mal senão com outro igual, isto é, a vingança privada não podia ir além da offensa recebida. D'ahi, o que se costuma chamar *penas fetichistas*, cortar a mão que ferira, enterrar vivo o assassino pondo-lhe por cima o cadaver do assassinado, especie de onomatopéa juridica.

Isso, porém, não bastava. E a utilidade—caminho de transito obrigatorio para a civilisação — levou os homens a encontrarem outra formula, a da *compositio*, que consistia em reparar-se o crime mediante o pagamento, a principio em utilidades, e, depois, em dinheiro, valores que a sociedade daquelles tempos, onde o nivel da riqueza particular era mais ou menos igual, considerava equivalentes ao damno soffrido pelo offendido ou por sua familia. Equivalentes e satisfactorios.

De que o Estado tivesse intervindo para evitar a vingança privada impondo *compositio* por meio do juizo arbitral quando as partes directamente não se ajustavam, temos exemplo decisivo em Roma, na lei das XII taboas. E Theodoro Mommsen, "Droit Penal Romain", vol. 1.º, pag. 72, opina que essa lei já encontrara a composição obrigatoria dominando no direito costumeiro anterior e apenas se limitara a substituir as emendas ou reparações, antigamente pagas em gado, pelas restituições em dinheiro.

O direito costumeiro da idade media, o direito

dos barbaros, a lei salica, etc., estão cheios de detalhes sobre a composição.

Com a differença do patrimonio privado em Roma, e talvez pelo instincto do direito que esse povo sempre manifestou ou pela tendencia centralizadora que caracterisava o direito publico dos Romanos, a pena privada foi-se lentamente transformando em publica, até que, atravez da evolução no feudalismo e nos tempos contemporaneos, della só resta o residuo transfigurado do direito de queixa e de auxilio á accusação. Já na lei das doze taboas, ao lado do que se póde chamar o Direito Penal Privado, surgia, em poucos casos, o Direito Penal á maneira pela qual o admitimos hoje. A *coertio* dos magistrados, que, na comprehensão romana, não era propriamente uma pena, mas um poder de policia, e que nunca deixou de ser exercida desde a mais remota antiguidade, segundo a noção contemporanea encerrava os germens do Direito Penal, conforme hoje o entendemos.

No direito costumeiro e particularista dos Germanos a *compositio* dos Romanos equivalia ao *wehrgeld*. A noção deste era, comtudo, mais atrazada que a daquella. Emquanto a *compositio* só permittia a vingança privada no caso de ser o culpado insolvente, vingança que, aliás, se exercia, não contra o réo de crime, mas, precisamente, contra o devedor do preço da *compositio*, pois era commum aos devedores de qualquer especie, pelo *wehrgeld* o offendido podia sempre recusar o preço e optar pela vingança.

---

A pena dominante, talvez unica, ao menos entre certos povos da antiguidade, era a de morte, causa de verdadeiras hecatombes nesses tempos.

A' parte outras sociedades mais primitivas, o di-

reito dos povos orientaes, dos hebreus, dos egypcios, demonstra a cada passo o abuso que della se fazia. Sabe-se dos egypcios, pelo livro do Exodo (1, 16) que condemnaram á morte todos os recém-nascidos israelitas do sexo masculino, por simples medida preventiva de politica ethnica, pois entendiam que a multiplicação dos 70 emigrantes israelistas, que ali se introduziram, poderia constituir de futuro um perigo para a sua raça.

Os hebreus, até a occupação romana, applicavam-na frequentemente, segundo a lei de Moysés, lei que, aliás, já era benigna quanto ás legislações contemporaneas e muitas posteriores, pois limitava a vingança a igual retribuição, adoptava o açoitamento, a pena pecuniaria e já distinguia o homicidio culposo, garantindo ao culpado o direito de azylo em outra, que não a sua, das tres circumscripções politico-administrativas em que Moysés mandára dividir a terra de Chanaan. Este azylo parece que visava, deslocando o culpado do seu logar de origem, garantil-o contra possiveis aggressões e evitar, simultaneamente, que a sua permanencia prolongasse o alarma do crime.

O Deuteronomio prescrevia a pena de morte para o homicidio doloso (19.12) entregando o culpado aos parentes do morto, pena que tambem era imposta ao filho contumaz na desobediencia (XXI, 18 a 21). Punia tambem com a morte por delapidação as adúlteras e a venda, como escravo, de homem livre hebreu.

Na Grecia, a pena de morte era amplamente executada. Diz-se que os gregos não conheciam a prisão, nem sequer á romana, isto é, como assecuratoria da execução e que até o ultimo instante concediam liberdade ao condemnado (Americo de Souza, Sciencia penitenciaria positiva).

O muito conhecido incidente de Phytias, ao tempo de Dionysio, o Moço, de Syracusa, contraria, porem,

esta versão. Phytias fôra condemnado á morte por falsos testemunhos e, querendo regular alguns negocios, pediu uma dilação. Para ser attendido, teve de deixar em prisão, como penhor da execução da pena, o seu fiel amigo Damon, que morreria em seu lugar caso elle não regressasse no dia marcado para a execução.

Já Damon, entre as ironias dos inimigos de Phytias, que lhe imputavam o logro, se preparava para soffrer a peña, quando Phytias chegou. Admirado da fidelidade dos dois philosophos amigos, Dionysio perdooou Phytias, pedindo apenas que os dois o admittissem como amigo, o que elles recusaram.

De sorte que se Phytias só poudo estar em liberdade deixando o outro como penhor, aquella pratica attribuida aos Gregos deve ser posta em duvida, mesmo porque Dionysio, Tyranno de Syracusa, conforme diz aquelle autor, secundado por T. Mommsen, adaptou as celebres prisões Latonias de onde, num requinte de crueldade, fez escavar tuneis que levavam ao seu quarto, no palacio, as vozes e gemidos dos prisioneiros.

Os Romanos não conheciam a pena de prisão. A prisão em Roma era simples meio assecutorio, prisão preventiva, em summa, como a definia Ulpiano: *CARCER AD CONTINENDOS homines, non ad puniendos haberi debet* (Dig. 48, 19 fr. 8 § 9). Para substituir a prisão usavam tambem encadear o detento (*vincula*) ou tel-o em *custodia libera*, isto é, encarregando-se alguma pessoa notavel de tel-o sob sua guarda e responsabilidade. A's vezes, bastava a caução de comparecimento em juizo, ou fiança, como hoje se diz.

A pena frequente no Direito Penal Romano era a de morte. Ao lado do desterro (*damnatio ad insulam*) ou condemnação a trabalhos forçados (*damnatio ad metallum, ad mollem*) os Romanos abusavam da pena de morte sob varias formas. Era a decapitação a ma-

chado e a espada, a crucificação, a submersão num sacco (pena symbolica). Tambem os delinquentes, que não podiam satisfazer a *compositio*, decaiam para a classe dos devedores insolventes e eram lançados da rocha Tarpéa abaixo.

Entretanto, muitas outras penas admittia o direito romano. A escravidão, por exemplo. Applicada no Direito Penal Publico, não propriamente como pena, mas pela *coertio*, era a pena que a lei das XII taboas impunha ao ladrão apanhado em flagrante delicto. Em compensação ao roubo, o ladrão assim filado era dado como escravo ao offendido. Tambem o condemnado á composição, se não a satisfazia e o credor não preferia precipital-o da rocha Tarpéa, ficava escravo, mas podia redimir-se a todo tempo se pagasse a condemnação.

Applicava ainda o direito romano as penas corporaes (fustis, flagella) as penas restrictivas de direito (capitis deminutio) e as pecuniarias, que iam até o confisco total dos bens do condemnado.

Com a queda do Imperio Romano e subsequente declinio da influencia do seu direito, sobretudo do direito penal publico, pois que, em materia privada, continuou a executar-se em virtude do character pessoal das leis então vigentes, segundo o qual a lei de origem do sujeito era o direito a ser-lhe applicado e não a lei territorial, aquelle movimento, lento é verdade, mas seguro, que se operava, desde a mais remota antiguidade, no sentido de irem-se as infracções transformando de privadas em publicas, soffreu pronunciado recuo e, nos tempos que se seguiram ao desmembramento do Imperio até que o Estado tomasse posse das suas prerogativas no auge do feudalismo e, sobretudo, depois que a realza podesse dominar os senhores feudaes, a pena foi mais privada que publica. O delicto passou quasi a ser uma

simples fonte geradora de obrigações, sem aspecto nem cunho penal, ao menos segundo a noção que do Direito Penal hoje temos e já se esboçava desde as mais remotas origens romanas, notadamente na lei das XII taboas.

Dominou então, a composição em dinheiro, chamada em Portugal *peita, coima ou calumpnia* e da qual Oliveira Martins, no citado livro, apresenta muitos aspectos pittorescos com tabellas detalhadas.

A titulo de curiosidade, vale a pena transcrever os foraes de Moreira, vigentes no seculo V:

E quem der a seu vezinho com espada,	X soldos
E quem der com lança a seu vezinho e sayr d'uma parte aa outra, peyte	IX "
E se nom sayr, peyte	X "
E de chagua d'onde osso sayr, por cada osso	X "
E de outra chagua	V "

Todo o direito medieval é desse typo, notadamente a lei salica, uma das leis mais importantes e de applicação mais extensa por ser a lei pessoal dos francos. Por mais grotesco que esse typo de lei nos pareça, ahí está um simile contemporaneo—a lei de accidentes no trabalho. Quando o contracto de trabalho tiver uma feição mais social e humana, as gerações do futuro terão para a nossa lei de accidentes o mesmo riso escarninho com que recordamos hoje esses vetustos foraes.

A principio, os senhores feudaes recebiam o terço da composição e os offendidos o resto. Este terço denominava-se *fedus*. Depois, o Estado nascente foi-se apercebendo das suas funcções e os senhores passaram a receber, por inteiro, o preço do *wehrgeld*. A transfor-

mação importava numa revisão profunda do conceito da pena, que passava assim a ser publica, posto que fosse, apenas, pecuniaria.

Prins, *Science Penale et Droit Positif*, pag. 7, attribue a esse movimento, que ocorreu a partir do século XII, o effeito de definir e separar o Direito Penal do Direito Civil, pois que, segundo elle, nas origens gregas e romanas, os dois se confundiam, como simples capitulos do Direito Privado.

Semelhante opinião, apesar da grande autoridade do seu autor, é insustentavel. Pelo menos em Roma, segundo demonstra Theodoro Mommsen com inexcedivel erudição e inteiro conhecimento das fontes juridicas, da historia, da litteratura e da archeologia romanas, ao lado da pena privada coexistiu a pena publica, já admittida na lei das XII taboas e, portanto, no direito anterior. Tão pouco teria sido aquella a infancia do direito penal na Grecia, onde a pena publica com todas as probabilidades tambem existiu.

Von Listz affirma que na infancia do direito scandinavo, ao lado da pena privada, havia, para certos crimes, como pena publica, a *privação da paz*.

José Hygino, commentando-o, accrescenta que o banido correspondia ao *ex lex* do direito saxonio e ao *exul et profugus* da lei salica.

Qualquer podia matar o proscripto em nome da collectividade.

Deixando de parte o incidente e voltando á idéa principal, é certo que, não obstante a composição e até depois da pena publica pecuniaria, a vingança privada subsistiu, ao menos parcialmente, não só quando pelo instituto da composição ella era licita (recusa do offendido, insolvabilidade do condemnado, etc.) mas ainda naquelles casos em que as leis ou costumes não a sancionavam.

Diz Prins que as guerras privadas entre familias

notáveis e numerosas, subsistiram na Belgica até o XV século. E por toda a Europa assim foi, variando apenas as datas. Os únicos obstáculos existentes contra essas intermináveis matanças humanas eram o *direito de azylo e a tregua de Deus*, segundo reconhecem todos os autores, notadamente Prins.

A *tregua de Deus*, adoptada pelo concilio de Nice em 1041, estendida pelo de Narbonne em 1054, regulamentada por todos os concilios do século XI e, afinal, desta data por diante a cargo dos Papas, directamente, consistia em fixarem-se certos periodos (festas de N. Senhora, quaresma e outras datas notáveis do anno ecclesiastico) durante os quaes ficavam suspensas todas as hostilidades das guerras privadas entre familias inimigas. Na desordem e na guerra generalizada desse tempo, a *tregua de Deus* foi uma das instituições mais beneficicas que já adoptou a humanidade. Suspendendo temporariamente as hostilidades, trouxe alguma tranquillidade, posto que passageira, ás populações exaustas pela vingança do sangue, iniciou a calma dos odios, dispoz ao esquecimento das injurias e preparou o terreno para a extincção desse cancro social quando a policia do Rei, vencida e dominada a resistencia dos feudos, conseguiu impor na França a Quarantaine-le-Roy, tregua civil copiada da ecclesiastica e, em seguida, supprimir definitivamente as matanças costumeiras.

O direito de azylo vinha a ser que se punham fóra de combate os templos, os conventos, seus pateos e recintos cercados de modo que toda pessoa que nesses logares se abrigasse ficava a salvo de vingança. O direito de azylo sonegou, assim, no curso da historia, milhões de victimas á vingança privada, evitando igualmente a progressão em que ella augmentava, sempre que se exercia.

Com a predominancia sempre crescente da rea-

leza e correspondente decadencia do feudalismo, a pena, que já se transformara de privada em publica, pela attribuição do *wehrgeld* aos senhores feudaes, assumiu character intimidativo e desceu ás mais horrendas atrocidades.

Então, como talvez em nenhuma epoca, se justifica o titulo do estudo critico de Goldenweiser em torno da "*Resurreição*" de Tolstoi : "*o crime como pena, a pena como crime.*" E' o periodo das leis incertas e algumas vezes contradictorias e da pena arbitraria, cruel e barbara, applicada por meio de um processo hostil á innocencia do accusado e que se não dava conta do ser humano a quem justicava. A pena nesse periodo é de mera intimidacão e de exemplo. O Estado julgava então os delinquentes como um inimigo que, em presença de outro, atira ao alvo para mostrar-lhe as suas habilidades e intimidar-o. O réo seria o alvo, ponto fixo, presuppuesto inerte a que o atirador fosse indifferente. Ou como suggere Goldenweiser naquelle estudo, e referindo-se aos tribunaes russos do Imperio, o processo conduzia o criminoso como o cocheiro leva um cadaver ao cemiterio, no meio do apparatus e dos prantos do enterro. Com indifferença, insensivelmente, cuidando do coche, do itinerario, das difficuldades da via, de tudo, menos do essencial, que é o defunto.

Do agente humano do crime, sujeito á tortura e á morte, *para exemplo de outros*, ninguem se dava conta. Não se indagava da sua historia progressa, dos seus antecedentes hereditarios, do seu meio, dos motivos pelos quaes delinquira e até não se verificava a intenção com que agira. Não se distinguia, assim, um homicidio doloso de outro culposo. Houvera um homicidio e tanto bastava á sociedade para dar um daquelles seus terriveis e habituaes exemplos. Uma Ordenança de Francisco I, da França, estabelecendo o suppli-

cio da roda contra os ladrões em 1534, segundo informa Georges Vidal, "Cours de Droit Criminel", pag. 17, declarava no seu preambulo que as penas eram promulgadas e applicadas "*pour donner crainte, terreur et exemple a tous, aux mechants.*"

As prisões dessa epoca eram terriveis. Antes tinham sido as masmorras dos castellos, as celebres prisões das torres medievaes. No tempo do predomínio da realza, foram as Bastilhas (castellos fortificados) as Oubliettes, tumulos onde se sepultavam vivos os condemnados á prisão perpetua e serviam de prisões especiaes para os detentos que a policia do Rei encarcerara e esquecera. Aliás, na maior parte das bastilhas francezas, ao lado das cellulas, havia o corredor dos esquecidos, especie de oubliette particular, onde se guardavam os prisoneiros dos sombrios castellos, cuja lembrança os seus detentores haviam perdido.

Era a epoca da pena arbitraria, do processo odioso e compressivo e dos juizes iniquos. Destes, disse Voltaire que eram "*barbaros de toga*". O seu expoente foi Laubardemont, o famigerado juiz de Paris, ao tempo do cardeal Richelieu. Attribute-se-lhe esta phrase typica :

—Donnez-moi une ligne, la plus indifferente de la main d'un homme, et j'y trouverai de quoi le faire pendre.

Emfim, Prins, no livro citado, imputa aos juizes francezes certa quota de responsabilidade nas orgias sangrentas da Revolução, insinuando que teriam sido elles os preparadores da mentalidade que determinou essas chacinas por haverem calejado o sentido moral do povo com habitual-o nas execuções theatraes aos supplicios, ao desprezo do soffrimento e da vida humana.

Na verdade, parece que as crueldades da Revolução teriam excedido a capacidade humana se a ellas não precedesse um longo e gradual periodo de insensibilisação.

Contra os horrores da pena arbitraria, e mais intimidativa que expiatoria, agitou-se uma forte corrente de idéas, que os tratadistas fazem datar do seculo XVIII, epoca que se convencionou chamar, sem melhor revisão da materia, o *periodo humanitario da pena*. Teriam sido agitadores das suppostas idéas novas, entre outros menos notaveis, Diderot, d'Alembert, Voltaire, Rousseau e Montesquieu na França; Kant na Allemanha, Bentham na Inglaterra e sobretudo, Beccaria na Italia.

A verdade historica é, porem, outra. Coube incontestavelmente ao direito canonico a gloria de ter introduzido na pena as idéas de emenda e reabilitação do culpado, supprimindo, desde logo a pena de morte. A pena benigna e humana é outra conquista daquelle direito, assim como foram os tribunaes ecclesiasticos os que primeiro se aperceberam de que julgavam homens, com as suas variações e particularidades pessoaes e chegaram, assim, desde a Idade Média, á individualisação da pena. Igualmente, no Concilio de Nicéa, em 325, foram creados *procuratores pauperum*, visitadores de prisão, a mais sympathica e efficiente de quantas instituições a sciencia penitenciaria contemporanea adoptou.

O que avulta, porem, nos institutos do direito penal canonico é a criação da pena de prisão, o maravilhoso meio de que hoje, a cada passo, se serve o direito penal, ponto de partida de todo progresso penitenciario. Foi instituida no seculo IV. Coube ainda ao direito canonico, a primazia da prisão separada para menores, com a criação de uma casa dessa especie, o azylo S. Miguel, em Roma, em 1704,

Apezar dos abusos ocorridos em algumas prisões monásticas, o que aliás sempre acontecia, quando os abbades eram simultaneamente senhores feudaes e deixavam-se influenciar pela pratica dominante no fôro civil, a pena de prisão é um marco indelevel do direito canonico.

Georges Vidal que, no livro acima referido, estudou pormenorisadamente cada um dos institutos do direito penal canonico, baseado em abundante documentação, conclue o seu estudo critico com as seguintes e honrosas palavras:

“O systema penitenciario da Igreja realisa, desde a Idade Média, progressos que os legisladores contemporaneos se esforçam por introduzir nas instituições repressivas e apoia-se sobre principios philosophicos que só prevaleceram nas leis penaes positivas no meio e no fim do seculo XIX.”

Restabelecida, neste ponto, a verdade historica, voltemos ao periodo humanitario.

Convem desde logo notar que os juristas, absorvidos pelas idéas dominantes nos circulos da jurisprudencia da epoca, esqueceram-se da evolução do direito penal e nada adiantaram no sentido de corrigir o rigôr da pena. Foram os publicistas e principalmente os philosophos os pioneiros da reforma.

O livro de Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, publicado em 1754, não obstante a fama daquelles seus precursores, cavou sulcos profundos na opinião e impelliou os espiritos á meditação do problema, chegando a convencer a imperatriz Catharina da Russia e outros soberanos. A estrutura do direito penal vigente ainda é composta de quasi todos os principios propostos por Beccaria, taes como: igualdade das classes perante a

lei penal, irrectroactividade é interpretação restrictiva, proporcionalidade da pena ao delicto, etc.

Não obstante os sensíveis progressos das idéas do criminalista italiano, um dos principios que sustentou, aliás como arma de combate á pena arbitraria, importou em recuo sensível. Foi a pena fixa. Para tal crime, tal pena, inflexivelmente, sem attender ás circumstancias do delicto nem ás do delinquente.

Este principio era uma applicação ao direito penal do contracto social de Jean Jacques Rousseau e delle veio o conhecido systema das tarifas legaes da pena, a que Tobias Barretto, em *Menores e Loucos*, chamou de bitola penal. Foi endossado pelo Codigo da Revolução Franceza de 1791 e resultou iniquo e regressivo.

Foi o Jury em França que, fiel á equidade, reagiu contra o Codigo da Revolução e forçou os juristas a adoptarem a theoria das aggravantes e attenuantes.

Depois de Beccaria, avulta nesse periodo o trabalho de John Howard que dedicou a vida a melhorar a sorte dos condemnados e cujo primeiro livro, publicado em 1777, "*States of Prisons in England and Wales*", logrou ruidoso successo.

Na idade contemporanea, os progressos mais notaveis da penologia vieram a ser os da escola positiva com Lombroso, Ferri, Garofalo e outros, depois que van Hammel, professor da Universidade de Amsterdam, Adolphe Prins, da de Bruxellas, e von Listz da de Berlim, Tarde, José Hygino e muitos outros corrigiram os seus exaggeros e radicalismos iniciaes, reivindicando para a sociedade, o seu meio, as suas imperfeições e desordens juridicas, economicas e administrativas o posto de factor predominante na criminalidade.

A pratica penitenciaria e o direito positivo estão, contudo, muito aquém do progresso doutrinario.

De mais notavel podem-se assignalar a prisão separada e regimen de reeducação para menores delin-

quentes; a pena indeterminada do reformatório de Elmira para criminosos primários cuja idade não exceda de 30 annos; os patronatos e medidas contra a reincidência; e certos principios de relativa individualisação da pena, disseminados de varias formas e de accordo com as differentes concepções que deste instituto fazem as legislações.

A tendencia para supprimir a pena de prisão de curta duração, pela condemnação condicional e por muitos outros meios, um dos quaes o açoite, é outra tendencia da sciencia penitenciaria moderna, que tambem se preoccupa com a instituição das penas parallelas, o livramento condicional e o patronato de liberados.

Tambem os *substitutivos penaes*, propostos pelo Ferri, vão tendo acolhida generalizada, posto que, sem orientação segura e ao sabor da iniciativa particular, pois que a obra administrativa e politica tem nesse sentido effeitos muito restrictos. A não serem as medidas de protecção ás *escravas brancas* e ás leis de repressão ao alcoolismo, aquellas vingentes em todo o mundo e estas em execução na America do Norte, relativamente á importancia do assumpto pouco se tem feito.

No mais, a pena é hoje o que sempre foi, um methodo cruel e deshumano de sanear a sociedade a ferro e a fogo. Ou a cellula, que é tumulo dos vivos. Não raro occorre que o progresso scientifico fornece á sociedade actual novas formas barbaras de punir que o passado desconheceu. Haja vista a esterilisação ou a assexualisação de certos delinquentes, que alguns Estados norte-americanos praticam, no intuito de estancar a criminalidade na sua supposta fonte unica — a hereditariedade.

Emfim, é triste confessar que a historia da pena regista tantas incoherencias, tantas crueldades inuteis,

tantas medidas insufficientes e contraproducentes para sanear a sociedade pela medicação do symptoma-crime — e com desprezo ás verdadeiras causas da criminalidade, que o estudioso do problema fica indeciso em concluir (por mais legitimo que se lhe afigure o direito de punir) qual foi praticamente o maior mal: se a pena, se o crime.

Uma compensação, todavia, é certa. Esse mal necessario, imperfeitamente exercido, de continuo contraproducente, manteve, comtudo, o equilibrio social e, se não fôra o odioso aparelho por meio do qual a sociedade se defendeu em falta de outro mais perfeito, racional e scientifico, que a cultura dos nossos tempos ainda não supporta, os impulsos e pontos de vista individuaes teriam certamente destruido a obra de ajustamento e solidariedade entre os homens, a maior obra humana: a sociedade.

E' tempo, porém (e neste ponto o atrazo da civilização é sensível) de serem postas em execução medidas de politica criminal que, abandonando os meios grosseiros e insufficientes até hoje usados na lucta contra o crime, resguardem, previnam e mantenham a sociedade, por meios scientificos, dos ataques do egoismo, limitando o crime ao minimo inevitavel.

O pequeno numero de temperamentos invenciveis, quer resultem de si mesmos, quer provenham de erros de educação, seriam divididos em dois grandes grupos, de anormaes e de normaes. Dar-se-ia ao primeiro tratamento ou collocação adequada e ao segundo uma pena durante a qual a reabilitação fosse possivel, sem crueldades inuteis, garantida a collectividade contra estes máus elementos.

*Barreto Campello.*