

UMA
PEQUENA HISTÓRIA
DAS MEDIDAS
DE SEGURANÇA

“A trajetória da preventividade especial no direito
penal: do primitivo banimento à concepção das
medidas de segurança”

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Alvim, Rui Carlos Machado, 1947-
Uma pequena história das medidas de segurança / Rui
Carlos Machado Alvim. — São Paulo : IBCCrim, 1997.

1. Medidas de segurança (Direito penal) — História I. Título.

97-1203

CDU-343.125(09)

Índices para catálogo sistemático:

1. Medidas de segurança : Direito penal : História 343.125(09)

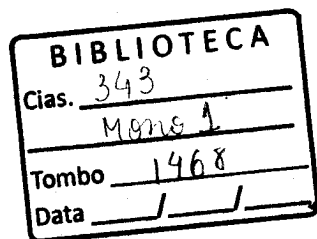
RUI CARLOS MACHADO ALVIM

UMA PEQUENA HISTÓRIA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

“A trajetória da preventividade especial
no direito penal: do primitivo banimento
à concepção das medidas de segurança”

IBCCrim

1997



UMA PEQUENA HISTÓRIA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Rui Carlos Machado Alvim

© Desta edição: 1997

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim)

Diretoria do biênio 96/98

Presidente: SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Vice-presidente: ROBERTO PODVAL

2.º Vice-presidente: CARLOS VICO MAÑAS

1.º Secretário: FAUZI HASSAN CHOUKR

2.º Secretário: MAURIDES DE MELO RIBEIRO

3.º Secretário: ROSIER B. CUSTÓDIO

Tesoureiro: SÉRGIO MAZINA MARTINS

Tesoureiro-adjunto: ADRIANO SALLES VANNI

Dir. de Relações Internacionais: LUIZ FLÁVIO GOMES

Rua XI de Agosto, 52, 2.º andar — Tels.: (011) 607-6743, 605-6482 e 605-4607

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

<http://www.mgnet.com.br/ibccrim>.

e-mail:ibccrim@mgnet.com.br

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS
AO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

1997

“Uma pequena história das medidas de
segurança”

ou

“a trajetória da preventividade especial no
direito penal: do primitivo banimento à con-
cepção das medidas de segurança”

Rui Carlos Machado Alvim

Tremembé (cidade de) – 1995

*À Maria Cecília
e
ao João Phelipe,*

Rui Carlos.

A *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nasceu, como ressaltado no volume de lançamento, com o propósito de "perquirir, questionar e refletir sobre os problemas vinculados às Ciências Criminais, consideradas desde o Direito Penal, Processual Penal, passando pela Criminologia, Direito Penitenciário, Medicina Legal, até a Psicologia, Psiquiatria e Sociologia criminais".

Passados quatro anos, firmou-se no cenário nacional e ocupou, para os operadores do sistema criminal, o claro deixado pela *Revista de Direito Penal*, dirigida pelo saudoso mestre Heleno Fragoso.

Nos dezessete números até hoje editados, procuramos tornar concretos nossos objetivos estatutários, comprometidos com os princípios, direitos e garantias inscritos na Constituição Federal e com a integração da dogmática penal no contexto das demais áreas preocupadas com a problemática criminal, sem o abandono da necessária visão pluralista.

Para a nossa satisfação, no entanto, o espaço representado pela RBCCRIM passou a ser limitado, não permitindo a publicação de textos mais alentados, que, por motivos desconhecidos, também não conseguiam penetração no mercado editorial, apesar de indiscutível qualidade.

Por tal motivo, a diretoria do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais deliberou lançar coleção de

monografias, com previsão de quatro volumes anuais, suprimindo, assim, a lacuna existente e, principalmente, prestando mais um serviço aos nossos associados, bem como a todos aqueles que militam na área criminal.

A presente obra dá início ao empreendimento.

CARLOS VICO MAÑAS

Apresentação

Li o Rui antes de conhecer o Rui.

O responsável pela apresentação foi o Carlos Vico Mañas que, antes de vestir a toga dos juizes do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, foi Procurador do Estado Chefe da Procuradoria de Assistência Judiciária da Capital. A peça era um *habeas-corpus*. Não lembro do caso mas não esqueço a impressão. Um português elegante, um certo jeito de usar os pronomes e o substantivo “cariz” que evocava os autores lusitanos, um estilo peculiar que encontrava a quantidade exata de palavras. Eu que sempre imaginava como seriam os trabalhos jurídicos do Campos de Carvalho, quando Procurador do Estado, pensei ter ali alguma indicação.

Bem, o motivo da apresentação: Havia eu sido convidada a coordenar a assistência judiciária aos presos no Estado e o Rui seria indicado para assumir a coordenação na região de Taubaté. Como não o conhecia, o Carlos me passou às mãos o *habeas-corpus*. Fiquei imaginando como seria trabalhar com aquele senhor talentoso, sem dúvida, mas um tanto circunspecto.

Depois, conheci o Rui. Desavisada, não reconheceria jamais naquela pessoa descontraída e agitada o autor daquela peça. Mais tarde, percebi a lógica da dissonância: Nada mais coerente em alguém com

um gosto particular pela polêmica... Talvez a única nota previsível no Rui seja a imprevisibilidade. Isso, somado a um espírito sempre crítico e a uma inteligência incansável, fez dele uma presença marcante no grupo de Procuradores do Estado que atuavam na Coordenadoria de Assistência Judiciária ao Preso.

Como nem só de reminiscências é feita uma apresentação, há que se dizer: O Rui formou-se no ano de 1972 pela Faculdade de Direito da USP. Ingressou na Procuradoria Geral do Estado em 1980. Mesmo lotado na área do Contencioso, prestava serviços como voluntário na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté. Depois, foi formalmente designado para atuar ali. Em maio de 1993, assumiu a Coordenação da Assistência Judiciária aos Presos na Procuradoria Regional de Taubaté, posto em que permaneceu até setembro de 1996. É autor de diversos artigos publicados em revistas especializadas. Recebeu, em 1990, o Prêmio Procuradoria Geral do Estado, com a melhor monografia. Tem dois livros publicados: *Trabalho Penitenciário e Direitos Sociais* e *Jurisprudência das Medidas de Segurança*.

ANA SOFIA SCHMIDT DE OLIVEIRA

Sumário

Apresentação	11
I – O problema da “crise” da penalidade	17
II – A solução pelas medidas de segurança	21
III – A vetustez das providências preventivas na história	27
IV – O rastreamento das providências preventivas ..	31
V – As dificuldades de apreensão das providências preventivas na história	35
VI – As providências preventivas entre os povos primitivos	39
VII – As providências preventivas entre os povos antigos	45
VIII – As providências preventivas na antigüidade clássica	55
IX – As providências preventivas no direito muçul- mano	65
X – As providências preventivas na idade média cristã	71
XI – As providências preventivas no período pos- terior ao medievo	87
XII – A passagem da pena preventiva para a medida de segurança no século XIX	105
XIII – Uma pequeníssima síntese	119
Bibliografia	121

“Velha concepção, não era preciso esperar a reforma do século XVIII para definir essa função exemplar do castigo. Que a punição olhe para o futuro, e que uma de suas funções mais importantes seja prevenir, era, há séculos, uma das justificações do direito de punir”.

(Michel Foucault)

I

O problema da "crise" da penalidade

Do mesmo modo que, quando do surgimento do Código Penal de 40, elogiava-se, com o entusiasmo intrínseco às soluções pretensamente salvacionistas, o acolhimento orgânico das medidas de segurança — no sentido de que toda e qualquer conotação de periculosidade vinculada à prática de um crime ou mesmo de simples contravenção penal referendavam a imposição de uma de suas espécies —, pode-se, hoje, com o advento do décimo aniversário da mais profunda reforma deste diploma, saudar-se, com idêntica ênfase, se não seu completo extermínio, sua configuração moderada.

Àquele momento, em face de certa constatação, já sentida, principalmente na Europa, a partir do fim do século passado, de uma ineficiência da pena privativa de liberdade como sustentáculo maior da sanção criminal, a busca de uma necessidade legal a reações alternativas aportou nas medidas de segurança.

A rigor, não se tratava de simples apuração da "crise de penalidade" ou "crise de repressão" (Poitevin); cravava-se, nos juristas e demais produtores do combate à criminalidade, uma tardia conscientização do fracasso da pena privativa de liberdade.

Verifica-se facilmente este malogro, ao se meditar que a constância dos problemas inerentes à pena de prisão, desde o seu nascimento, equivale à constância, sempre baldada, das soluções para superá-los.

Em famosíssimo estudo, Michel Foucault historia, com sua seriedade irônica, a incessante inquietação com as sete máximas universais, nunca concretizadas, "da boa conduta penitenciária" (os princípios da correção, da classificação, da modulação das penas, do trabalho como obrigação e como direito, da educação penitenciária, do controle técnico da detenção e o princípio das instituições anexas): a preocupação e as propostas fulcradas em tais diretrizes mantêm-se deslumbrantemente em pauta, seja no Congresso Penitenciário de Bruxelas, em 1847, seja na francesa Comissão Amor, de 1945:

"Palavra por palavra, de um século a outro, as mesmas proposições fundamentais se repetem. E são dadas a cada vez como a formulação enfim obtida, enfim aceita de uma reforma até então sempre fracassada. Poder-se-ia ter tomado as mesmas frases ou quase as mesmas de outros períodos 'fecundos' da reforma: o fim do século XIX e o 'movimento da defesa social'; ou ainda os anos mais recentes, com a revolta dos detentos".¹

Doméstica e mais modestamente, observa-se a retomada, ou a persistência, das mesmas teclas, conforme ilustram o I Seminário Paulista de Administração Penitenciária, realizado em São Paulo, no ano de 1975, e, inobstante acalentando legítimas sugestões inovadoras — o princípio da legalidade e o controle jurisdicional da execução penal —, o

1. *Vigiar e Punir*, p. 238.

Relatório e Conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados sobre o Sistema Penitenciário.²

A insustentabilidade da pena, e principalmente da mais aplicada de suas modalidades, a privativa de liberdade — insustentabilidade que atualmente, apesar dos arautos de seu alongamento temporal, autentica-se mais do que nunca —, compunha-se, por uma, em sua comprovada incapacidade para a consecução de um projeto recuperativo e, por outra, de sua declarada inutilidade à contenção da carreira criminosa dos “incuráveis”, continuamente envolvidos com a justiça penal ou com o aparelho policial: o reincidente e o criminoso habitual.

Impunha-se, portanto, ao sistema repressivo a cautelosa rejeição de certos dogmas e idéias mestras que sustentavam o direito penal dominante, engendrando conceitos originais que, em concomitância, legitimassem o afastamento daqueles preceitos e possibilitassem a entrada em cena de institutos jurídicos salvaguardadores da sociedade e dissociados de tais diretivas.

No plano doutrinário, distanciando-se das categorias penais clássicas (culpabilidade, responsabilidade moral, ato típico, caráter retributivo e delimitação temporal da pena) e criando a medida de segurança, distinta ontológica e teleologicamente da pena, como meio alternativo de contenção, foram erigidos teoricamente os novos conceitos.

Pouco a pouco sistematizadas e outro tanto envolvidas pela experiência do direito positivo, fun-

2. Anais do I Seminário Paulista de Administração Penitenciária (1975) e *Diário do Congresso Nacional* (suplemento ao n. 61), respectivamente.

damentais à integração das medidas de segurança no contexto do direito penal, emergiram suas bases conceptuais: a escorregadia e ambígua noção de periculosidade e a aparentemente neutra concepção de prevenção social.

Duas amostras significativas desta tendência à superação do então vigente direito penal podem ser cronologicamente contempladas: no nascimento mesmo da fase contemporânea das medidas de segurança, um dos eminentes participantes do 12.º Congresso da União Internacional do Direito Criminal (Copenhague, 1913) expunha a nova posição: "É por isso que o criminalista moderno não pretende poder, como outrora a deusa da Justiça, de olhos vendados, medir a cada pecador os sofrimentos que ele deve ter merecido segundo uma regra inabalável da justiça retributiva". E, vertidos quase trinta anos, Alcântara Machado, justificando em seu anteprojeto — que depois se converteria no Código Penal de 40 — a adoção do sistema que, aos perigosos responsáveis, impunha sucessivamente a pena e a medida de segurança, centrava tal necessidade "face aos princípios constitucionais que vedavam a pena indeterminada".³

Dimana destas duas passagens que, tanto na Europa quanto no Brasil, o acatamento das medidas de segurança, enquanto representava um caminho diferente no aperfeiçoamento do sistema repressivo penal, exigia um distanciamento e uma ruptura frente à linha tradicional.

3. Citado por Heitor Piedade Jr., em *Personalidade Psicopática, Semi-imputabilidade e Medida de Segurança*, p. 188.

II

A solução pelas medidas de segurança

Prevenção social, periculosidade e medidas de segurança: eis o tripé formativo da emergente tese.

A prevenção social marcava-lhe o fundamento; a periculosidade representava a causa a ser neutralizada e finalmente as medidas de segurança projetavam-se como o instrumento adequado a atuar esta estrutura substitutiva e paralela.

Prenunciava-se o encerramento do período do direito penal em que o único objetivo declarado concentrava-se na reprimenda como consequência direta à ilicitude penal: o castigo como um fim em si e como único meio válido à recuperação. Pretendiam-se outros horizontes: uma política criminal que, concomitantemente à manutenção daquela punição — e por causa mesmo de suas falhas nos propósitos declarados —, externasse aliadamente a defesa da sociedade e do Estado, por intermédio da anulação de novos focos delituais, cujo centro de irradiação estaria no delinqüente à pena imune e também em estilos de vida marginais à esfera produtiva e à moralidade vigente.

O chegar de novos tempos, com o crescimento galopante das principais cidades européias — iniciado com o êxodo rural, devido à expulsão dos camponeses

de suas terras e à melhoria dos processos agrícolas, e sedimentado com a expansão da Revolução Industrial — gerando a promiscuidade, o desemprego em nível superior a uma taxa aceitável e a instabilidade social, tornava o ambiente urbano propício ao aumento e a novas formas de criminalidade.

Estes novos tempos reclamarão novos métodos de combate à criminalidade: ao lado das primeiras providências de planejamento e de higienização urbanas, ao lado da instituição de policiamentos especiais e ao lado de algumas medidas de ordem administrativa, o direito penal contribuirá com seu quinhão.

Trata-se de evitar o retorno ao crime daqueles delinqüentes costumeiros e de debelar a propensão ao crime dos que possuem um *modus vivendi* irregular (vadios, prostitutas, homossexuais, mendigos, alcoólatras), estigmatizando-os, a uns e a outros, com o signo da periculosidade, sinal autorizante da imposição de uma das diversas espécies de medidas de segurança: uma submissão sem tempo demarcado e perdurante enquanto tal estado subjetivo, a juízo oficial, subsista.

Percebe-se que o intento não mais concerne a uma equação de justiça — equilíbrio entre os delitos e as penas —, pressupondo, antes e tão-somente um sentido utilitarista, estribado na defesa social, “tendo por único fim a eliminação do individuo inassimilável para a defesa e conservação do organismo social”, conforme sintetizou Sodré de Aragão⁴ acerca da função e efeitos das penas para a escola positivista, a manifestação teórica desta nova fase.

4. *As Três Escolas Penais*. p. 280.

Ou como, mais precisamente, dizia Tarde, um dos arautos desta doutrina:

“As nossas penas caprichosas e variáveis, não se justificando aos olhos do público, desacreditam-se, e são consideradas pelos malfeitores como um simples acidente fortuito, um risco profissional. Mas o melhor remédio a êste estado de coisas seria, porventura suprimir de improviso tôda proporcionalidade entre a pena e a importância do delito? Sim, com a condição de lhes substituir uma proporcionalidade visível aos olhos de todos, apreciável pelo próprio malfeitor, entre a pena e a perversidade do delinqüente”.⁵

Abrira-se uma porta ao aparato repressor e fechava-se uma porta aos intratáveis.

Por esta mesma porta já tinham entrado — e será sempre difícil sua saída — os criminosos loucos, os quais, desde o início do século XIX, começaram a ser separados dos loucos comuns e enviados a “hospícios penais”, como primeiramente o de Bethlem e depois o de Broadmoor, ambos situados em Londres.

Derivou-se este internamento para o “guilty but insane” — como designou o criminoso louco o “Criminal Lunatic Asylum Act”, de 1860 — dos asilos comuns, destinados a todos os loucos, criminosos ou não, cujo surgimento, como espaço reservado ao tratamento e à cura, deve-se à medicina, no novo papel, a ela atribuído desde fins do século XVIII, de normalizadora da sociedade, em que, junto às providências penais e administrativas já anotadas, cuidará da conservação da saúde física e mental da população.

5. Citado por Sodré de Aragão, na obra nomeada na nota anterior, p. 257.

Como parte desta nova função social a ela conferida, a medicina apropria-se com exclusividade da questão da loucura: descartada a idéia leiga da loucura como "coisa do outro mundo", desordem impegável de penetração demoníaca, a medicina faz da loucura seu campo de conhecimento, ou melhor, de subjugação:

"Na relação doente-médico, o primeiro submete-se à vontade do segundo. Isto é, a relação paciente-médico é estabelecida originariamente como uma relação de dominação, mas que, gradualmente, é dissimulada pela capa da objetividade e da competência científica. Portanto, se o médico se tornou capaz de circunscrever a loucura, não é porque a conhece, mas, antes, porque a domina".⁶

À loucura visível, assomam-lhe aspectos imprevisíveis e formas dissimuladas, anormalidades todas que a medicina projetará como passíveis de cuidados especiais, a encontrarem no asilo o reduto ideal: excluídos da sociedade, são os loucos ali confinados para tratamento e cura.

Deste asilo, então, onde conviviam lado a lado criminosos e não-criminosos, todos loucos, desdobrar-se-á, com o fito de evitar o contágio impuro dos delinquentes, o hospício penal:

"Mas o asylo 'judiciario' hespanhol, 'manicomio criminal' italiano ou o hospício 'penal' brasileiro na opinião das autoridades mais competentes, não pôde ser substituído em caso algum pelo hospício de alienados 'commum', e menos pela casa da família do louco, desde que o 'hospício penal' no caso é um subrogado do patíbulo e do 'carcere'.

6. João Frayze-Pereira, em *O que é Loucura?*, pp. 87 e 88.

“Ha tanta indifferença entre os dous estabelecimentos, como ha entre o louco honesto e pacifico e o louco assassino, incendiario e estuprador; feriria mesmo os sentimentos de moralidade vulgar vêr alienados criminosos praticarem os mais horrendos e repugnantes attentados contra alienados quietos e tranquilos; sendo certo por isso mesmo que a segurança e a vigilancia de um hospicio penal não são os de um comum: este é uma casa de saude, aquelle um verdadeiro carcere embora de natureza especial”.⁷

Convergem-se a medicina e o direito penal.

A medicina invade o terreno do direito penal e o direito penal deixa-se seduzir pela nova teoria médica, uma aliança nada liberal — e que se consolidará imorredouramente, ameahando, ainda naquele tempo, a problemática da responsabilidade — que resulta inicialmente na instalação dos hospícios penais, onde o criminoso louco viverá uma situação de extrema ambigüidade e quase sempre conflitante: réu sem culpa, enquanto criminoso será submetido à disciplina férrea inerente às prisões, e enquanto louco, ao tratamento obrigatório inerente aos asilos, dupla carga a lhe impor, em nome da periculosidade, uma internação por período indeterminado:

“A fundamentar tal attitude tem-se a periculosidade: o internamento é justificado pela periculosidade que

7. João Vieira de Araujo, em *Código Penal Commentado*, tomo I, p. 293. A denominação *hospicio penal*, que não pegou, deve-se a este autor, que a propôs em 1889 e posteriormente foi adotada no art. 19 do projeto do Código de Justiça Militar, de 1890; mas o Código Penal da Armada, aprovado em 1891, preferiu, no art. 23, falar em *hospital de alienados*.

o louco representa para a sociedade, no sentido da probabilidade de realização de novos crimes, e visa a prevenção criminal. Esse internamento será agora denominado medida de segurança. O tempo de sua duração ficará, nesse caso, dependente de que seja verificada medicamente a cessação da referida periculosidade: apurar-se que o indivíduo tem novamente condições de viver no meio social, de acordo com as regras vigentes nesse meio, a saber: sem praticar novos crimes”.⁸

Decalca-se deste pequeno esquema que, se o atual sistema de medidas de segurança terá sua teoria forjada a partir da noção de defesa social, suas raízes práticas deitam-se no regime médico de hospitalização e tratamento dos doentes mentais.

Parece que, sem o embasamento científico da medicina, o direito penal, sozinho, não estaria apto ao desafio da decretação da periculosidade e de seus consectários de tratamento e recuperação com “privação indeterminada da liberdade individual”, embutidos na execução das medidas de segurança.

No momento em que a medicina assume a loucura como objeto de domínio e de conhecimento, o direito penal encontra seu rumo na instituição das medidas de segurança.

E o fortalecimento, no direito positivo, da adoção de periculosidade e de sua qualidade preservacionista firma-se à proporção que a teoria penal, socorrendo-se das ditas “ciências auxiliares” — antropologia, psicologia, criminologia, psiquiatria —, se centrará na figura do delinqüente.

8. Sílvia C. Queirolo, em *Periculosidade: da Norma Médica à Norma Jurídica*. Temas IMESC, v. 1, n. 2/97.

III

A vetustez das providências preventivas na história

Significaria todo esse entendimento que as medidas de segurança, enquanto uma resposta estatal de caráter essencialmente preventivo porque inquieta com o futuro delitual do criminoso, somente emergiram naquela época?

Ou será concebível aventar a hipótese de que, mesmo despida de tal nome e mesmo que não se houvesse laborado uma teoria em torno à sua concepção como forma diferenciada de oposição ao crime, já em tempos precedentes certas penalidades conteriam, agregada ao cunho repressivo, marcante carga preventiva, a equipará-las, se não teoricamente, pelo menos no aspecto prático, às medidas de segurança?

Uma retrospectiva histórica — a explicar-se nos tópicos seguintes — trará a constatação de que, se as medidas de segurança, dotadas de critério próprio e diverso daquele a presidir as penas, são uma aquisição do direito penal moderno, desde remotamente muitos dos castigos penais podem, direta ou indiretamente, delas ser considerados precursores legítimos, por se mostrarem meios de preservação da comunidade, em que a busca da proteção social

sobrepunha-se ou igualava-se ao peso e à intenção punitivas.

Uma abordagem muito singular e convincente de apurar e de explicar a existência, em tempos pretéritos, de reações de deliberado escopo preventivo, vem consignada por Juliusz Makarewicz, em interessante opúsculo,⁹ datado de 1907.

Alheio à preocupação de estabelecer uma antecedência para a atualidade das medidas preventivas, Makarewicz informa que, na trajetória da evolução da pena, paralelamente à aplicação mecânica da lei de talião ("olho por olho, dente por dente, o mal pelo mal"), houve, no antigo direito, um segundo método que "responde à los fines perseguidos por la política criminal, 'ostendere scelera, dumpunintur', y preserva à la sociedad de la renovación eventual de los delitos".¹⁰

Trata-se do que ele batiza de "talião simbólico", um tipo de apenamento que cumpre, ao mesmo tempo, duas funções, punindo o criminoso e frustrando-o de reincidir, por tirar-lhe a habilidade necessária à prática de novo crime, sem se chegar ao extermínio físico ou legal do acusado, como era comum no direito mais arcaico. Instaure-se a idéia de arrebatado do criminoso sua aptidão de causar prejuízos delituais: "es necesario expiar el mal sacrificando la parte del cuerpo que ha servido para cometerle (y no, por conseqüente, sufriendo lo que ha sufrido el adversario)".¹¹

9. *La Evolución de la Pena.*

10. Obra nomeada na nota anterior, p. 62.

11. Obra nomeada na nota 9, p. 62.

Dentre muitos, alguns de seus preciosos exemplos, cabendo atentar que sempre se referem ao impedimento de uma recidiva específica: uma palavra de ofensa contra alguém de casta superior, corta-se a língua do culpado, e se cospe sobre ela, cortam-se-lhe os lábios (Lei de Manu); aquele que se entrega a atitudes sexuais anormais, será castrado (Código Visigótico). Ou ainda as duas formas de apenação reservadas à punição de um ladrão: ou cegá-lo, para que se torne inteiramente inofensivo (Sérvia, Congo) ou cortar-lhe as mãos, privando-o de sua capacidade de apropriação (direito alemão da Idade Média, direito húngaro, Sumatra, Birmânia).

A vetustez das providências preventivas destaca-se até mesmo contra criminosos insanos, ao se saber que, em período que ainda era incogitável a pena privativa de liberdade, já se ponderava de, visando a evitar males supervenientes, mantê-los sob custódia, típico embrião histórico do internamento, o símbolo, em escala penal, das modernas medidas de segurança.

Mergulha-se, como é preciso, no direito romano.

Enrico Fermi foi quem, há aproximadamente cem anos, discursando no Parlamento italiano, em primeira mão divulga o marcante episódio, cuja recorrência, a partir daí, tornar-se-á lugar comum na visualização dos antecedentes das medidas de segurança:

“Trata-se de um fragmento desconhecido, quanto a mim, aos criminalistas, e que me foi dado por um illustre collega romanista; e é um rescripto do imperador Marco Aurélio, no qual se definem lucidamente as razões em favor do ‘hospício penal’. Marco Aurelio, o sabio legislador, responde a um juiz que o consultava sobre o destino a dar a um tal Elias

Prisco que tinha por loucura morto sua mãe (fr. 14 D. Lib. 1, tit. 18). O imperador responde: 'Si tendes certeza de que Elias Prisco não simulou a sua loucura, podeis transigir sobre o modo de condenação, desde que elle é bastante punido pelo seu proprio furor. Todavia elle deverá ser guardado cuidadosamente, e si o entenderdes, o sujeitareis também ao sequestro (vinculo coercendus), porque esta providencia valerá tanto como pena, quanto como à protecção d'elle e segurança do próximo'".¹²

Prematuramente recordados para afiançar a afirmação inicial de que muitas das antigas providências penais avizinham-se, por seu conteúdo acautelatório, do objetivo das modernas medidas de segurança, o teor desta narrativa italo-românica e daqueles exemplos geográfica e temporalmente díspares acabam por realçar outro significativo dado de aproximação: também no passado longínquo a precaução contra novas infringências articulava-se para deter os criminosos penalmente responsáveis e os criminosos inimputáveis por insanidade mental.

Enfim, desviando-se do caminho sempre aplainado dos precedentes romanos e sem se perder nos primórdios da história — mas já à deriva quase indo —, retome-se o fio do trabalho.

12. Texto transcrito por João Vieira de Araujo, na obra nomeada na nota 7, p. 294. Este interessante texto será, em sua inteireza e com outra tradução, repetido ao final do capítulo VIII.

IV

O rastreamento das providências preventivas

Seguramente este espectro isolado e parcial não representa o emergimento, nem mesmo o esboço, das medidas de segurança como instrumento repressor prendado com proposta e execução autônomas, distanciadas da pena; seguramente ainda se embutia unicamente no conjunto apenativo a prevenção social.

Buscar-se-á, no transcurso do trabalho, que será o do curso da história, o rastreamento das múltiplas apenações que pontuavam, acasalado ao castigo mesmo, um objetivo preventivo, visando, sob tal perspectiva, além do óbvio interesse ilustrativo, à apreensão da lógica do rudimentar sistema de prevenção adotado, como também acompanhar a possível evolução das penas preventivas até o desembocamento e a compreensão da moderna concepção das medidas de segurança.

Entretanto, será este método de apreensão — realçante do tom precaucionista das penas — suficiente ao alcance almejado pelo presente estudo?

Não se há de negar que mais esclarecedor do que uma solta e descontínua narrativa dos vários tipos de normas preventivas porventura imperantes nos tempos idos, próximos ou remotos, seria o estudo

centrado sob um fio condutor a ligá-las, bem como traçar as causas sociais de seu implemento, de modo a, partindo-se dos alvares, estender-se até o momento sedimentativo das medidas de segurança propriamente ditas, nos fins do século passado, como o brilhante artigo da autoria do espanhol Casabó Ruiz, em específica abordagem da legislação espanhola de repressão aos "vagos".¹³

Digressão de alcance profundo, que, se não foge à tônica do presente trabalho, foge — forçoso faz-se confessá-lo com sinceridade —, ao fôlego intelectual de seu autor...

Também não se há de negar a impraticabilidade de tal tarefa, em face da escassez bibliográfica na área do desenvolvimento histórico das medidas de segurança à disposição da pesquisa nacional e da intransponível circunstância de que a quase totalidade dos escritos jurídicos compulsáveis, nacionais ou estrangeiros, encerra-se em disformes pinceladas, cujo ponto máximo cinge-se à referência isolada de tal ou qual imposição.¹⁴ Defeito, aliás e ademais, inerente à ciência jurídica como um todo, cujas predominantes tendências dogmatizante e positivista repercutem até mesmo no tracejar histórico de seus institutos, numa alienação consciente de situar o direito no conjunto das relações sociais que o provoca e que ajuda a transformar.

Mais patente se revela a penúria dos estudos históricos das medidas de segurança, ao se confrontá-

13. "Actualidad del Pensamiento Historico sobre la Legislación Penal Preventiva", na obra coletiva *Peligrosidad Social y Medida de Seguridad*, pp. 65 a 89.

14. Exceção marcante encontra-se no artigo nomeado na nota anterior.

los com os estudos históricos e sociológicos referentes às demais formas de prevenção social desencadeadas à margem do direito penal, portanto fora do campo jurídico, onde uma densa e extensa bibliografia, à luz de várias correntes intelectuais, tudo explica.

Todas as intenções e efetivações, visando ao controle de certas categorias de pessoas — possuidoras de algum estigma físico, mental ou social —, têm sido alvo de análise: perseguição, expulsão, confinamento, segregação, internamento ou abafamentos outros, desde a exclusão que atingiu os leprosos e ameaçou os sífilíticos na Baixa Idade Média, passando, ao correr dos séculos XVI e XVII, pelas casas de trabalho forçado que guardavam os miseráveis, até as atuais e intoleráveis discriminações contra os homossexuais, tudo está constantemente a passar pelo crivo crítico das ciências sociais. Uma colaboração para a aguda compreensão do passado, que, para lá de outros sugestivos valores, induz ao desmascaramento das retaliações presentes, contrapondo, 'à agressão e ao ressentimento' comuns, a legitimidade da 'reivindicação da pluralidade das formas de vida', como se posiciona Agnes Heller, ao examinar a reação atordoadada e irracional diante da AIDS.¹⁵

A percepção histórica das medidas de segurança oferece uma contribuição mais modesta. E este autor, conquanto espelhe um exemplo de tal frugalidade, não se escusará de arriscar diagnósticos.

15. "Para cientista, AIDS transforma-se em metáfora de temores da modernidade", in jornal *Folha de São Paulo*, de 18 de janeiro de 1987.

As dificuldades de apreensão das providências preventivas na história

Pode-se pensar que uma análise válida do problema teria que passar necessariamente pela preocupação em se determinar as causas que estimulariam as penas por determinadas faltas a transporem seu umbral retributivo, formulando apenas ou conjuntamente uma projeção preventiva.

Por concernir à própria dinâmica da punição e por se decalcar diretamente dos valores e interesses predominantemente resguardados — quaisquer que eles sejam — uma causa se destaca: às práticas criminais consideradas mais graves impunha-se tal tipo de reprimenda.

Sabe-se das dificuldades em se sustentar comprovadamente esta opinião, ao se ter em conta que a escala criminal é variável no tempo e no espaço: assim como não há delitos naturais, não pode haver sempre a mesma medida de gravidade para tal ou qual ação delituosa. A relatividade do delito transparece tanto em que a consagração de determinadas ações como criminosas é mutável, como também em que os crimes têm seu grau de reprovabilidade — e correspondente reação — dependentes diretamente da variação hierárquica dos valores e interesses

protegidos pela lei penal. Em certas sociedades primitivas, o homicídio, por ser considerado um delito de interesse privado, não se arrola entre os mais graves; no mundo contemporâneo, é extremamente flexível a solução legal para a prática do aborto, e enquanto o direito islâmico admite a bigamia, pune-a criminalmente o direito brasileiro.

Portanto, se é incontroverso que a realização de certos crimes impunha a prevenção contra seus agentes, saber-se, em realidade, se estes crimes configuravam os mais repugnantes ao meio social ou contrariariam o poder dominante, torna-se dificultoso, já que afirmações taxativas em tais sentidos, exigiriam profundo conhecimento da organização social dos grupos e povos pré-modernos.

Entretanto, um dado confirmativo daquela premissa (crimes mais graves = punição + prevenção especial, ou crimes mais graves = prevenção especial) está em que a antiga modalidade preventiva não se constituía, como na atual fase organizada das medidas de segurança, num instrumento voltado contra determinadas espécies de criminosos, os inimputáveis e os recalcitrantes.

Pelo contrário, a pena preventiva armava-se contra determinados crimes e mesmo quando se buscava sustar a reincidência, esta era avaliada também em função da prática reiterativa de certos delitos, tudo a presumir que tais crimes fossem os mais combatidos. A consideração em torno à temibilidade, geradora de uma medida preventiva, estava afeta ao tipo de crime praticado, não se deduzindo, como no sistema moderno, a partir do criminoso, ponto que se coaduna, inclusive, com o fato de que antigamente a responsabilidade penal era objetiva.

Este enfoque, se parece razoável para explicar o precedente histórico das medidas preventivas penais, certamente que não o é para explicar as demais retaliações sociais que procuravam, de várias formas, livrar-se de categorias específicas de pessoas.

E teriam sido somente algumas infrações apenas com este tipo de pena 'cumulativa' ou meramente preventiva? Ou teria sido inerente à antiga reação da comunidade esta perspectiva preventiva? Porque, excluindo-se a fase primeva da vingança privada e o período da aplicação mecânica da lei de talião, observa-se — e numerosos exemplos confirmam-no — que as antigas e medievais apenações carregavam indistinta e concomitantemente tanto uma dose retributiva quanto uma dose preventiva: cegar alguém para não reincidir no roubo, obviamente implica em punir o mal feito e evitar o mal futuro; do mesmo modo se pensa sobre o castigo de cortar os dedos do falsário...

Como quer que seja, ou melhor, como quer que tenha sido, se se mostra improvável uma aproximação teórica entre aquelas penas antigas e as atuais medidas de segurança, mostra-se certa semelhança entre elas no percurso da história — como já se acenou —, de vez que as antigas prevenções, ao lado do toque retributivo, traduziam também, pelo tipo de punição veiculada, uma marcante preocupação em inutilizar o futuro ilícito do contemplado ou em defender-se de sua lesividade criminal, levando José Casabó Ruiz à afirmação de que é "totalmente falsa" a pretensa modernidade das medidas de segurança:

"Las leyes penales que miran más al futuro que al pasado, que tienden a evitar que el sujeto

concreto delinca, más que a castigarlo, son una realidad en siglos pasados, sin que para ello sea necesario forzar los datos históricos otorgándoles una relevancia desconocida en el momento en que aparecieron".¹⁶

16. Artigo nomeado na nota 13, p. 65.

VI

As providências preventivas entre os povos primitivos

Com efeito, para muito aquém de alguns séculos passados, a pena com o sentido de defesa preventiva da comunidade apresenta-se, ao que parece, uma realidade.

Recorrendo-se à antropologia jurídica, de modo a observar a organização social dos povos primevos em sua própria ótica e com seus problemas particulares, sobressai-se, no domínio das controvérsias “civis”, uma resposta induzente à necessidade da prevenção em detrimento do litígio.

Tirante as formas mais primitivas de agrupamento — as de caçadores e as de coletores —, sem nenhuma estabilidade espacial, porquanto nômades na sua contínua movimentação à cata de alimentos, as outras espécies de sociedades primárias, de formação econômica rural — agricultura e horticultura —, teriam, por imperativo de sobrevivência como grupo, uma apurada noção de prevenção.

Fixadas na terra para o plantio e a colheita, já acumulando bens e na posse da área cultivada, aquelas comunidades rurais, desprovidas de Estado e em geral formadas por pequeno número de famílias, temiam a contenda aberta e direta entre seus

membros, que fatalmente levaria a dissensões internas com a subsequente desagregação do todo:

"A sanção final, o conflito violento para um povo que se dedica à agricultura é extremamente disruptivo. Muitas pessoas podem ser mortas e lares e campos destruídos. Quanto melhor elaborado o sistema de agricultura, o uso de cavalos, trabalhos de irrigação etc., mais temido se torna o conflito interno, com a possibilidade de destruição total. Portanto, há uma forte pressão econômica para desenvolver mecanismos de conciliação e solução de disputas".¹⁷

Do mesmo modo que preferiam o caminho do acordo para resolver suas pendências "civis", pode-se supor que, na apreciação de certos delitos ou no julgamento de certos criminosos já optassem pela via preventiva, com a mesma função de evitar o desgaste interno derivado de provável reincidência, alternativa a confirmar-se em Radcliffe-Brown, para quem o controle sancionatório, nessas sociedades, visava a calar aquilo que "o criminoso poderia fazer e nunca como castigo pelo que ele fizera".¹⁸ Ou com a função de aplacar a arraigada vingança privada, pois que esta, de acordo com Makarewicz, "no es un esfuerzo hecho para asustar à los culpables y arrebatarles la posibilidad de hacer mal en lo sucesivo, sino que consiste, sobretudo, en obtener satisfacción y contentar el orgullo herido".¹⁹

Se, acompanhando o pensamento de Letourneau, tinha-se que, num primeiro momento, o homem

17. Robert Weaver Shirley, em *Antropologia Jurídica*, p. 49.

18. Citado por Robert Weaver Shirley, na obra nomeada na nota anterior, p. 49.

19. Obra nomeada na nota 9.

primitivo reagia ao delito por “ação reflexa”, evoluindo para uma reação consciente e raciocinada, sob a regra de talião — “a idéia, a convicção de que é bom, de que é justo os outros sofrerem exatamente o mal, o prejuízo que eles nos infligiram” —,²⁰ é cabível projetar-se que em fase posterior estaria a preconizar a preventividade.

Aliás, é cabível captar-se, ademais, que sua prática preventiva desviava-se mesmo dos padrões futuros, posta uma atenção a finalidades também diferentes.

Assim, em face de as comunidades rudimentares viverem em regime de escassez de bens e por se constituírem de núcleos diminutos, a prevenção penal assumiu outros métodos, dirigidos não propriamente a resguardar a sociedade contra o criminoso, e sim a protegê-la em si mesma, enquanto se contornariam penalidades geradoras de dissidências, ou, nos casos de vinganças coletivas intertribais, lutas intermináveis.

Tal papel preventivista teria sido desempenhado, por longo tempo, pela compensação “pecuniária”, como noticia Soler acerca dos aborígenes argentinos:

“Para limitar estas venganzas colectivas existen detalles demonstrativos de un rudimentario sistema composicional, admisible sobre todo con relación a ciertos delitos. Entre los patagones y pampas, el adulterio, que debía ser pagado con la muerte, podía ser objeto de composición; ésta era un modo de terminar las guerras, entre chaquenses. (...) A este sistema hace también referencia VIEDMA, y llama la atención que AZARA diga que no ha oído que esas tribus se hicieran la guerra entre si 'como las

20. “Da Vingança ao Direito”, inserto na coletânea *O Direito e a Vida Social*, p. 118.

naciones que están al norte del Rio de la Plata', lo cual confirmaria la existencia de esas composiciones".²¹

De natureza preventiva, e pelos mesmos motivos, também seriam diversos outros meios — hoje considerados esdrúxulos — de resolução da pendência penal, como o "duelo de canções" entre os esquimós, "que consiste em que aquel que ha sufrido lesiones físicas o ha sido difamado, o al que se han robado cosas de su propiedad, hace una acusación pública. El denunciante y el denunciado se enfrentan ante la banda reunida en asamblea y, en calidade de desafiador y desafiado, compiten entonando canciones alternativamente. El denunciante proclama su inocencia y se defiende. Finalmente es la comunidad la que decide si es uno u otro el que tiene razón".²²

Retornando-se ao tema específico da prevenção individual, mencione-se que há autores que refutam o elo histórico entre as penas antigas e as medidas de segurança. Em brilhante monografia escrita em 1938, Demóstenes Madureira de Pinho, com contundente argumentação, descarta o timbre preventivo das penalidades antigas: "exemplos isolados de precursão" não significam uma relação com as linhas mestras do instituto, "porquanto a fisionomia do direito penal dos povos antigos é incompatível com os seus pressupostos".²³

Rejeitando firmemente a reputada vinculação histórica — quase sem questionamento decantada em

21. *Derecho Penal Argentino*, v. 1, pp. 93 e 94.

22. Lawrence Krader, em *La Formación del Estado*, p. 53.

23. *Medidas de Segurança*, p. 19.

todos os livros jurídicos afetos ao assunto, mesmo os que lhe são posteriores —, Madureira de Pinho aponta ilogicidade na idéia de a prevenção ser antecedente ou coexistente à repressão pura e simples. Contestação razoável, talvez calcada na reflexão de que seria cultural e socialmente prematuro que povos habituados à vingança privada ou recém-ingressados no estágio da punição pública pudessem concomitantemente chegar ao arranjo de uma via preventiva, produto de uma perspectiva jurídica mais elaborada, posto que decorrente de uma concepção global e dedutiva do problema criminal.

Suas dúvidas não cessam em colocações de cunho genérico; localiza-as, afastando, na análise de cada uma das penalidades tidas e havidas como ancestrais das medidas de segurança — exílio, mutilação etc. —, sua respectiva carga preventiva, como, por exemplo, ao considerar a disposição das leis de Knut, que mandava cortar o nariz e as orelhas da mulher adúltera:

“Essa pena, conhecida de outras legislações primitivas, e semelhante às leis de Manú, no rigor com que punia o adultério, só por exagero pôde ser considerada como meio de prevenção individual. O que ela revela é o espírito de vingança, no objetivo de suprimir à mulher adúltera a beleza, que lhe foi motivo do crime, ...”.²⁴

Entretanto, retirar de uma mulher seus traços naturais, a par de ser um ato de cruel vingança, não traz como inevitável consequência frustrar-lhe a possibilidade de novo adultério, enquanto se a torna indesejada pela repugnância da deformação?

24. Obra nomeada na nota anterior, pp. 20 e 21.

Não há que e porque se insistir nesta discussão; apenas carrear subsídios de uma e de outra posições: desde os tempos primeiros ou em núcleos "atrasados", a imagem da preventividade, com ou sem intenção, estava presente.

VII

As providências preventivas entre os povos antigos

Calha conceber-se, do que se disse, que a pena com timbre preventivo remonta ao período em que os agrupamentos humanos, bem simples, ainda não se compunham em âmbito territorial, distinguindo-se em unidades formadas por outros critérios (tribos, clãs, "fratrias", "gens").

À essa época associa-se a mais antiga forma de defesa social que se conhece: a expulsão do grupo social. Impedindo que o indivíduo indesejável participasse da vida comunal, a expulsão praticamente encerrava uma sentença de morte, porquanto lhe cessava, sob condições inóspitas de sobrevivência, todo apoio e ajuda dos seus, fato demonstrativo de que, como fez ver Soler em alusão específica aos índios argentinos, "el individuo no tiene consideración en sí, como persona, sino como miembro de determinada tribu".²⁵

O exemplo das tribos que habitaram o solo argentino dá com nitidez a medida exata da gravidade

25. Sebastián Soler, na obra nomeada na nota 21, p. 92.

"del significado de la separación de la tribu a título de expulsión o de abandono noxal",²⁶ porque, perpetrada, o apenado ficava sem a tutela do cacique, uma situação desesperante, enquanto "ningún indio ni grupo de indios puede existir sin invocar la protección de tal o cual cacique, según lo dispone el derecho internacional de ellos, y si alguno lo pretendiere, 'de seguro que perdería la vida', o lo harían esclavo en seguida de ser descubierto".²⁷

De acordo com o Prof. Everardo da Cunha Lima, autores alemães crêem que, entre os povos germânicos, esta exclusão assumia o caráter de "higiene de raça".²⁸

Assim ou assado, a função preventiva da expulsão mostra-se evidente, por simultaneamente dissipar as desarmonias internas decorrentes das ações danosas do expulsando e eliminar prováveis focos de represália por parte de grupos outros por ele ofendidos.

Os eficientes resultados preventivos atribuídos à expulsão vão, a pouco e pouco, se diluindo.

Com o passar dos tempos, a assimilação de novas bases sociais opera o assentamento das povoações, que, deixando de ser pessoais, passam a determinar-se por limites espaciais, uma mudança a tornar dificultoso o controle territorial da expulsão.

Em fase posterior, soma-se, para mais enfraquecer o efeito expulsório, a instituição do asilo, paulatina-

26. Sebastián Soler, na obra nomeada na nota 21, p. 94.

27. Sebastián Soler, na obra nomeada na nota 21, p. 92, transcrevendo impressões do viajante Falkner, datadas de 1774.

28. "Direito Penal Germânico", artigo inserto no livro *Capítulos de Direito Penal*, p. 63.

mente adotada: inaugurada por árabes e germanos, recepcionada pela Igreja Católica, dissemina-se, já entrada a Idade Média, por vários povos europeus.

No então nascente Portugal do século XI, duas causas — manter longe os mouros, recentemente afastados, e evitar a expansão castelhana — que prejudicariam o repovoamento do reino com a “ocupação constante das cidades”, contribuirão para disseminar o direito de asilo: “pouco importava que, atraída pelo asilo, a população dos municípios se fizesse à custa de uma gente turbulenta, perseguida pela prática de crimes, pois que antes era preferível ver os limites da nação ocupados por delinquentes portugueses a por honrados sarracenos ou espanhóis”.²⁹

Testemunha-se o vigor do direito de asilo, em Portugal pelo menos, o fato de que dos cinquenta e quatro forais — uma espécie de diploma legal local, a determinar o direito público de cada município, surgidos a partir do século XI e perdurantes até a Lei das Sete Partidas, no século XIII — até hoje recuperados, a maioria deles lho concedia, segundo as seguintes ilustrações:

“Todos os que estiverem culpados de algum ato ilícito, como servidão quebrada, homicídio, estupro, venham para esta vila e fiquem seguros e livres” (Foral de Pena-Ruiva) e

“Os servos, os homicidas ou os adulteros que vierem habitar na vossa cidade sejam livres e ingênuos” (Foral de Bragança).³⁰

29. Augusto F. G. Thompson, em *Escoço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*, p. 58.

30. Textos transcritos por Augusto F. G. Thompson, na obra nomeada na nota anterior, pp. 58 e 59.

Apesar desses fatores e do surgimento de outros meios defensórios, a expulsão subsiste através das épocas, terminando, com as descobertas marítimas no século XVI, por assumir a forma única de desterro ou degredo, em que se encaminha o criminoso para um lugar determinado. Atualmente, a expulsão está restrita aos sentenciados estrangeiros.

Derivada da expulsão, aparece a sepultura em vida, aplicada pelos germanos: "con ella se intenta únicamente segregar de la sociedad al culpable, entregándole a la custodia de la deidad Tierra que evitará su retorno, y por ello colocaban en la cámara pan, agua, leche y aceite, destinados a subvenir a las necesidades del sepultado que moría de asfixia o de frio".³¹

Substitui-se, como instrumento principal da prevenção, a expulsão pelas mutilações e até mesmo pela morte.

Embora autores haja que neguem a indole preventiva da mutilação, afirmando tratar-se de puro ato de vingança, transparece-lhe aquele intuito, ao se saber que sua prática objetivava neutralizar a "especial aptidão física necessária para reincidir".³² Espírito semelhante a dominar os soldados israelenses, quando, em inícios de 1988, foram flagrados pelo jornalismo internacional, a quebrar cruelmente os braços de indefesos jovens palestinos, para que não mais continuassem, em protesto, a jogar pedras contra os invasores dos territórios árabes ocupados.

31. Francisco Felipe Muñido Olesa, em *Las Medidas de Seguridad*, p. 23.

32. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota anterior, p. 23.

Uma constante na apenação dos direitos antigo e medieval, a mutilação, em suas múltiplas ofensas corporais, constituiu-se em resposta decisiva a uma gama variada de delitos: falsificação, roubo, injúria, adultério, incêndio, violência sexual.

Sua mais acintosa revelação é a que, entre alguns povos orientais, vitimava a mulher adúltera: para despojá-la de seus encantos, tinha o nariz cortado. Tal mutilação é explicada pela gravidade conferida ao crime de adultério, considerado causa de mistura de classes, fenômeno sumamente reprovado em sociedades de composição social estratificada, conforme se deflui das Leis de Manu: "é o adultério que acarreta no mundo a mistura das classes, e dessa provém a violação dos deveres destruidora da raça humana, causadora da perda do universo".³³

O Código de Hamurabi ordenava a amputação das mãos do cirurgião que, durante a operação, cegasse ou matasse o doente, punição que, para ser aplicada, não demandava previamente a questão da responsabilidade — se objetiva, se subjetiva.

A mutilação reservada aos ladrões propunha-se tanto a lhes privar a força e o vigor físico, como a torná-los publicamente reconhecíveis, dois objetivos nitidamente preventivos. No direito muçulmano, costumava-se cortar simultaneamente o pé esquerdo e a mão direita do roubador. E na península siberiana de Kamtchatka, o ladrão profissional era atado a um pilar de madeira e suas mãos queimadas com ramos de abedul em brasa, com a seqüela definitiva de que seus dedos ficavam voltados para dentro: "así se le

33. Demósthènes Madureira de Pinho, na obra nomeada, na nota 23, p. 22.

quita el instrumento que le servía para robar y está señalado para el resto de su vida à la atención del público, que al primer golpe de vista sabe que este hombre es un ladrón y puede ponerse en guardia contra él".³⁴

Pode-se entender que as Leis de Manu, recomendando que "el jefe debe, infligiendo penas horrosas, haver conocer à todos que el hombre castigado ha cometido un crimen", aceitavam a punição também com sentido identificatório, portanto, dotada de uma carga preventiva.

Nunca amena, sempre ultrajante e com freqüência retaliadora, a identificação, como pena preventiva acessória, teve lugar de destaque na precaução criminal, segundo informa o Prof. Hélio Gomes:

"Antigamente, a identificação visava a assinalar malfetores e criminosos, sobretudo reincidentes. Processos vários foram sucessivamente usados para esse fim e depois abandonados. O ferro em brasa foi utilizado. Na Índia os culpados eram marcados na frente por esse meio torturante.

"Na Grécia e em Roma os criminosos eram assinalados na testa com as iniciais do crime cometido. Cortar a orelha ou seccionar as narinas também foram recursos empregados. Posteriormente, as marcas assinaladoras passaram a ser feitas nas mãos e nos braços, porque os delinqüentes, para esconder as feitas na testa, deixavam crescer o cabelo até que ele pudesse ocultar o sinal infamante".³⁵

Ao lado desta etiquetagem, surgiram procedimentos identificatórios que, sem marcar fisicamente o

34. Makarewicz, na obra nomeada na nota 9, p. 64.

35. *Medicina Legal*, p. 72.

identificado, visavam à sua exposição pública, “cuando se condena al delincuente à llevar la cabeza afeitada, à ser puesto en la picota ó a ser paseado por las calles sentado sobre un burro: la comunidad no puede olvidar fácilmente à un individuo que ha sufrido semejantes humillaciones”.³⁶

A par de tantas penalidades preventivas de sabor agressivo ou humilhante, por isso mesmo mescladas com o rancor indisfarçável de castigo, a antiguidade também conheceu medidas de cunho recuperativo. Na China, as Cinco Leis Penais, promulgadas em 1115 a.C., almejavam, através de um programa educativo a ser cumprido prisionalmente, a correção moral do criminoso, o qual, comprovando arrependimento por uma conduta carcerária exemplar, tornava à liberdade.³⁷ E o direito muçulmano, profeticamente, já se valia da noção de periculosidade, ao dispor que “la reclusión sólo cesaba cuando se lograba la corrección del sujeto, pudiendo prolongarse hasta la muerte del mismo en caso de no obtenerse la rehabilitación de la persona”.³⁸

Destaque-se, para completar o círculo de reações preventivas à criminalidade no mundo antigo, que à época também dedicava-se atenção à prevenção pré-delitual, cujo movimento se dava contra vagabundos e mendigos, estado de vida que, se nem sempre será encarado como crise ou contravenção, estará por toda a história futura, na vanguarda dos meios de repres-

36. Makarewicz, na obra nomeada na nota 9, p. 65.

37. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 24.

38. Arnaldo Garcia Iturbe, em *Las Medidas de Seguridad*, p. 28.

são e controle social, constituindo-se mesmo um dos alvos preferidos das modernas medidas de segurança. Tome-se, como ilustração dos tempos antigos, o Egito, onde tais modos de vida eram tidos como 'uma antesala do delito', de modo que toda a população estava obrigada a exercer uma profissão: "con este fin debían entregar anualmente al magistrado una declaración escrita com expresión y detalle de sus medios de subsistencia. El que falseaba la verdad o vivía ilícitamente incurria en gravísimas penas, la de muerte inclusive".³⁹

Por último, cabem algumas palavras sobre o caráter preventivo que assumia, na órbita penal, a responsabilidade objetiva — ou responsabilidade pelo fato —, espécie de responsabilidade que predominará, com poucas exceções, até a Idade Média: "Esta forma de responsabilidad que algunos califican de 'residuos de incultura' (Beling), de 'barbarie' (Antolisei), tiene, sin embargo, una finalidad bien definida: la protección del grupo, es decir, tiene una finalidad preventiva",⁴⁰ à medida que a certeza da punição, principalmente entre os povos primitivos, pouco chegados ao raciocínio abstrativo, redundará no apaziguamento dos ânimos da vítima ou de seus parentes, evitando contendas intermináveis e fatais para pequenas comunidades. Uma outra face da preventividade inerente à responsabilidade objetiva fundava-se em que "Si uno debe temer el castigo hasta cuando el resultado es producido involuntariamente, entonces se pondrá particular cuidado en

39. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 24.

40. Nódier Agudelo Betancur, em *Inimputabilidade y Responsabilidad Penal*, p. 9.

evitarlo. Cuando Charles Dundas... preguntó a un nativo por qué no distinguían entre homicidio y muerte accidental, aquel contestó: 'si perdonamos a un hombre que mata por accidente, no habría más que accidentes'".⁴¹

41. Agudelo Betancur, na obra nomeada na nota anterior, p. 10.

VIII

As *providências preventivas* *na antigüidade clássica*

Sendo a antigüidade clássica o berço da filosofia ocidental e tendo os filósofos clássicos recorrido sobre o estado e o direito, faz-se necessário e oportuno saber-se se entre suas meditações críticas incluía-se a questão dos fins últimos da pena, de onde se destaca a variante preventiva.

Já era uma questão vigente.

Na antigüidade clássica, a filosofia também indaga sobre a problemática da punição, sublinhando algumas idéias inequívocas de que devem ser adotadas medidas acautelatórias.

Discutindo acerca dos objetivos das penalidades, Platão — em “Leis”, um dos “Diálogos” — preconiza uma linha apenativa marcada pela proteção da sociedade e pela correção do criminoso. As idéias ali vertidas não são, como viciosamente se ensina, fruto de pura abstração; seu conteúdo refere-se a um projeto muito concreto: a colaboração de Platão para a fundação da cidade dos magnetas, na ilha de Creta, oferecendo aos seus legisladores um modelo de

direito, no qual “adapta às contingências helênicas do séc. IV a utopia da República”.⁴²

Em sua concepção apenativa, Platão afirma que, se ao espírito da lei o fim da pena é a inflicção de um castigo, seu efeito é o de melhorar o culpado, livrando-o do cometimento de novos delitos, além de acautelar os demais sobre as conseqüências da prática delitual:

“Não será punido por haver praticado algum mal — o que está feito não se desfaz — mas para que, de futuro, tanto ele como os que presenciem o castigo, aprendam a odiar francamente a injustiça ou se aliviem do peso dessa desgraça”.⁴³

Por outro lado e como decorrência de sua expressa preferência pela pena privativa de liberdade — praticamente inexistente à época —, pode-se antever em Platão o suscitamento relativo à recuperação do criminoso, à medida que reserva aos incorrigíveis uma das três modalidades de estabelecimentos penitenciários que prevê, a ponto de Marc Ancel destacá-lo como o precursor de “uma distinção entre o delinqüente curável e o incurável”.⁴⁴

Proposição assemelhada será desenvolvida em Roma, por Lucio Anneo Sêneca (4-65 d.C.), que, vendo na recuperação do criminoso o fim e o efeito da pena, coerentemente propõe, em “De Ira”, a eliminação dos irrecuperáveis. E em “De Clemencia”, ao retomar o assunto, avança no sentido de que a pena, além de servir como intimidação e correção,

42. Opinião de Reverdin, transcrita por Hildeberto Bitar, na Introdução a *Leis*, p. 6.

43. *Leis*, Livro XII, p. 374, de *Diálogos*.

44. *A Nova Defesa Social*, p. 31.

proporciona segurança aos “bons”, separando-os dos “maus”.

Não somente a mensagem filosófica tem seu lugar garantido nos estudos das penas preventivas durante a antigüidade clássica; seus exemplos práticos não são poucos, levando-se a crer que o espírito jurídico-penal deste período, pelo menos em Roma, ainda que creditasse mais à feição puramente punitiva o caminho para a prevenção geral, não se descurou da prevenção especial.

Tirante a tradicional lembrança do internamento a que Marco Aurélio submeteu um matricida louco — já referida à p. 25 —, encima a ilustração das penas preventivas, seja na Grécia seja em Roma, o desterro, cuja natureza penal é freqüentemente colocada em dúvida.

Na Grécia, com o nome de ostracismo, entende-se-o como medida de caráter eminentemente político, enquanto visava a afastar das cidades os cidadãos influentes que, por suas posições políticas, pudessem gerar risco para o Estado: “Ovidio fué relegado a Tomi, no por haber cometido delito alguno, sino a causa de su ‘Ars Amatoria’”.⁴⁵

E em Roma, sob a denominação de “relegatio” ou “exilium” — afastamento temporário ou perpétuo, sem perda de direitos —, traria esta mesma característica, ou seja, “o objetivo de afastar os indivíduos perigosos à ordem pública”, fugindo do “campo propriamente do direito penal para invadir o âmbito das medidas de caráter administrativo, puramente políticas”, segundo Madureira de Pinho.⁴⁶

45. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 23.

46. Na obra nomeada na nota 23, p. 23.

Que esta também foi a sua índole, assegura-o o desterro, provocado por “diligências e malevolências” de dois senadores, que atingiu a Cícero (106-43 a.C.), durante dezesseis meses. Em sua tornada, cercado de honras nunca dantes reservadas a um exilado, em agradecimento profere Cícero uma de suas mais eloqüentes orações, “Ao Povo Romano”, em que um dos pontos mais sensíveis é justamente a expressão de seus sentimentos por repisar solo romano:

“Quanto à pátria, bons deuses! que coisa mais amável e deliciosa que a formosura da Itália, que o plausível das povoações, que a figura dos países, que o aprazível dos campos e dos frutos, que a beleza de Roma, que a polícia dos cidadãos, que a nobreza da República, que a vossa majestade! Do que tudo ninguém se gozava mais do que eu. Mas, assim como a boa saúde é mais gostosa aos que convalescem de uma doença grave dos que aos que nunca a tiveram, assim tudo isto me deleita muito mais desejado do que se fora continuamente possuído”.⁴⁷

Da Grécia, não foi achada, em pesquisa ao presente estudo, nenhuma fonte contando de penas com timbre preventivo. E certamente seria uma interpretação distorcida insistir em dar tal característica ao costume, entre atenienses e jônios, de escolher-se para sacrifício aos deuses, na festa de Fargalia, “los dos hombres más malos que se conocían, los malhechores y los holganazes que no eran dignos de vivir”: eram mortos, queimados e ao mar suas cinzas atiradas.⁴⁸ Antes vislumbre-se neste rito a predominância do interesse religioso, em que se aproveitavam à oferenda aqueles “piores” indivíduos,

47. *Orações*, p. 82.

48. Makarewicz, na obra nomeada na nota 9, p. 82.

do que propriamente uma espécie de prevenção radical, embora este sentido até pudesse estar embutido, dado que o direito impregnava-se do fator religioso.

Nem mesmo pode servir como exemplo de proposta preventiva esta reação extrema, contada por Muñido Olesa, cujo sabor mais se aproxima de uma lenda:

“La perversidad de instintos del agente fué en Grecia, como índice grave de probable inclinación al delito, causa bastante para ser condenado a muerte por los atenienses un niño que se ocupaba en sacar los ojos a los pájaros que en sus manos caían, porque los jueces temieron que al crecer y transformarse en hombre sería un ser tan feroz con sus semejantes, como en su niñez inhumano con las aves ‘y tuvieron a bien cortarle el hilo de la vida porque no llegase a ser crimen lo que entonces parecía travesura’”.⁴⁹

De modo indireto, com o auxílio da Lei das XII Tábuas, promulgada no começo da República Romana (510-31 a.C., pelo critério de Wiefels), pode-se corroborar que os gregos não se valeram de penas preventivas para reagir ao delito.

Com efeito, esta codificação, que, segundo jusromanistas de primeira grandeza e historiadores romanos, teria sofrido decisiva influência helênica, especialmente da legislação de Sólon, não contém na tábua destinada aos delitos — Tábua Sétima, pela reconstituição de Jacques Godefroy, e Tábua VIII, pela reconstituição de Ortolan —⁵⁰ nenhuma pena a refletir, mesmo fugazmente, um toque preventivo;

49. Na obra nomeada na nota 31, p. 24.

50. Silvio A. B. Meira, em *História e Fontes do Direito Romano*, pp. 85 e 103.

somente retributivo ou indenizatório, induzindo a que, na Grécia, também assim fosse.

Entretanto, se a Lei das XII Tábuas não as impusera, abundam notícias de Roma concernentes à apenação preventiva, como se detecta das leis que atingiam os crimes de violência ("crimen vis").

Já durante a República, a "lex Plautia de vi" — "la plus ancienne loi qui ait érigé la violence ("vis") en infraction distincte punie d'une peine criminelle propre" —⁵¹ acarreta aos que em seus preceitos incorressem, e que de um modo genérico punha-se como todo ato de violência grave contra a tranqüilidade do Estado ou atentatório aos direitos dos particulares, como pena principal o exílio:

"La peine criminelle est certainement d'après la loi Plautia, l'interdiction perpétuelle de l'eau e du feu: l' 'exilium', c'est-à-dire, dans notre espèce, la défense de résider dans un pays ou dans une ville déterminés et d'être reçu par quiconque, en résumé l'ordre au condamné pour violence, comme à ceux de la plupart des 'quaestiones publicae', de quitter l'Italie et de se rendre dans les provinces, ...".⁵²

E no principado (31 a.C. a 300 d.C.), a "lex Julia de vi publica et privata" também admite penas com conteúdo eminentemente preventivo.

Aos condenados por crimes de violência pública, persistia o exílio, com o nome de "deportatio in insulam" ("damnato de vi publica aqua et igni interdicitur"), cumulada com a perda da cidadania e a confiscação total do patrimônio, conjunto apenativo

51. Jean Coroi, em *La Violence en Droit Criminel Romain*, p. 31.

52. Jean Coroi, na obra nomeada na nota anterior, p. 62.

reservado aos magistrados e aos “honestiores”; cuidando-se, porém, de castigar a plebe, “humiliores”, o rigor punitivo afigurava-se máximo: “capitis poena”, que, para uns, assinalava a pena de morte e, para outros, os trabalhos perpétuos forçados. E aos condenados por crimes de violência privada impunham-se típicas penas preventivas, punindo-se-os com a perda de vários direitos políticos, para manter íntegra a respeitabilidade das instituições: “de l'exclusion et de l'inéligibilité aux magistratures et autres fonctions politiques, élevées ainsi que de la privation des droits électoraux”.⁵³

De modo que, à luz destes textos, falta razão aos que apontam o “exilium” como medida meramente administrativa ou àqueles que negam ao direito penal romano a previsão de penas preventivas.

Até mesmo a literatura ficcional, que, por “recriar o mundo” (Octavio Paz), normalmente não está comprometida com a verdade histórica, realça o caráter criminal, além do político, do exílio romano. Retenha-se, a respeito, a bela e serena página de Anatole France, que — ao início do conto “O Procurador da Judéia” —, certamente em alusão implícita à “lex Julia de adulteris”, narra, com real exatidão jurídica, suas cominações infligidas a um personagem:

“L. Elius Lamia, nascido na Itália de pais ilustres, não tinha ainda despido a pretexta, quando foi estudar filosofia para as escolas de Atenas. Veio depois viver para Roma e levou uma vida voluptuosa na sua casa dos Esquilios, entre jovens devassos. Mas, acusado de manter relações criminosas com

53. Jean Coroi, na obra nomeada na nota 51, pp. 257 e 267.

Lépida, mulher de Sulpício Quirino, personagem consular, e reconhecido culpado, foi exilado por Tibério César. Completara vinte e quatro anos. Durante os dezoito que durou o seu exílio percorreu a Síria, a Palestina, a Capadócia, a Armênia, e fez largas estadias em Antióquia, em Cesareia e em Jerusalém. Quando, depois da morte de Tibério, Elius Lamia obteve autorização para regressar à cidade, recuperou parte dos seus bens. Os seus infortúnios tinham-no tornado prudente".⁵⁴

Quanto à reação contra os loucos ("furiosus", "demens", "insanus") criminosos, as "primeiras fontes", conforme ensina Mário Curtis Giordani, "são os textos do direito clássico": enquanto que tradicionalmente aos loucos em geral recomendava-se sua guarda com os parentes, "de maneira a tirar-lhe toda a possibilidade de prejudicar a si mesmo ou a outrem",⁵⁵ reservando-se o encarceramento à impossibilidade de controle por aqueles, aos loucos criminosos impunha-se uma guarda mais rígida, em que se previa até mesmo a contenção por correntes ("vinculis coerendum").

Entretanto, ainda que se exigisse a custódia, o Estado abstinha-se de puni-los, isenção punitiva a basear-se, seguindo ainda a lição de Curtis Giordani, "em duas concepções frontalmente diversas. Uma, obedecendo a considerações filosóficas e humanitárias alega a piedade inspirada pela doença; outra, levando em conta princípios jurídicos, apela para a noção de irresponsabilidade".⁵⁶

54. *Antologia do Conto Moderno* — Anatole France, p. 77.

55. *Direito Penal Romano*, pp. 40 e 41.

56. Na obra nomeada na nota anterior, pp. 43 e 44.

Sabe-se que, do mesmo modo, também no terreno do direito privado os loucos criminosos, em razão da falta de discernimento, não respondiam pelas obrigações "ex delicto".

Encerre-se esta tomada de visão dos antecedentes das medidas de segurança na época clássica, repetindo-se — desta vez na íntegra e em outra tradução —⁵⁷ o famoso rescrito do imperador Marco Aurélio acerca das providências determinadas em relação a Aelius Priscus, que, louco, assassinara sua mãe.

Este rescrito, que teria sido redigido "sob a influência das idéias humanitárias do Estoicismo", assume excepcional importância porque, à maneira de um vaticínio, aborda todos os grandes temas futuros do "ato criminoso cometido por um louco: hipótese de simulação, problema dos intervalos lúcidos, medidas de segurança a serem tomadas e responsabilidade dos "custodes", justificativa da indulgência tida para com o assassino", indulgência que "não exclui a necessidade de um exame prévio ('diligenter explorabis') do delinqüente pelos juízes", tudo de acordo com a dissecação crítica de Arlette Lebigre.⁵⁸

Proclama o rescrito:

"Se a ti consta claramente que Élio Prisco encontra-se em tal estado de loucura que por sua permanente alienação mental carece de toda inteligência, e nem existe qualquer suspeita de que a mãe tenha sido morta por ele numa simulação de demência, podes numa certa medida negligenciar sua punição

57. A outra tradução está ao final do capítulo III.

58. Informa-o Mário Curtis Giordani, na obra nomeada na nota 55, p. 41.

pois já está suficientemente punido pela própria loucura. Todavia deverá ser custodiado com toda a diligência e, se assim julgares, deverá ser acorrentado, o que contribuirá tanto para seu castigo como para sua guarda e segurança de seus próximos.

“Se porém, por acaso, como acontece muitas vezes em alguns intervalos de lucidez (“sensu saniore”) deverás indagar cuidadosamente se, por acaso, cometeu o crime nessas circunstâncias, não se desculpando então sua doença; se tiveres verificado que assim sucedeu, consultar-nos-á para que julguemos se deve ser condenado ao suplício por causa da crueldade do crime uma vez que o tivesse cometido quando podia parecer que estava em seu juízo.

“Tendo porém sabido por tua epístola que se encontrava em determinado lugar e em situação em que era custodiado pelos seus e ainda na própria casa de campo, parece-nos que farás bem se chamares aqueles pelos quais então era vigiado e averiguares a causa de tão grande negligência e procederes contra cada um deles segundo parecer que tenha ou não culpa pois os guardas dos loucos não são colocados somente para que estes não atentem contra si mesmos mas também para que não causem mal a outros; se isto ocorrer deverá ser atribuído não sem razão à culpa daqueles que tiverem sido mais negligentes no seu dever”.⁵⁹

59. Traduzido e transcrito por Mário Curtis Giordani, na obra nomeada na nota 55, pp. 41 e 42.

IX

As providências preventivas no direito muçulmano

Invariavelmente, os estudos sobre a história das medidas de segurança dedicam espaço, ainda que pequeno, à contribuição muçulmana.

Terá sido tal contribuição diferente e inovadora ou simplesmente, respeitados os costumes e a moral islâmicas, verteu-se pelos mesmos processos que historicamente vinham pautando o signo da preventividade até o momento, no século VII da era cristã, em que surge o direito muçulmano?

Interrogação que, aliás, não se resume ao tema em revista; genericamente, ao se tratar do direito muçulmano, põe-se em causa o problema da recíproca influência entre ele e o direito ocidental.

Em sua clássica obra "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporaneos", René David afirma que, em termos de direito comparado, o essencial do direito muçulmano reside em sua "originalidade total". Atributo este encontrável tanto em relação aos demais sistemas jurídicos, por ser o único direito revelado — sua fonte principal e de certa forma imutável, o livro sagrado do Corão, foi revelada a Maomé —, quanto em relação ao direito canônico,

porquanto, se ambos são direitos de uma comunidade de crentes, o direito muçulmano, ao contrário do canônico, não se aparta da religião e ordena a vida social, de modo que "las semejanzas que pueda presentar en algún aspecto con otros sistemas por lo que respecta a las soluciones ofrecidas solo pueden ser atribuidas, según la ortodoxia musulmana, a simples coincidencias; no se trata, en ningún caso, de legados recibidos por el derecho musulmán del pensamiento extranjero".⁶⁰

Sua origem divina, sua permanente religiosidade e sua imutabilidade não o fizeram, entretanto, original, no sentido de que suas soluções inexistiam em outros direitos ou, se soluções semelhantes, geradas por meras coincidências.

Com efeito, ao se situar o direito muçulmano dentro do contexto histórico-geográfico do qual e no qual se irradia, resultará pouco provável que ele tenha se instituído e nada provável que ele tenha se desenvolvido inteiramente livre de influxos externos, sejam judaicos, sejam gregos, sejam romanos, bizantinos ou persas.

A razão discordante daquela "originalidade total", está com Raymond Charles, o qual, posicionando-se sem ortodoxia, assevera que, "a despeito de muitos elementos orgânicos, o direito muçulmano apresenta menos originalidade do que se crê à primeira vista", posto que, "ligado a uma fé tardiamente aparecida, ele sofreu a impregnação de conceitos que o precederam; de outra parte, a extensão fulminante do Império (islâmico) obrigou os conquistadores a com-

60. *Los Grandes Sistemas Juridicos Contemporaneos*, p. 362.

pletar um sistema ainda em seu início, recebendo normas vigariantes nas regiões submetidas".⁶¹

Tendo também como fundamentos a expiação e a intimidação, não se descurou da prevenção geral, segundo nota o historiador português João Silva de Sousa: "Aliás, Allâh adverte, previne, impõe, castiga quer espiritualmente, apelando ao Juízo Final e à consciência de cada um nesta Vida Imediata, quer com penas físicas".⁶²

Nos aspectos gerais, o direito penal muçulmano tanto indica pontos de contacto com a tradição e as inovações em curso — inimputabilidade para menores de certa idade, aceitação da legítima defesa, substituição da vingança privada pela composição e pelo talião ("àquele que vos for hostil, reagi da mesma forma, usando o mesmo tipo de hostilidade que ele mostrou contra vós! Sede piedosos, (no entanto), como manda Deus! Sabei que Ele está entre os piedosos!") —,⁶³ como descobre respostas diferentes: todo crime era pecado, dificultando a separação das facetas religiosa e jurídica de tais atos, individualização da pena e responsabilização penal restrita ao ser vivente dotado de discernimento, no que se adiantava ao direito europeu, que ainda processava cadáveres e animais, costume que atravessará os tempos:

"Conta Hamon que 'em 1896, em Falaise, uma porca foi enforcada pelo carrasco por ter comido o rosto de uma criança. Em 1474, em Kalemberg, um

61. *Le Droit Musulman*, p. 21 (tradução minha).

62. *Religião e Direito no Alcorão*, p. 159.

63. Fragmento (sûra) II, versículo 190, do Alcorão, transcrito por João Silva de Sousa, na obra nomeada na nota anterior, p. 127.

galo foi judicialmente queimado por ter pôsto um ovo, que foi conjuntamente lançado na fogueira. Em 1552, o juiz do cabido de Chartres condenou ao enforcamento, um porco acusado de ter matado uma jovem. Em 1617, em Hédé, queimou-se solenemente uma jumenta com o indivíduo que com ela cometera o crime de bestialidade. No fim do século XVII, na Bretanha, muitos cadáveres foram condenados ao enforcamento ou à exposição".⁶⁴

No campo restrito da preventividade penal, os parcos dados disponíveis asseguram-lhe, ao direito muçulmano, em relação aos demais direitos, certo grau de avanço e de distanciamento.

Assim é que já dispunha da noção de periculosidade, praticamente desconhecida e inaplicável noutras terras, adotando-a seguramente em duas hipóteses. De um lado, ao não encerrarem a reclusão do ladrão reincidente até sua comprovada reabilitação,⁶⁵ e d'outro, estendendo-a aos alienados havidos como perigosos, contra os quais, no começo do islamismo, não se tomava nenhuma medida de proteção social:

"Estas aparecen posteriormente como derecho particular en los 'qanūna'; entre ellos es interesante el promulgado en Marruecos durante el reinado de Sidi Muhammad ibn Allah, coetáneo de nuestro Carlos III, dictado com motivo de hallarse Fez infestada de locos y mendigos; distingue entre locos peligrosos y no peligrosos. Los primeros debían ser obligatoriamente internados en el manicomio de Fez, donde su alimentación corría a cargo del Sultán. Los

64. Hamon, transcrito por Sodré de Aragão na obra nomeada na nota 4, p. 298.

65. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 25.

no peligrosos debían ser cuidados y reclusos en su propia casa".⁶⁶

De igual modo e já em fase ulterior, pressente-se um matiz precaucional na faculdade dada ao juiz para, através de uma correção discricionária ("tazir"), impor, em função das circunstâncias do fato e da personalidade do acusado, uma penalidade indeterminada, indeterminação, entretanto, vedada para os delitos autenticamente religiosos e os de sangue, quando, então, ter-se-ia de, sem comiseração, aplicar a pena prevista.

Por fim, assinale-se que, das penas cominadas, poucas afastavam-se do puro cunho expiatório, para mostrar também caráter preventivo: a do envolvimento humilhante do turbante,⁶⁷ à medida que, realçando o apenado, tornava-o alvo de rejeição; e "ao ladrão e à ladra, cortai-lhes as mãos como recompensa do que fizeram",⁶⁸ desvanecendo-lhes a execução de novos roubos.

Pode-se ainda entender como de semblante preventivo, duas das penalidades tributadas às acusações de adultério, pois se o flagelo de cem chicotadas a castigar "o fornicador e a fornicadora"⁶⁹ mostra-se mero sofrimento físico, a prescrição alcorânica de que um adúltero somente se casará com uma adúltera

66. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 25.

67. Raymond Charles, na obra nomeada na nota 61, p. 37.

68. Fragmento (sûra) V, versículo 43, do Alcorão, transcrito por João Silva de Sousa, na obra nomeada na nota 62, p. 99.

69. João Silva de Sousa, na obra nomeada na nota 62, p. 162.

e vice-versa⁷⁰ e a “prisão domiciliar” perpétua reservada às adúlteras — “fechai-as em casa até que a morte as leve” —⁷¹ revelam nítido e óbvio sentido de, no primeiro caso, impedir que os adúlteros maculem os pudicos e no segundo caso obstar a reiteração da conduta reprovada.

É oportuno esclarecer — porque as feministas são implacáveis — que a diferença de tratamento favorável ao homem, que, além de não ser apenado com a prisão perpétua, tinha amplíssimas condições de conviver concomitantemente com várias mulheres sem lhe pesar a acusação de adultério, provinha da concepção estritamente masculina de poligamia, reinante na sociedade muçulmana:

“Homem e mulher estariam, de facto, em pé de igualdade se acaso não fosse permitida a poligamia só para os homens. Estes podiam ter várias mulheres, facilidade que a Lei lhes concede e também um número imenso de concubinas. Logo, para que o homem fosse considerado adúltero, seria necessário que mantivesse relações extramatrimoniais com uma prostituta ou que cometesse o crime de ‘zina’, (...) e que se traduz pela ligação carnal com a mulher do vizinho, por exemplo. (...) A mulher, pelo contrário, só pode casar-se, de cada vez, com um só homem e, então, vemo-la em pé de nítida desigualdade, se acaso cometer adultério”.⁷²

70. João Silva de Sousa, na obra nomeada na nota 62, p. 138.

71. João Silva de Sousa, na obra nomeada na nota 62, p. 182.

72. João Silva de Sousa, na obra nomeada na nota 62, p. 138.

X

As providências preventivas na idade média cristã

Chega-se à Idade Média cristã.

Em que pese a autoridade e a influência de Santo Agostinho, na nascente Idade Média, pregando, em “A Cidade de Deus”, que o castigo “não deve tender à destruição do homem mas à sua recuperação”,⁷³ socialmente predominou o conceito de pena-castigo, de conhecidas atrocidades, defeito a contaminar também as penas preventivas predominantes naquela época e uma herança d'outros tempos: a mutilação e a identificação por marcas, aquela a diretamente impedir a reincidência e esta, indiretamente, dando a reconhecer de imediato o criminoso. Para se chegar ao extremismo da prevenção com a pena de morte, que, em algumas localidades francesas, lá pelo século XII, atingia os criminosos habituais, “como medio de eliminación justificado por la pręsunción de incorregibilidad derivada de la persistencia en el delito, reveladora de un habito”.⁷⁴

73. Citado por Marc Ancel, na obra nomeada na nota 44, p. 41.

74. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 30.

Até mesmo as Constituições de Melfi (conhecidas também como Constituições do Reino da Sicília), e consideradas por vários títulos, uma legislação avançadíssima, sucumbiam ao signo permanente dos castigos severos.

Preocupado com a centralização do poder real e com a unificação política — preocupações a fazer com que vários publicistas o considerem o “pai” do Estado moderno —, Frederico II procura, na órbita da administração da justiça, desfazer-se das intromissões nobre e clerical, abolindo todas as jurisdições paralelas à estatal, e rejeitando o amálgama de leis até então existentes, cuja variedade, a aplicar-se a cada nacionalidade, gerava confusões, de modo a favorecer os abusos pela impunidade.

Readmitindo o direito romano do “Corpus Iuris Civile” — tal como, no mesmo período, acontecerá com a Lei espanhola das Sete Partidas —, ao lado de outras leis novas, promulga as Constituições de Melfi: “un Codice da servire per norma costante ed inderogabile all'ammistrazione della giustizia e per tutti gli ordini di persone, senza farsi luogo a legge od a costumanza in contrario”.⁷⁵

No processo penal, dota o acusado de um conjunto de garantias que se sedimentariam somente após o advento da Revolução Francesa: exigência de citação, defesa e advogado, fixação de uma fase contraditória, limitação do uso da tortura e proibição das provas místicas e negativas.

75. Raffaele Petti, em *I Delitti e le Pene nelle Costituzione di Frederico II*, inserto na obra coletiva *Scritti in Onore di Enrico Ferri*, p. 359.

Com o mesmo espírito precursor, ao conceber a pena como exemplo e intimidação para a coletividade, Frederico II colocou em prática a noção de prevenção geral, inspirando-se em que "la pena non dovesse rappresentare l'espressione della vendetta privata o sociale, má assegnó ad essa una funzione essenzialmente preventiva",⁷⁶ visão que somente despontará no século XVIII, com a obra de Beccaria.

Embora se diga — como Raffaele Petti, o estudioso que até aqui se segue — que Frederico II haja "mitigato le antiche e feroci pene" e haja superado a idéia de "vendetta sociale", lícito é extrair-se que, se seus intentos preventivos foram alcançados, o crédito disto recairia justamente na efetiva aplicação das penas cominadas, que, tanto pela desproporcionalidade com o mal feito quanto pela crueldade, ainda beiravam a barbárie, no que ele não se adiantou ao seu tempo.

Ou seja, em consequência das já explicadas unificação legislativa e centralização da justiça sicilianas, cessou-se a impunidade e emergiu a efetivação das sanções proclamadas pelas Constituições de Melfi, que teria gerado um eficaz exemplo intimidativo. Favorece esta interpretação ilustrar-se, entre muitas penas semelhantes, o rigor de algumas delas: à segunda reincidência nos crimes relativos às fraudes do comércio, perdia-se a mão, e à terceira, a força aguardava o fraudador; o favorecimento da prostituição da filha pela mãe, levava-a a ser punida com o "taglio del naso".⁷⁷

76. Raffaele Petti, na obra nomeada na nota anterior, p. 360.

77. Raffaele Petti, na obra nomeada na nota 75, p. 363.

No que tange aos criminosos hoje tidos como inimputáveis — os loucos e os menores —, embora se possa imaginar, calcando-se em outros estatutos da época, que fossem submetidos à guarda familiar, sabe-se que as Constituições tinham-nos à conta de irresponsáveis, porque “se uma criança e um louco matarem um homem, não devem ser considerados criminosos, um é inocente e o outro por infelicidade não sabe o que faz”.⁷⁸

Posto ter sido a Idade Média culturalmente dominada pela Igreja, importa anotar-lhe a posição sobre o assunto penalógico.

Esta seqüência quase milenar de medonhas punições corporais — que, na sombria época da Inquisição, se reforçara com o apoio e o requinte da Igreja —, não significa que o cristianismo e o direito canônico omitiram-se na colaboração para a humanização do direito penal, uma das faces do que Pedro Lombardia, um grande e atual juscanonista, denomina de influência canônica “en torno a las consecuencias jurídicas de la dignidad de la persona humana”.⁷⁹

Duas serão as variantes contributivas.

Expressando mais uma atitude espiritual do que propriamente um cultivo jurídico, dissemina-se, por força da pregação apostólica — iniciada com as

78. *Si infans et furiosus hominem occiderit non tenentur quia alterum innocentia consilii, alterum infelicitas casus excusat* (Constitutiones Regni Siciliae Friderici II, I, 14) — transcrita por Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 31. Para o vernáculo, a tradução foi feita por um latinista taubateano, cujos nome e pessoa desconheço e a quem, aqui aproveito, e agradeço.

79. *Lecciones de Derecho Canonico*, p. 50.

primeiras gerações de cristãos e continuada com os padres apostólicos —, a mensagem evangélica, a guiar-se pelos postulados do Novo Testamento: a caridade, o perdão e a redenção.

E, tocado pela recepção do direito romano, que a Igreja adaptará às novas conformações sociais, surge um dimensionamento de marcante técnica jurídica ainda impregnado do espírito evangélico: o direito canônico propriamente dito, que, com suas decretais e sua doutrina, atingirá o apogeu de 1140 a 1325, o período do direito canônico clássico, cujos textos mais importantes serão consolidados no "Corpus Iuris Canonici".

Explica-se esta ascendência do direito canônico pela atualização, com a adoção de parâmetros cristãos, do direito romano, finamente elaborado de modo a conter fórmulas para a resolução de problemas em que os direitos locais vacilavam e, principalmente, pela força política do papado, que, no campo judiciário penal, externava-se em que "as decisões eclesiásticas recebiam execução por tribunais civis".⁸⁰

Ápice e predomínio que se arrefecem com o declínio do direito canônico clássico — "como componente fundamental de un Derecho Común, en el que la armonia entre el elemento romano y el canónico era una de sus bases principales" —,⁸¹ sintomaticamente a coincidir com o começo da decadência do poder pontifical, cujas raízes põem-se, no âmbito político, com a derrota do Papa Bonifácio VIII frente a Phelipe, o Belo, rei de França, e, no âmbito religioso, com o Cisma do ocidente.

80. Anibal Bruno, em *Direito Penal*, v. I, tomo 1.º, p. 72.

81. Pedro Lombardia, na obra nomeada na nota 79, p. 34.

Constituem os altos pontos negativos da Igreja punitiva sua insistência na exagerada perseguição dos hereges e sua noção exacerbada de pecado, a ilidir, até o século XVIII, a separação entre a ilicitude e a imoralidade, aspecto do direito medieval que o penalista Silva Ferrão, em 1856, ao traçar um retrospecto do direito penal português, crivava com mordacidade:

“As disposições dos canones da Igreja não podiam deixar de ter então, como tiveram por muito tempo, grande influência e vigor nos factos, denominados ‘crimes moraes’ — ou — ‘religiosos’ —, em que se considerava preciso punir não so o ‘crime’, mas o ‘peccado’, como se a missão dos homens, no estado social fosse prestar auxilio à omnipotencia divina, e justiça do Ceo!”.⁸²

Por outra, a participação da Igreja, durante todo o transcorrer da medievalidade, a influir, positivamente e a longo prazo, para uma feição renovada do direito penal, estende-se por aspectos vários.

Sob um tom meramente descritivo, destaquem-se, no campo punitivo, suas mais significativas posições.

Apresenta-se a Igreja como a primeira instituição a, inspirada nas idéias de caridade e de compaixão pelo criminoso, introduzir “un sistema penal suave y moderado encaminado a la enmienda y redención de los reos”, induzindo-os ao arrependimento e confortando-os “con la esperanza del perdón y con el principio de una nueva vida”.⁸³

82. *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Codigo Penal Portuguez* (de 1852), p. XLVI.

83. Cuello Calón, em *Derecho Penal*, tomo I, p. 73.

Concebendo o direito em nome da divindade e propagando a igualdade de todos perante Deus, rechaçou a imperante vingança privada dos bárbaros, para acentuar o fortalecimento da autoridade pública:

“El Cristianismo arrancó la espada de la justicia a los ofendidos deseosos de venganza y la puso en manos de la autoridad ministro del Señor, el Cristianismo impone la obediencia a la autoridad constituida, sin la cual la sociedad no sería duradera y estaría en continuo peligro. Por lo cual los Santos Padres proclamaron de modo especial que reprimir el delito es obra del príncipe y del magistrado, que el poder punitivo no pertenece a los particulares, y que quien mata a un delincuente sin estar revestido de funciones publicas, es culpable de homicidio”.⁸⁴

E, coerentemente a esta postura contrária à reação privada como forma de resposta ao crime, a Igreja, com a criação do instituto do asilo — que Soler⁸⁵ atribui à revivência de uma antiga tradição clássica, em que o templo de Diana destinava-se a asilo —, ajuda, na prática, a retirar dos particulares o poder da “vindicta”.

Finalmente, cabe sublinhar que a Igreja, seguindo o direito romano, recupera a noção de responsabilidade subjetiva, ainda que o não faça integralmente, pois no direito canônico “se encuentra la extensión de la pena a terceros inocentes, como la infamia de los hijos incestuosos, las interdicciones que por los delitos de herejía y apostasía recaían sobre hijos y descendientes; la responsabilidad de corporaciones”.⁸⁶

84. Schiapolli, transcrito por Cuello Calón, na obra nomeada na nota anterior, p. 74.

85. Obra nomeada na nota 21, p. 69.

86. Sebastián Soler, na obra nomeada na nota 21, p. 68.

A filosofia cristã medieval também destilou seu quinhão de rigorismo: outro padre e santo, o Tomás de Aquino, figura de notável influência intelectual nos séculos XIII e vindouros, insiste, no que não andava sozinho, no enrijecimento do castigo penal. Adepto da linha platônica — de que as penas são a medicina da alma —, apregoa que, no caso de fracasso recuperativo, devem ser agregadas, às penas impostas, outras espécies, “como los médicos hacen al procurar la salud del cuerpo”.⁸⁷

Insensível à evidência de que Santo Tomás era adepto do rigorismo penal, Marc Ancel — sempre sequioso de, em tudo e em todos, encontrar fragmentos de seu movimento da “nova defesa social” — enxerga nesta proposta o início do que, posteriormente ao medievo, certos teólogos denominariam “pena medicinal”: “prefiguração da noção moderna de ‘tratamento do delinqüente’, se situa, aliás, na base das penas canônicas em que a detenção tinha por objetivo fazer com que o pecador se arrependesse de seus atos e se emendasse através de uma exata compreensão da gravidade de sua culpa”, de modo que, diferentemente da justiça secular, onde imperava a severidade, preponderasse o “espírito de caridade, de compaixão e de misericórdia”.⁸⁸

Em verdade, não houve convergência de propósitos entre a “pena medicinal” de Santo Tomás — punição até à exaustão — e a “pena medicinal” veiculada por teólogos posteriores e praticada ulteriormente pela Igreja — emenda do criminoso. Pois enquanto aquela posição teórica da sobreposição de penas por inocuidade das impostas iniludivelmente insistia na multiplicação

87. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 28.

88. Obra nomeada na nota 44, p. 41.

do castigo como única forma válida de afastar o indivíduo do crime, este sistema efetivo de detenção se predispôs a oferecer-lhe, mesmo que sem brandura, todas as oportunidades, antes de atingir o topo do procedimento punitivo (conforme ao seu tempo, no capítulo seguinte, se verá), progressão que nem sempre foi obedecida, como se colhe da história penal-religiosa de uma das vítimas do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, atuante na Bahia, pelo século XVIII:

“Além destes infelizes, um controvertido baiano também terminou seus dias na fogueira do auto-de-fé, realizado em 13 de outubro de 1726: trata-se do Padre Manuel Lopes Carvalho, natural de Salvador, 42 anos, Vigário de São Miguel de Cotegiepe, que tinha entre suas culpas o dizer que os judeus só erraram em não ter aceito o Messias, mas que estavam certos em cumprir a Lei de Moisés, guardando o sábado, a circuncisão e outros rituais do Antigo Testamento; que o Padre Antônio Vieira, também ele vítima da Inquisição, “foi a melhor luz de toda a Igreja”, dizendo com afronta aos Inquisidores, que “devia seguir o que Deus lhe ensinava, e não o que lhe propunham na Mesa do Santo Ofício”. Revoltado com os rigores de sua prisão, certamente sofrendo demência mental, chegou ao extremo de proclamar-se ele próprio como o Messias prometido pelos Profetas, enquanto acusava o Santo Tribunal de “não ser de Cristo mas de Maomé”. Por pouco não se atirou janela abaixo da Sala de Audiências, ao gritar desesperado que “a Mesa inquisitorial era um tribunal de ladrões, que o tinham conservado nos cárceres por anos seguidos, como morto e abstraído do mundo, sem ter comunicação com os homens e privado do uso dos sentidos de ver, ouvir e falar, porquanto se falam os réus uma palavra mais alto,

logo os castigam"! Pobre clérigo, ele próprio vítima da intolerância de seus colegas de batina. Não teve apelação: foi o primeiro sacerdote do Brasil a ser queimado pelo Santo Ofício".⁸⁹

Em prosseguimento à viagem pela Idade Média penal, detendo-se na Espanha — a ser tomada como paradigma do período —, fica bem pronunciado o signo da expiação, ao qual se mesclará a intimidação geral, a dominarem a legislação repressiva.

Registram exemplarmente esta tendência dois importantes corpos de leis — O "Fuero Real" (1255) e a Lei das Sete Partidas (1265) — promulgados no reinado de Alfonso X, "o Sábio".

Pretendendo, como ousara Frederico II, da Suábia, acabar com a desordem legislativa, Alfonso X tratou, para reforçar seu poder, de unificar a legislação, desautorizando a aplicação dos "fueros municipales", em que cada localidade possuía direito próprio.

Assim nasceu o "Fuero Real", ainda a ressentir-se, no capítulo penal (Livro IV), da influência germânica, quer pela remanescência, embora empalidecida, da vingança privada, quer "como en las leyes germánicas hállanse tarifas del precio de la sangre, el precio que ha de pagarse por la herida depende de su situación, de que saliera o no sangre, de que llege o no al hueso, etc.". ⁹⁰

A par de avanços significativos, tais o princípio da personalidade da pena, a proibição de executar-se as penas corporais ou de morte contra a mulher grávida até que dê à luz e a distinção entre os

89. Luis Mott, em "1591-1991 — 4.º Centenário da Visitação do Santo Ofício ao Brasil", artigo publicado em *Leitura, Diário Oficial do Estado de São Paulo*, de 11.7.91.

90. Cuello Calón, na obra nomeada na nota 83, p. 134.

procedimentos civil e criminal, as penas, corporais em sua maioria, continuaram marcadas por elevado grau de severidade.

Note-se — o que parecia ser uma constante nesses tempos passados — que, apesar de as penas se distinguirem pela atrocidade, havia nelas uma autêntica e simultânea finalidade preventiva, à medida que a mutilação relacionava-se diretamente com o tipo de delito punido, como a enunciar que, amansada a região do corpo que materialmente provocou a falta, evitava-se que o sentenciado, no futuro, a repetisse: “al escribano que falsea un documento, pérdida de la mano, al testigo falso se le arrancan los dientes”.⁹¹

E a pena de morte tinha garantido o seu lugar: os hereges, os reincidentes em crimes contra a propriedade e os ladrões das igrejas e das estradas.

Por seu turno, a Lei das Sete Partidas, em seu regramento penal (Livro da Sétima Partida), que somente passou a vigorar após o reinado de Alfonso X, merece destaque.

De um lado, porque, em seu tempo, ao abandonar em definitivo a vingança privada herdada dos germanos, constituiu-se hispanicamente no marco decisivo de recepção ao direito romano, afora oferecer visíveis progressos: o reconhecimento da prescrição da pena de morte, se o criminoso não é perseguido por cinco anos, a aceitação da tentativa e da cumplicidade, a consideração de atenuantes e agravantes na dosagem penal e a diferenciação dos homicídios em voluntários, justificados e cometidos por imprudência. D'outro lado, por ter historicamente

91. Cuello Calón, na obra nomeada na nota 83, p. 134.

resistido durante séculos, figurando, tanto na Espanha como em seus domínios coloniais, como uma das fontes principais da legislação penal, a ponto de ser ainda aplicada supletivamente à "Novísima Recopilación" espanhola, de 1805.

Malgrado aquela feição apurada, suas espécies apenativas perpetuavam o timbre da crueldade, adeptas da dupla finalidade de retribuir o mal na pessoa do ofensor e de concomitantemente intimidar os demais, conforme se expressa a introdução da Sétima Partida, ao afirmar que os delitos "que se fazem con soberbia, deuen ser escarmentados crudamente, porque los fazedores reciban la pena que merescen, e los que lo oyeren, se espanten, e tomen ende escarmiento, porque se guarden de fazer cosa, porque non resciban otro tal".⁹²

Ao lado disso e daquilo, eximia de punição os irresponsáveis (loucos, menores e desmemoriados), os quais, ao invés de serem submetidos ao castigo referente ao delito praticado, deveriam ficar isolados em casa, sob a guarda de familiares, que, negligenciando nesta custódia, eram punidos.

À mesma época, semelhante provisão continha-se no direito penal catalão, que, no "Libro de las costumbres de Tortosa", ao isentar de responsabilidade os loucos e os dementes, impunha-lhes, sob o cuidado familiar, a detenção doméstica. Não se limitava, entretanto, à guarda pós-delitual, posto permitir, também sob a responsabilidade de parentes e visando a evitar danos previamente a uma ação criminosa, a aplicação de tal isolamento domiciliar, situação a prolongar-se "hasta que el enfermo recobre

92. Transcrito por Sebastián Soler, na obra nomeada na nota 21, pp. 81 e 82.

la razón y hasta su muerte en caso contrario”,⁹³ providência que, na opinião de Cuello Calón, “figura ya una medida de seguridad”, “bien bárbara por cierto”,⁹⁴ uma vez que — acrescenta-se —, o submetido deveria ficar acorrentado...

De modo assistemático e desprovido de qualquer embasamento teórico, senão o espírito prático de uma necessidade imediata, começavam a assentar-se na história do direito penal os rudimentos das futuras medidas de segurança: a custódia compulsória dos agentes penalmente irresponsáveis e dos penalmente responsáveis renitentes.

E, captada aqui em Hespanha, ali no direito do reino siciliano e acolá no direito muçulmano, já se percebe, remontando a Roma, uma expansão na tendência de desculpar o mentalmente irresponsável. De igual maneira dispunha o direito saxônico da alta Idade Média: “os indivíduos verdadeiramente loucos e os mentecaptos não serão julgados”, insculpia o Espelho da Saxônia.⁹⁵

Descobre-se ainda uma nítida reação preventiva, totalmente desligada da economia apenativa, no compromisso de boa conduta — “recognizance” —, que a Inglaterra, no decorrer dos 1300, passou a exigir de indivíduos que ameaçassem a “segurança individual e a paz pública”,⁹⁶ instituto que, com nuances diversas, será, a partir do século XVI, adotado em vários países europeus, inclusive Portugal.

93. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 31.

94. Na obra nomeada na nota 83, p. 142.

95. Espelho da Saxônia, 3.º, 3, transcrito por Von Litz, em *Tratado de Direito Penal Alemão*, p. 251, v. I.

96. Marc Ancel, na obra nomeada na nota 44, p. 62.

Um Portugal que — para se cerrar este capítulo sob o mesmo clima de seu início — no campo das sanções penais também pecava pelos excessos:

“Os açoutes, a mutilação, de lingua, de olhos, de mão, a tortura, a marca de ferro quente, a morte enfim, já na forca, já pelo apedrejamento, já pelo cutello, já pelo fogo, já por outros variados modos expressivos todos do ressentimento, da paixão, ou da vingança individual, ou do próprio medo e do terror social, que se queira compensar e destruir, pela razão instintiva da intimidação a outros criminosos, foram as penalidades adoptadas”.⁹⁷

Assim, apesar de tais tipos de pena tomarem objetivamente uma feição preventiva — enquanto que, fomentando padecimentos sobre o corpo do criminoso, enfraqueciam-lhe ou lhe anulavam o fazer delitual —, a mentalidade medieval predispunha-se à elaboração de um arsenal punitivo, cuja proposta última estava em frisar a certeza e a necessidade do castigo, conforme, em obra imperecível, elucida a famoso historiador holandês Johan Huizinga:

“A insegurança crônica tornava desejável a maior severidade possível por parte das autoridades: o crime veio a ser olhado como uma ameaça à ordem e à sociedade e também como um insulto à majestade divina. Era pois natural que o fim da Idade Média se tornasse o período, por excelência, da crueldade judicial. Não se punha em dúvida que o criminoso merecesse a punição. O sentido popular de justiça sancionava sempre as mais rigorosas penalidades. De vez em quando o magistrado empreendia campanhas regulares de severa justiça, ora contra os saltadores, ora contra as bruxarias e a sodomia.

97. Silva Ferrão, na obra nomeada na nota 82, p. XLVIII.

“O que mais nos impressiona nesta crueldade judicial e na satisfação do povo em aceitá-la é a sua brutalidade e malvadez. A tortura e as execuções são contempladas pelos expectadores como as diversões de uma feira. Os cidadãos de Mons compraram um salteador por alto preço para terem a satisfação de o ver esquartejar ‘com o que o povo se divertiu mais do que se um novo corpo santo se tivesse erguido de entre os mortos’”.⁹⁸

Escapando da morte, supliciado ou retalhado, restava ao criminoso, marcado ou aleijado, perambular pelas estradas, engrossando a fileira dos miseráveis, proibido outro tanto de retornar à cidade natal ou impedido de entrar em novas aldeias: este é o resultado da prevenção na Idade Média.

Dissipava-se a prevenção no rigor do castigo: uma punição tão dura, que, em seu anseio de tormento completo, tornava o submetido, menos pelo temor que dele poderia se apoderar e mais pelas seqüelas físicas, inócuo à ação delitual, do mesmo modo que o tornará indefeso na luta pela sobrevivência dentro da licitude.

Tal maneira de reprimir entrelaçava-se mesmo a uma interesseira prática disseminada pelo catolicismo medieval, que, no cultivo à miséria, enxergava, pelas assistência e caridade oferecidas aos pobres, uma via segura de se atingir, com a compra das indulgências, o reino dos céus; uma atitude que perderá a força com o advir da reforma protestante, sob cuja visão de enaltecimento ao trabalho, o ócio emergirá como um dos pecados capitais:

98. *O Declínio da Idade Média*, p. 25.

“Doravante a miséria não é mais considerada numa dialética da humilhação e da glória, mas numa certa relação entre a desordem e a ordem que a encerra numa culpabilidade. Ela que, desde Lutero e Calvino, já ostentava as marcas de um castigo intemporal, no mundo da caridade estatizada se tornará complacência consigo mesma e falta contra a boa marcha do Estado. Ela passa de uma experiência moral que a santifica para uma concepção moral que a condena”.⁹⁹

99. Michel Foucault, em *História da Loucura na Idade Clássica*, pp. 58 e 59.

XI

As providências preventivas no período posterior ao medievo

Ainda que os suplicios perdurem até meados do século XIX, as etapas históricas imediatamente posteriores ao medievo conhecerão, gradualmente, um novo papel para a feição preventiva da pena.

Aprimora-se o dom precaucional: o futuro do delinqüente, antes entregue à própria sorte — uma má sorte —, prosseguirá infeliz, agora sujeito permanentemente às malhas da lei, que o tomará para uma ocupação.

Ao invés de centrar-se numa precaução voltada unicamente à solução da cessação do fazer criminoso, surgirá uma precaução extra-delitual, que, concomitantemente àquele intuito e destituída da carga mutilatória, manterá o delinqüente afastado da sociedade, na realização compulsória de alguma tarefa necessária ao reino ou simplesmente como um modo de mantê-lo ocupado.

Está-se no começo da prática, da pregação e do enfoque acenativos de que a pena deve ter uma influência benéfica sobre o sentenciado, emendando-o para o futuro readaptamento à sociedade, ou, como diz com propriedade Marc Ancel, “passa-se então da

proteção passiva da sociedade a uma tentativa de reeducação pelo trabalho".¹⁰⁰

Esta embrionária concepção punitiva aparece nitidamente exposta num opúsculo de 1608, impresso em Valladolid e escrito pela Madre Magdalena de São Jerônimo, cujo texto, embora restrito à problemática feminina, serve, por sua fundamentação, também aos condenados varões:

"Distingue la M. Magdalena, entre medios preventivos y correccionales. Son los primeros las casas o colegios donde se recojan las niñas huérfanas a fin de educarlas en la virtud y el trabajo también la institución del registro y presentación de las mozas forasteras ante la Alcaydesa, la cual debía buscarles casa donde servir. Los medios correctivos están constituidos por la 'Galera', lugar donde las mujeres son corregidas, obligándolas al trabajo que no sólo es el medio de readaptación, sino que con él han de sostener los gastos del establecimiento. Justifica su institución 'por la necesidad de evitar el contagio de estos males a los sanos'".¹⁰¹

Destaca-se, com certa clareza até, a divisão da prevenção em pré e pós delitual, não somente ao alertar para o perigo da mistura entre as "inocentes" e as "más", como na incisividade com que se sustenta o papel do trabalho para mudar o rumo de vida das a serem corrigidas.

Já dúvidas despontavam também acerca da eficácia das penas que deixavam marcas ou largavam ao abandono as mulheres, "ya que el hecho mismo

100. Na obra nomeada na nota 44, p. 35.

101. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 39.

de sufrir azotes, corozas y destierro no las enmienda ni escarmienta, sino que las hace más conocidas y siendo conocidas, son más buscadas".¹⁰²

Marcas de reconhecimento do criminoso, porém, como pena de matiz preventivo, demorarão a desaparecer. A marca subsistirá pelo menos na França até 1832, como informa Garraud, que a repudia porque "elle mettait obstacle à leur réhabilitation", e em Portugal, país que, após tê-la suprimido em meados do século XVI e de não tê-la titulado nas Ordenações Filipinas, de 1609, a reintroduz por um alvará de 1612, cujo texto prevê, de maneira curiosa, a possibilidade de o marcado regenerar-se:

"E por quanto os condenados por ladrões mudam os nomes de ordinário, de que procedem não serem conhecidos, quando outras vezes são presos por semelhantes delitos, e assim ficam sem lhes poder dar a pena, que merecem pela reincidência dos delitos, e com esta confiança os tornam a cometer, sem tratarem de se emendar, pelo qual respeito se usou já no Reino signalarem-se semelhantes delinquentes, daqui em diante aos tais delinquentes se porá um sinal com fogo em uma das espaldas; aos do distrito da Casa da Suplicação um L, e aos da Casa do Porto um P; e sendo achados segunda vez com outro furto, que provado não mereça morte, se lhe porá o segundo sinal de uma forca, com que serão conhecidos posto que mudem de nome, e castigados com pena capital, por reincidir terceira vez no mesmo crime; e querendo emendar-se, nunca poderá ser

102. Observação do Dr. Cristóbal Pérez de Herrera, protomédico de galeras, em seu *Discurso del Amparo de los Legítimos pobres y reeducación de los fingidos*, transcrito por Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 39.

visto o dito sinal, de modo que os infame".¹⁰³

Com o perdão da crítica ao legislador português d'antanho, a literatura, mais sábia do que a vida, sugere que alguém, uma vez "marcado para sempre com o ferrête da justa reprovação", como dizia Garrett, dificilmente escapará aos seus designios, jogando por terra qualquer esperança, a da reabilitação ou a da dissimulação.

Foi este o caso de Milady de Winter, famosa personagem do clássico "Os Três Mosqueteiros", de Alexandre Dumas. Nascida Ana de Breuil, ainda jovem fora, devido a alguns desvios, maculada com uma destas inapagáveis marcas, que mantinha sempre amantilhada. Desconhecendo-lhe o nefasto passado, casa-se com ela, e a amou deveras, o Conde de La Fère, que, certo dia, ao socorrê-la do tombo de um cavalo, "como as roupas a sufocassem, cortou-as com um punhal e descobriu-lhe o ombro", descobrindo também que "a pobre rapariga era uma gatuna". Desprezada, porém resoluto, a então Condessa de La Fère muda de nome e de ares, tornando-se a terrível Milady de Winter, espiã preferida do Cardeal de Richelieu na corte de Luís XIII, onde, para sua desgraça, novamente sofre o desvendamento, quando, num embaraçoso atrito com D'Artagnan, rasga-se-lhe a cassa, "deixando nus os ombros, e sobre um dos formosos ombros, redondos e brancos, D'Artagnan, com inexprimível assombro, reconheceu a flor-de-lis, o estigma indelével impresso pela mão infamante do carrasco".¹⁰⁴

103. Texto transcrito por Augusto F. G. Thompson, na obra nomeada na nota 29, p. 111.

104. *Os Três Mosqueteiros*, pp. 236, 237 e 304.

Com a secundarização das marcas — que o fervor irresistível pelas “amenidades” literárias destacou provisoriamente — e de outras penas cruéis, alastrasse, fosse para a punição dos homens, fosse para a punição das mulheres, o fenômeno de uma pena que conterà, além do castigo e da prevenção especial da criminalidade, um sentido recuperativo.

Não se cuida, deve ser entendido com Michel Foucault — em análise a outros aspectos da história do direito penal —, de “um afrouxamento da severidade penal”, com “menos crueldade, menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e ‘humanidade’”.¹⁰⁵

Porque, se a respeito da repressão na medievallidade, exclamava indignado o português F. Freire de Mello serem suas penas “torpes e infames”, já Marx, com sarcasmo e crítica habituais, torpedeava que “é muito comodo ser ‘liberal’ à custa da Idade Média”.¹⁰⁶

Trata-se, isto sim, de uma adaptação do sistema punitivo à nova configuração econômica da sociedade européia: se no feudalismo, com uma economia natural praticamente desprovida de moeda e à base de troca, tinha-se geralmente no corpo o único bem pessoal possível e passível de ser atingido, os tempos nascentes, moldados numa economia baseada no comércio e no então incipiente capitalismo, exigirão a criação de formas diferentes de punimento, com uma atuação vigilante sobre o futuro do delinqüente, que permanecerá, de um ou de outro modo, à disposição do Estado.

105. Na obra nomeada na nota 1, p. 20.

106. *A Origem do Capitalismo (A Acumulação Primitiva)*, p. 21.

Mais do que um sentido recuperativo, o desabrochar de novas penas apontava para uma visão prática.

As descobertas de terras d'além mar, os assentamentos coloniais, o desenvolvimento, com novos inventos, das atividades navais, as guerras comerciais, a expulsão em massa dos camponeses de seus campos seculares, transformando-os, da noite para o dia, em "labouring poor" urbanos, para alimentar primeiro as manufaturas e depois as fábricas, todas estas mudanças estruturais reclamarão braços sãos.

Aos que estão por cima, não interessa pessoas estropiadas: ao Estado surge a oportunidade de usar seus sentenciados como soldados e, principalmente antes do aperfeiçoamento dos veleiros, como tripulantes das galeras, e ainda como povoadores das terras conquistadas e como trabalhadores braçais nas obras públicas e nas minas; ao industrial facilita-se o acesso a uma mão-de-obra baratíssima, porque excessiva.

Repara-se que no clímax de sua concretização, representado pelas penas perpétuas de galés e de trabalhos forçados, desaparece o objetivo pretensamente educativo deste novo conjunto apenativo. Ao cruzar a exploração do trabalho do sentenciado com seu afastamento definitivo do corpo social, acabam as galés perpétuas e os trabalhos forçados perpétuos fundindo-se e confundindo-se com o tônus de castigo e de prevenção anteriores, agora sofisticado por um matiz utilitarista. Típica "pena eliminatória", no dizer preciso de Cândido Motta, cuja descrição de sua execução permanentemente impiedosa, reforça este caráter de eliminação:

"No século XVII e durante a primeira metade do século XVIII, era uma das penas criminaes a de galés,

e que consistia em remar nas galeras do Estado. Mas, a partir de 1747, os progressos da marinha de velas tendo feito abandonar as embarcações a remos, os galerianos foram internados em certos logares dos portos que serviam outr'ora para banhos, "bagni", como dizem os italianos e que os francezes chamam de "bagne", e que sobreviveu à mudança de destino.

"Os condenados deveriam trabalhar arrastando aos pés uma cadeia com uma bola de ferro, o que, então, se chamava a pena dos ferros.

"O Código Penal de 1791 conservou o nome e a cousa e a ella juntou os trabalhos forçados em proveito do Estado. O Cod. de 1810 aggravou taes penas inflingindo aos forçados, d'ahi por diante encadeiados aos pares, os mais penosos trabalhos.

"A vida do forçado sempre teve o dom de superexcitar a imaginação; e na realidade nada mais comovente. Para o forçado a galês começava mesmo no momento da partida. Alinhados em grupos de 20 a 30, os condemnados encontravam na sua frente estirada no chão uma cadeia pesada, cortada transversalmente de dois em dois pés por outras correntes mais curtas, terminadas por uma golilha que era presa, a duras martelladas, ao pescoço de cada forçado. Toda essa gente era depois amontoada sobre carroças descobertas, vigiadas por fuzileiros e dirigida para os portos indicados.

"Logo à chegada era o forçado marcado no hombro nú com um ferro em braza; vestia depois o uniforme: blusa vermelha, calças amarello-escuras, bonet vermelho ou verde, conforme o tempo da condemnação, isto é, temporaria ou perpetua. Finalmente se lhes prendiam aos pés uma manilha, annel de ferro munido de uma corrente, que servia para ajoujar os

condemnadados, como os caçadores costumam fazer com aos cães veadeiros.

“Assim vestidos e embaraçados, os infelizes eram empregados nos mais rudes trabalhos dos portos e arsenaes, saneamento das varzeas, no desembarque e transporte de pedras e madeiras, corveias fatigantes etc. À noite não tinham para repousar mais que um banco de madeira ao qual ficavam amarrados durante toda a noite”.¹⁰⁷

No abandono do suplicio e no acatamento do trabalho como fórmula punitiva agregada ao confinamento, descobre-se na utilização do corpo um domínio social antes obscurecido:

“No antigo sistema, o corpo dos condenados se tornava coisa do rei, sobre a qual o soberano imprimia sua marca e deixava cair os efeitos de seu poder. Agora, ele será antes um bem social, objeto de uma apreciação coletiva e útil. Daí o fato de que os reformadores tenham quase sempre proposto as obras públicas como uma das melhores penas possíveis; ...”.¹⁰⁸

Dá bem o tom desta mudança a reforma penal sofrida, ao decorrer do século XVII, pela legislação carolingia, datada de 1532, conforme assinalou Von Litz:

“Assim, o uso de certos generos de morte agravada e de mutilações tornou-se cada vez mais raro: em lugar de taes penas apparecem — além da exposição no pelourinho, da marca a fogo, de castigos corporaes

107. “As Antigas Penalidades — Curiosidades Históricas”, artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXIV, pp. 266 e 267.

108. Na obra nomeada na nota 1. p. 98.

— a condenção (apparentemente apoiada no direito romano) a trabalhos publicos, a construcções de estradas e fortificações, a serviços militares, às galés, e especialmente — conquanto a principio limitada sòmente a delictos policiaes — à pena de detenção em casas de trabalho e de correção”.¹⁰⁹

Nesta linhagem de novas espécies apenativas, e perfeitamente condizente com a perspectiva vincada à idéia de recuperação pelo trabalho, emerge a prisão. Sua raiz estaria na “reação contra a ignomínia, a crueldade e a estupidez dos castigos” e ao fato de que o aumento vertiginoso da criminalidade ia a impedir a aplicação das penas corporais e da pena capital, e cujo fundamento teórico, de fundo religioso, expõe-se na procura da emenda do criminoso pela execução da pena em ambiente fechado e por prolongado periodo:

“L'idée que la peine doit autant que possible, emender le condamné, est d'origine religieuse. Aussi, l'emprisonnement solitaire, qui a pour but de réaliser cette idée, est d'abord appliqué par l'Eglise; et c'est à Rome, em 1702, qu'est établie la première maison cellulaire, celle de Saint-Michel, sur le portique de laquelle se lisait cette devise, qui est devenue celle de la science pénitentiare: 'Parum est coercere improbos poena, nisi probos efficias disciplina'”.¹¹⁰

Por sua vez, a promoção da emenda do criminoso através do confinamento provém da visão católica de 'pena medicinal' — o emprego de todos os meios para a salvação da alma, como, no tratamento médico, utilizam-se todos os meios à salvação do corpo —

109. Na obra nomeada na nota 95, p. 52.

110. Garraud, em *Précis de Droit Criminel*, pp. 254 e 255.

modelo de justiça penal que remonta às ordens religiosas.

Entretanto, a sinceridade deste espírito reparador conferido à “pena medicinal” católica fica abalada ao se travar contacto, ainda que indireto, com um importante testemunho jurídico da época — importante, interessante e desconhecido —, prestado pelo frade franciscano Ludovici M. Siniestrari, De Ameno, estudo redescoberto por Julián Pereda, em meados deste nosso século.¹¹¹

Em fins do século XVII, Siniestrari escreveu “*Practica Poenalis FF. Minorum*”, longa obra, amoldada aos princípios gerais do direito, em que dissecava os direitos penal e processual penal aplicáveis à apuração e à punição das práticas criminosas, tanto religiosas quanto laicas, cometidas pelos frades franciscanos menores.

À mostra de tal regramento — que, segundo o autor, nos pontos principais não diferia para as demais ordens religiosas — aparecem os defeitos e as virtudes da recuperação almejada pela justiça eclesial, cuja base operava sobre dois aspectos indeligiáveis: o cárcere, local de cumprimento da “pena medicinal”, e o conceito de incorrigibilidade.

Descobre-se que a finalidade superior do enclausuramento era evitar o contacto com os demais frades — no que seria preventivo, mas não penitencial —, dadas as dificuldades formais e substanciais postas à expulsão de um religioso da Ordem, “pues existia una

111. O artigo de Julián Pereda, *Practica Poenalis FF. Minorum* — portanto, com o mesmo nome do livro de Siniestrari, que comenta — está inserido no livro *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, pp. 140 a 166.

especie de contrato por ambas partes, por el que el religioso había de permanecer en el convento y los superiores la habían de retener, aun contra su voluntad, salvo en muy contados casos. De ahí el que hubiera cárceles en los conventos y trato muy duro con los delincuentes, con la aplicación normal de la tortura, entonces tan en uso. Sólo se podía expulsar a los incorregibles y aun fuera del convento y de la Orden habían de quedar obligados con sus votos solemnes".¹¹²

Na realidade, a expulsão dos frades criminalmente incorrigíveis não era tarefa simples, pois a incorrigibilidade tinha de ser "de jure": um estado pessoal de complicada caracterização, a ser procedido de uma declaração formal de incorrigibilidade, somente enunciada após uma reiteração criminosa "ex contumacia" e não meramente "ex fragilitate".

Justamente nesta parcimônia para considerar incorrigível um frade reincidente ("trina admonitio y trina punitio"), nesta empresa de, mantendo-o ordenado, aceitá-lo e recuperá-lo, capta-se o sentido do termo "pena medicinal":

"Como no se puede decir que es incurable un enfermo por muchas enfermedades que tenga, mientras no se le hayan aplicado inútilmente todos los medicamentos y remedios que la ciencia médica conoce; así tampoco se puede llamar incorregible ao que ha cometido varios delitos si no han mediado todos los recursos, paternos y jurídicos, de que dispone el Derecho para su enmienda".¹¹³

112. Julián Pereda, na obra nomeada na nota anterior, p. 144.

113. Julián Pereda, na obra nomeada na nota 111, p. 145.

Se por um lado, a Ordem perseverava na recuperação de um frade criminoso, recusando-se à sua expulsão precipitada, por outro, acautelava-se, ao recusar-lhe a convivência com os frades “saudáveis”: antes de ser um local criado para a meditação e o arrependimento, como se propala ainda hoje, o cárcere religioso funcionava como elemento objetivamente segregador.

Aturar sem misturar.

Este apego da Igreja na utilização do cárcere — não como pena, mas como custódia de prevenção social —, explica-se melhormente com o fato de que, condenado o religioso, sob a justiça laica, à pena temporária de remar nas galeras, ao voltar, “más lleno de vicios nefandos y de miserias morales”,¹¹⁴ impunha-se a preocupação de evitar-lhe o contacto com seus pares, donde a absoluta necessidade de claustros nos mosteiros.

Paralelamente à adoção do cárcere como meio de defesa, a ordem franciscana aplicava uma pena que, simultaneamente a tornar o criminoso conhecido da comunidade externa, cunhando uma prevenção genérica pelo exemplo negativo, atormentava-o moralmente: “De ahí el poner a los frailes, como dice, ‘alla Berlina’, en berlina, a la vergüenza pública, sin cingulo ni capucha y a veces casi en completa desnudez, ... esperando una fuerte disciplina pública”.¹¹⁵

Até os fins da Idade Média, com certeza que a prisão não se destinava, em geral, a sentenciados, pois, como afirmavam os espanhóis em refrão comum

114. Julián Pereda, na obra nomeada na nota 111, p. 153.

115. Julián Pereda, na obra nomeada na nota 111, p. 152.

ao período: “la cárcel non es dada para escarmentar los yerros: mas para guardar los presos tant solamente en ella fasta que sena juzgados”.¹¹⁶ Ao que consta, durante o medievo, apenas a Inquisição, e desde os seus primórdios no século XIII, valeu-se da prisão — chamada de “muris” — com caráter sancionatório, embora historiadores informem que “os inquisidores não a consideravam como uma sanção, mas sim o meio do penitente obter o perdão de seus crimes”.¹¹⁷

As prisões seculares inicialmente denominaram-se casas de correção: tal designação simboliza com justeza a natureza destes estabelecimentos, cunha a reforçar-se na atenção de que surgiram para abrigar compulsoriamente e com trabalhos forçados todos os tipos de deserdados sob um único estatuto. Os vagabundos, os mendigos, as prostitutas, os loucos, os criminosos. Segregando-a, conter a pobreza, no sentido de que “não são pobres apenas aqueles que não têm dinheiro, mas todo aquele que não tem a força do corpo, ou a saúde, ou o espírito e o juízo”.¹¹⁸

As mais significativas, normalmente citadas como exemplos marcantes de casas correcionais, foram as de Londres (1550), Amsterdam (1595 e 1596), Lubech e Bremen (1613), Hamburgo (1619) e o famoso Hospital Geral de Paris (1656), que, seis anos após sua fundação, “agrupava 6000 pessoas, ou seja, cerca de 1% da população da cidade”, uma proporção que, segundo Foucault,¹¹⁹ manter-se-á durante todo o período clássico.

116. Transcrito por Eugenio Cuello Calón, na obra nomeada na nota 83, tomo I, p. 136.

117. G. e T. Testas, em *A Inquisição*.

118. Transcrito por Michel Foucault, na obra nomeada na nota 99, p. 59.

119. Michel Foucault, na obra nomeada na nota 99, p. 55.

Paulatinamente, do mesmo modo que se subtraem os loucos destes conglomerados, para se reinstalá-los no ambiente isolado do asilo, separam-se os sentenciados, reservando-se-lhes a prisão, que, com características disciplinares férreas, se firmará como a modalidade basilar de pena: a partir do século XVII, como a de Franci, em Florença, inaugurada em 1677, e a de São Miguel, em Roma, no ano de 1702, de origem religiosa, a que já se fez menção.

Antes do entronamento definitivo da prisão, entretanto, a expansão do mundo conhecido, com a conquista de terras d'além mar pelas potências marítimas européias, propiciará o ressurgimento de outra pena, que desempenhará papel importante neste período de mutação do universo repressivo: o degredo — exportação forçada do condenado para um território designado, fora dos limites da metrópole —, de adoção restrita, portanto, aos estados colonizadores. Como tal era Portugal, suas Ordenações Filipinas, de 1603, recepcionaram a pena de degredo, distribuindo seus sentenciados entre seus domínios de acordo com a gradação da pena, conforme se infere deste passo do texto legal:

“Dos degredados que não cumprem os degredos — Se algum degredado for achado fora do lugar, para onde foi degredado, sem mostrar certidão pública, per que se possa saber, que tem cumprido o degredo, seja logo preso, e o tempo, que ainda lhe ficar por servir, posto que para sempre fosse degredado, se era degredado para o Couto de Castro-Marim, seja-lhe mudado, e o vá cumprir, servir a África. E se era para a África, vão cumprir ao Brasil. E o que era degredado para o Brasil, se por tempo, dobre-se-lhe o degredo, que tiver por cumprir. E se era para

sempre, morra por isso, não cumprindo o dito degredo" (Livro 5.^o, Título CXLIII).¹²⁰

Portugal, aliás, não se contentando em degredar seus sentenciados, vetava, ademais, a entrada de certos povos vulneráveis à discriminação e ao preconceito, tipificando como contravenção este ingresso: "Que não entrem no Reino Ciganos, Armênios, Arábios, Persas, nem Mouriscos de Granada".¹²¹

Destes momentos inaugurais dos descobrimentos geográficos, no século XVI, até o declínio dos impérios colonialistas, ao término do século XIX, a Europa se servirá do degredo sem cerimônia nem parcimônia: além dos sentenciados, aproveitava para se livrar também de outras classes indesejáveis, como ilustra a Inglaterra, que "no século XVI enforcava aos centenares de mil mendigos e vagabundos e do século seguinte em diante povoava com eles a América e a Oceania".¹²²

O degredo, nesta primeira fase de sua implantação, associa o propósito prático de colaborar com o povoamento das colônias recém-subjugadas, a um alvitre altamente preventivo, porquanto "tem por fim extirpar, ou eliminar, do território continental, os criminosos, para tranquilizar o resto da sociedade",¹²³ prevenção de conotação egoisticamente eurocêntrica, que, no futuro distante do século XX, a poesia inteligente de Auden captará:

120. Texto transcrito por Augusto F. G. Thompson, na obra nomeada na nota 29, p. 103.

121. Texto transcrito por Augusto F. G. Thompson, na obra nomeada na nota 29, p. 112.

122. Referido por Vieira de Araujo, na obra nomeada na nota 7, p. 218, tomo II.

123. Silva Ferrão, na obra nomeada na nota 82, p. 152, tomo II.

"A segurança, para os soberanos,
É verdadeira obsessão;
Tanto Sua Alteza quanto o Povo adotam
As ilhas como prisão.

Outrora, onde hoje executam detentos
As suas tarefas forçadas,
Brincavam, sem nunca ter lido Hobbes,
Espécies exterminadas."¹²⁴

De feição precaucional mais acentuada, ressurge a primitiva pena de banimento — "expulsão do reino", sem a designação do lugar —, punição de natureza criminal e política, cujos defeitos vários foram muito bem apontados por Ferrão:

"É ridículo decretar penas, cuja execução não depende do império, que as commina. As penas devem ser taes, que a sua effectiva applicação não fique sujeita a circumstancias, ou a vontades, estranhas ao Estado. O banimento tem-se tornado inexequível com relação a muitos Estados, que se recusam a receber os condemnados, principalmente por crimes políticos.

"Além disso, é sempre um acto de crueldade arremessar um cidadão, sobre uma terra estranha, e esse procedimento passa de cruel a ser atroz, se o banido é obrigado, por falta de recursos, a mendigar um bocado de pão. A necessidade póde conduzi-lo à pratica de crimes, que nunca teria podido commeter, nem mesmo conceber, de outro modo.

124. Trecho do poema *Ilhas*, traduzido por J. Moura Jr., do livro W. H. Auden — *Poemas*, p. 143.

“É também um acto offensivo às relações de amizade ou de boa vizinhança, à grande lei da solidariedade entre as nações, que uma, à custa das outras, alije para ellas os proprios malfeteiros”.¹²⁵

Extensiva à mendicância, a verve precaucional do banimento também se mostrava inócua, “já que os Estados se enviam reciprocamente os indivíduos que acham perniciosos em seu território” — um costume revivido, na década de 1980, por alguns municípios paulistas e mineiros, cuja mais triste lembrança foi a das crianças pobres banidas para Camanducaia —, resultando em que os mendigos, de lá para cá jogados, terminavam por ser enforcados, como relata um cronista da época.¹²⁶

Sob um ângulo puramente preventivo, surgirão medidas várias, cujo semblante precaucional, inteiramente estranho à apenação, define-se pelo padrão inconfundível com a resposta ao delito e por estarem centradas exclusivamente no impedimento de um perigo, em quaisquer de suas qualificações mais ameaçadoras: social, criminal ou política, como a que, a mando real, na França, recaía sobre os suspeitos de conspiração, que eram despachados a remar nas galeras.

Assim, decalcada da antiga “recognizance” inglesa — “compromisso de boa conduta”, referido no capítulo anterior —, criou a legislação carolíngia a “caução de boa conduta”, preceito pelo qual “em seguida ao não-cumprimento de uma caução, ou após um primeiro crime, houvesse o indivíduo ameaçado cometer um segundo, se o juiz julgasse que constituía

125. Na obra nomeada na nota 82, p. 84, tomo II.

126. Transcrito por Michel Foucault, na obra nomeada na nota 1, p. 121.

ele uma ameaça à integridade de terceiros, podia 'por medida de precaução contra a infelicidade e o dano que se poderia esperar', ordenar sua detenção até que oferecesse uma caução, ou desse uma garantia suficiente".¹²⁷ Assemelhado dispositivo foi acolhido, com o nome de "cautio de pace tuenda", por vários cantões suíços, e na Alemanha, com o nome de "cautio de non offendo", as quais, uma vez rompidas, ensejavam a aplicação de uma penalidade, segundo informa Marc Ancel.¹²⁸

A faceta preventiva propriamente penal revela-se em duas destas providências, cuja identidade com as medidas de segurança contemporâneas é inegável, enquanto se remetem a uma condição subjetiva, externada pela conduta, comparável ao estado de perigosidade: a "lettre de cachét" francesa, uma ordem real de aprisionamento indefinido determinada "ante delictum", e a "clausula de retención" espanhola, imposta posteriormente ao cumprimento da pena, segurando "a los reos más agravados y de cuya salida al tiempo de la sentencia se revele algún inconveniente", como rezava, em 1771, uma Pragmática de Carlos III.¹²⁹

127. Marc Ancel, na obra nomeada na nota 44, p. 33.

128. Na obra nomeada na nota 44, p. 33.

129. Muñido Olesa, na obra nomeada na nota 31, p. 53.

XII

A passagem da pena preventiva para a medida de segurança no século XIX

As grandes correntes penais, emergidas a partir de meados do século XVIII e que se estenderão por um século, não elencavam, entre os pontos cardeais de seus respectivos credos, uma função preventiva para a pena, no sentido até aqui exposto de uma punição voltada concretamente para o impedimento futuro de novos delitos pelo sentenciado que a sofre, embora se referissem à emenda e à reeducação como um dos objetivos a ser por ela alcançado.

A fase pré-clássica, iniciada por Beccaria, preocupou-se principalmente com a humanização das penas, com a proporcionalidade entre os delitos e as penas, com o princípio da legalidade estrita, e com um processo penal escoimado dos vícios inquisitoriais então predominantes; e a escola clássica, esta aprofundou-se, até à perfeição com Carrara, nas questões de dogmática jurídica, que tanto a tornará suspeita aos olhos dos positivistas.

Por outro lado, não descuram do problema da prevenção geral, seja Feuerbach, festejado como o fundador do direito penal moderno, a exaltar o influxo

intimidatório da “ameaça legal da pena”, coação psicológica que a jovem Sarah Lloyd, executada à morte, em 23 de abril de 1800, tão bem soube expressar em suas últimas palavras — “Possa o meu exemplo servir de aviso aos milhares de meus semelhantes que quizerem me imitar” —,¹³⁰ seja Beccaria, em seu aconselhamento final:

“É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo, ...”.¹³¹

Apesar desta relativa omissão, as penas então vigorantes, provindas do momento histórico anterior, continuarão, independentemente do fim explícito colimado pela doutrina e da prevalecente carga expiatória que carregam, desempenhando a função de prevenção individual, que a política criminal das legislações nunca pareceu ignorar nem menosprezar, e que o jurista luso Melo Freire elevou a axioma criminal: “é justa a pena que impede o criminoso de voltar a fazer o mal”.¹³²

A representação acabada e esmerada desta função precaucional centrada no sentenciado tem-se no degredo, pena de uso ainda habitual naquela Europa do século XIX, quando será adotada até mesmo por Estados desprovidos de colonias ou ilhas, tais a Áustria, a mandar muitos de seus criminosos para a Transilvânia, e a Rússia, que, numa média anual de 20.000, os deportará para a Sibéria, segundo levantamento trazido por Silva Ferrão.¹³³

130. Texto transcrito por Cândido Motta, na obra nomeada na nota 107. p. 230.

131. *Dos Delitos e das Penas*, p. 92.

132. Texto transcrito por Augusto F. G. Thompson, na obra nomeada na nota 29, p. 122.

133. Na obra nomeada na nota 82, p. 67, tomo II.

Na França, embora os adeptos do "système pénitentiaire" repudiassem a "transportation", alegando faltar-lhe suficiente força intimidatória, porque "l'idée du châtiment disparaît pour faire place à l'idée du voyage", aplicava-se-a em larga escala, sob o tradicional argumento de "débarrasser la société régulière de cette population dangereuse". A este motivo fortemente preventivo, acrescia-se, na mesma linha de pensamento, que o degredo poderia dar oportunidade de o deportado se reclassificar socialmente, mudança inviável "dans une société vieille, comme la nôtre", mesmo aos arrependidos e convertidos: "la loi ne condamne que pour un temps; l'opinion, elle, condamne à perpétuité".¹³⁴

A Inglaterra, por sua vez, continuava a exportar generosamente criminosos e todos os tipos das "dangerous classes", as quais, segundo a conceituação cunhada, em 1849, por Mary Carpenter, "eram formadas pelas pessoas que houvessem passado pela prisão ou as que, por elas não tendo passado, já vivessem notoriamente da pilhagem e que se tivessem convencido de que poderiam, para o seu sustento e o de sua família, ganhar mais praticando furtos do que trabalhando".¹³⁵

Se no período precedente, o degredo visava ao povoamento de suas colônias — "D'ahi vinha o 'desprezo', ou 'desdem', da Inglaterra sobre os habitantes do novo mundo, e as injurias que os Inglezes dirigiam contra elles durante a sua 'revolução', como a povo de 'malfeitores convencidos' ('convicts') —",¹³⁶

134. Garraud, na obra nomeada na nota 110, p. 253.

135. Alberto Passos Guimarães, em *As Classes Perigosas — Banditismo Urbano e Rural*, p. 1.

136. Silva Ferrão, na obra nomeada na nota 82, p. 69, tomo II.

agora servirá o degredo para reequilibrar a densidade da população urbana, cujo contínuo e vertiginoso aumento desde a eclosão da Revolução Industrial facilitava, pelo desemprego e pela miséria salarial, a proliferação da criminalidade e de outras espécies de danos sociais.

Ao contribuir, paralelamente à emigração normal e à expansão do emprego com a abertura das ferrovias, para a restauração de uma população urbana numericamente razoável e com a redução da criminalidade, o degredo é, "como elegantemente se exprime Dumont, uma especie de 'amortisação do crime', em proveito da Grã-Bretanha",¹³⁷ saldo que cooperou, também e paradoxalmente, para desmentir o mito do "criminoso nato", como magistralmente sacou Alberto Passos Guimarães:

"O que acontecia na Austrália, em relação à mudança de comportamento e das atitudes dos ex-convictos, teve fundamental importância para ajuizar-se das teorias muito em voga na última parte do século XIX sobre a natureza humana, e em particular sobre as explicações equivocadas relativamente à origem e quantificação da criminalidade. Uma dessas teorias, defendida pelo criminologista italiano Cesare Lombroso, a teoria do 'criminoso nato', ficou definitivamente esvaziada pela experiência desenvolvida nos países coloniais.

"São de Leroy-Beaulieu, que talvez não tivesse em mente contestar Lombroso, as seguintes conclusões, publicadas em 1885, sobre a experiência dos ingleses na Oceania, as quais, no fundo, constituíram cabal desmentido a 'L'uomo delinquente', editado em 1874:

137. Silva Ferrão, na obra nomeada na nota 82, p. 68, tomo II.

“Em primeiro lugar, é evidente que há sempre uma dificuldade extrema para conduzir à honestidade de princípios e de conduta homens que viveram cometendo crimes; não seria razoável esperar que uma sociedade fundada, em grande parte, por deportados, viesse a tornar-se imediatamente uma sociedade modelo: deve esperar-se que uma colônia que recebeu em seu seio mais de 75.000 criminosos conserve traços dessa influência ainda por longo tempo, guardando durante uma ou duas gerações a marca dessa ignomínia. É portanto, uma moralidade relativa que se pode pedir a uma sociedade composta de elementos tão viciosos. Ora, nós não recelamos dizer que, se examinarmos os fatos dentro desse espírito, veremos que a experiência foi bem sucedida mesmo do ponto de vista moral. Os relatórios mais dignos de fé ensinam que, entre os deportados nas colônias australianas, uma quarta parte tinha excelente conduta, a metade, uma conduta bastante boa, uma oitava parte tinha costumes bastante irregulares, a última oitava parte atingia o limite mais extremo do vício e da depravação”¹³⁸.

Esta capacidade de “recuperação” social, em razão de novos ares e de oportunidades reais, também ter-se-ia revelado exitosa nas possessões portuguesas, conforme se lê em cartas de seus homens públicos, das quais se destaca este elucidativo trecho, datado de 1854:

“Um tal Aspalhão, salteador d’estradas, que se estabeleceu em Novo Redondo, e alli existia em 1822, fez considerável fortuna: contava, a todos, seus assassinatos e roubos; mas perguntando-lhe eu uma vez, se elle voltasse a Portugal, continuaria no mesmo,

138. Na obra nomeada na nota 135, pp. 44 e 45.

respondeu-me, que isso era impossível, porque se horrorisava do que tinha feito; e, se o contava a todos, era para que não pensassem, que elle se queria apresentar como homem sem mancha!".¹³⁹

Nem todos pensavam assim: nem os degregados que perseveraram em sua vida errante; nem os que os exploravam qual servos; nem aquele official português, que, indignado, disse: "degregados por crimes infames, e homens da mais baixa classe do povo, e que, 'apenas aqui chegados', passam a 'ser notáveis', e até officiaes, não podem introduzir bons costumes";¹⁴⁰ nem os colonos americanos, que, já no ano de 1775, queixavam-se das remessas de criminosos ingleses, a ponto de, logo após a Independência, ter-se criado a sociedade das prisões de Philadelphia, sob a influência de Benjamin Franklin, que trouxe a novidade do movimento prisional da Europa.

Se, como penalidade, o aparecimento da prisão entronca-se na perspectiva geral do internamento florescente, sua ascensão, até tornar-se a punição preferida, estará ligada à busca de uma reprimenda adequada à idéia de emenda: "non que la privation de liberté puisse être considérée par elle-même comme un facteur d'amendement, mais parce qu'elle est la condition générale d'application d'un système ayant pour objet la réforme du condamné".¹⁴¹

Uma pena que, concomitantemente a manter o criminoso afastado da prática delitual, opte, à laceração e tortura do corpo, pelo seu disciplinamento, de-

139. Transcrito por Silva Ferrão, na obra nomeada na nota 82, p. 78, tomo II.

140. Transcrito por Silva Ferrão, na obra nomeada na nota 82, p. 80, tomo II.

141. Garraud, na obra nomeada na nota 110, p. 230.

volvendo à sociedade o homem, física e moralmente apto para o trabalho.

Uma pena em que a intimidação e a prevenção gerais não se esgotam em solitário e desgostoso instante — o do terror da morte ou na dor de um suplício —, mas que entoe cronometricamente — dia após dia, mês após mês, ano após ano — seus efeitos, aos outros e ao apenado.

Uma pena em que — posto somente os indivíduos saudáveis serem habilitados ao trabalho — o castigo não se gastará na extirpação de um membro ou na neutralização de uma função, mas que comporá a expiação no silencioso tormento da perda, e da sensação desta perda, do tempo a se escoar.

Uma pena que seja longa, de modo a permitir o aprendizado da labuta e as recomendações éticas.

Uma pena que, indissoluvelmente vinculada ao inexorável fluir temporal, suprime a liberdade, este “bem tangível” que a concepção de uma vida assentada no individualismo filosófico celebrará:

“Em uma época de individualismo e de liberdade, em que o homem se habituou a considerar a liberdade em geral e a liberdade de ir e vir em particular como um bem tangível, toda a restrição à liberdade é naturalmente considerada como o maior dos soffrimentos, e dahi porque o systema penal gravitou em roda da prisão, que assim exerceu sobre os espíritos uma verdadeira tyrannia”.¹⁴²

Uma pena que, quando menos, retira o criminoso do seio social.

142. Galdino Siqueira, em *Direito Penal Brasileiro*, pp. 579 e 580.

A todas estas pretensões atenderá a pena de encarceramento. E do prisma particular da preventividade pessoal, a pena de prisão se parece e aparece como uma providência ideal, a evidenciar-se na sempre malograda emenda pelo trabalho obrigatório e simultaneamente a obstruir, pelo confinamento, a promoção de novos delitos.

Pode-se medir o êxito da adoção da pena de prisão, ao se observar que, no Brasil, o Código Criminal de 1830, repudiando as antigas formas de penalidade cominadas nas Ordenações Filipinas, já a aplicava em mais de 50% dos crimes, devendo-se ressaltar, entretanto, que crimes cuja autoria se davam somente na pessoa do escravo ainda se puniam com a galé — trabalho forçado com correntes aos pés — ou com açoites, conforme estatuiu o art. 60: “se o réu for escravo e incorrer em pena que não seja a capital, ou de galés, será condenado a açoites, e, depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro pelo tempo e maneira que o juiz designar. O número de açoites será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta”.¹⁴³

A pena de morte, deixando de ser um espetáculo de regozijo público, abandonará seu ofício diletto de intimidação geral, porque “há nessas execuções, que só deveriam mostrar o poder aterrorizante do príncipe, todo um aspecto de carnaval em que os papéis são invertidos, os poderes ridicularizados e os criminosos transformados em heróis”,¹⁴⁴ para, em sua

143. Zahidé Machado Neto, em *Direito Penal e Estratificação Social (Comentário Sociológico ao Código Criminal de 1830)*, p. 86.

144. Michel Foucault, na obra nomeada na nota 1, p. 55.

eliminação precaucional inderrogável pela natureza, retrair-se em ser executada "intra muros":

"Michel Barret, feniano, autor da explosão de Clerkenwell, enforcado em Newgate, a 6 de maio de 1868, foi o último criminoso executado publicamente na Inglaterra; assim como Thomas Wells, assassino do chefe da estação de Douvres, enforcado a 13 de agosto do mesmo ano, foi o primeiro executado dentro da prisão".¹⁴⁵

Com a lenta agonia da pena de morte e com o desaparecimento das demais formas maiores de penalidade, esgotara-se definitivamente a fase do direito penal em que a preventividade pessoal nelas contida podia, embutida no castigo, exterminar o sentenciado, privá-lo do vigor físico, marcar-lhe o ferrete, mandá-lo para longe.

A prisão, como a nova pena predominante, não corresponderá às expectativas de idealidade: se o êxito de sua permanência pode ser creditado aos grandes sistemas penitenciários — auburniano, pensilvânico, irlandês —, no sentido de que, revestindo-a de racionalidade e de técnica, encobrirão, até o presente, seu fracasso, sua permanência sem êxito reclamará que se lhe agreguem "objetivos parasitas" — ressocialização, readaptação, individualização do tratamento —, em que sua tônica se deslocará do castigo para a temática da "reincorporação social".

Paralelamente à elevação da prisão ao centro da repressão e à decadência das velhas e inviáveis penalidades, surgem novas penas de acentuado matiz cautelar, enquanto que, não visando propriamente à retribuição, tendem a efetivar uma garantia social

145. Cândido Motta, na obra nomeada na nota 107, p. 232.

contra o condenado, intento que caracterizará a medida de segurança, então impensável como um instituto autônomo.

A França prevê inicialmente a vigilância de polícia — “surveillance de la haute police”, pela qual se subordina o vigiado a uma série de obrigações, como a de residir em determinado local. Aplicada para ser cumprida após o término da reclusão ou dos trabalhos forçados temporários ou em caso de graça na prisão perpétua ou aos condenados “pour crimes ou délits qui intéressent la sûreté intérieure ou extérieure de l'État”¹⁴⁶ e embora elencada como pena no direito positivo, considerava-a a doutrina uma medida preventiva de reiteração delitual: “ce qui la motive, en effet, ce son les dangers que les antécédents du condamné peuvent faire craindre à la société”.¹⁴⁷

Devido à impossibilidade de uma constante e eficiente fiscalização e à repercussão social negativa trazida ao vigiado, a “surveillance” será substituída pela interdição de permanência — “interdiction de séjour” —, consistente na proibição de o egresso frequentar, por certo período, determinados lugares, convidativos à reincidência e a outros desvios.

Refrear a desordem futura daqueles de passado comprometido com a “maldade”, na incerteza factual, convertida em presunção legal, de que a penalidade em resposta ao delito falhara: movidas por esta lógica de defesa da sociedade, estes dois emblemáticos exemplos antecipam a essência das medidas de segurança, cujo ordenamento sistemático aparecerá somente em 1893, no projeto do suíço Stoos.

146. Garraud, na obra nomeada na nota 110, p. 287.

147. Garraud, na obra nomeada na nota 110, p. 288.

Várias outras providências penais, pelo peso de “cautela assegurativa” que difundem, prenunciam o porvir das medidas de segurança: Ataliba Nogueira, referindo-se ao Código Penal brasileiro de 1890, arriscava-se a dizer que “o direito vigente não desconhece a existência das medidas de segurança, já como verdadeiras medidas de segurança, já sob o impróprio caráter de penas principais ou accessórias, ou ainda como meros efeitos da condenação”, arrolando, entre outras, o recolhimento dos inimputáveis a hospitais de alienados, a interdição — perda de algumas capacidades jurídicas para o condenado a prisão celular superior a seis anos —, a suspensão e perda do emprego público, a reclusão do vadio e do capoeira em estabelecimentos correccionais por tempo indeterminado, a perda, em favor do Estado, dos “instrumenta sceleris” e dos “producta sceleris”.¹⁴⁸

A falibilidade inerente ao sistema penitenciário e a busca de uma alternativa eficaz, as restrições à punição impostas pela principiologia jurídico-penal herdadas do liberalismo e a escalada da escola penal positivista, a aglomeração de desajustados e o recrutamento da criminalidade nos grandes centros urbanos, a manutenção da ordem e a higienização pública, o desemprego e a miséria, o êxodo rural e a explosão demográfica das metrópoles, o banditismo profissional e a delinqüência habitual imunes à apenação — causas já expostas nos capítulos I e II —, estes eventos todos, que se entroncam e atingem seu apogeu na segunda metade do século XIX, comporão o cenário a exigir a criação de um mecanismo mais apto à proteção contra o crime do que a velha e multiforme pena.

148. *Medidas de Segurança*, p. 243.

Com seu pressuposto próprio, a valorar-se no risco social da periculosidade, e com sua esfera de ação distinta, a guiar-se unicamente para o futuro, emergirão as medidas de segurança.

Estava instaurado o dualismo no campo da reação estatal ao crime, bifurcando-se as tradicionais funções de retribuição e de prevenção pessoal: a pena será a retribuição pelo delito feito e a medida de segurança será a prevenção a um hipotético desvio futuro:

“La imposición de pena y su supuesto previo, la responsabilidad penal, no puede fundamentarse sobre la base de la peligrosidad subjetiva del delincuente, pues tal fundamentación conduciría al abandono del principio de legalidad de los delitos y las penas, a la abolición de los códigos y leyes penales y a la desaparición del mismo derecho penal, ya que entonces los tribunales en vez de juzgar delitos habrían de apreciar solamente conductas, estados personales, vidas humanas, quedando su estimación por completo al arbitrio de los juzgadores, siendo inútil toda norma legal”.¹⁴⁹

Extrapolando o âmbito do direito penal, as medidas de segurança — sob várias espécies de restrição e com internamento compulsório em estabelecimentos reeducativos —, atingirão um núcleo social de condutas tradicionalmente censuráveis, os desgarrados, cujo estilo de vida, à margem da sociedade comportada, apresenta-se incompatível com a normalidade.

Resguarda-se a sociedade, por intermédio das medidas de segurança e ao pretexto da periculosidade, mesmo que um delito ainda não tenha sido

149. Cuello Calón, na obra nomeada na nota 83, pp. 409-410.

cometido: medidas de segurança “ante delictum”, instrumento que, em sua vertente transparente visa a dissipar os “maus costumes” por manter àqueles sob a mira oficial, trata, na realidade e objetivamente, de dispor de uma autêntica vigilância e sob constante perseguição, discriminação e manipulação todos os diferentes — mendigos, alcoólatras, drogados, prostitutas, invertidos sexuais —, revelando-se autêntica guardiã da moralidade vigente.

Algumas leis européias, de ontem e de hoje, prevendo a imposição pré-delitual das medidas de segurança, ilustram este pendor.

No passado, são sempre lembradas a lei belga, de 1891, que autorizava o Estado a ter sob sua disposição os vagabundos, e a famosa lei espanhola de 1933, de “Vagos y Maleantes”, que, dentre várias disposições de fundo nitidamente preventivo, acolhia as medidas de segurança detentivas.

E no presente, certificam-no, com o acolhimento do internamento compulsório, as leis italianas 1.423/56 e 575/65, parcialmente modificadas em 74 e 75, destinadas à repressão de ociosos e vadios, assim como a lei espanhola de “Peligrosidad y Reabilitación Social”, de 1970, dirigida à repressão de ébrios, vagabundos, toxicômanos e homossexuais, ressaltando-se que este diploma, por sua incúria com as mínimas garantias constitucionais, em várias oportunidades sublinhado pela jurisprudência e pela doutrina, foi expressamente revogado pela lei orgânica n. 10, de 23 de novembro de 95, o novo Código Penal espanhol”.

XIII

Uma pequeníssima síntese

Com esta passagem historicamente representativa e singular, encerra-se a trajetória proposta: não mais contida no efeito direto ou indireto do castigo, a preventividade especial estará alicerçada principalmente no regime das medidas de segurança.

Procurou-se, com o auxílio da história, demonstrar — e espera-se tê-lo alcançado — que, embora o surgimento das medidas de segurança tenha sido, exatamente por constituir uma via organicamente autônoma e alternativa à pena, um marco delimitativo fundamental no campo da prevenção pessoal, desde sempre o direito penal preocupou-se, seja na própria pena seja por providências paralelas, em assegurar esta função precaucional.

Atualmente e de maneira geral, as medidas de segurança tendem ao desaparecimento, porquanto a missão da pena privativa de liberdade retoma oficial e abertamente o papel da prevenção especial através da forma sutilmente ideológica da ressocialização, a qual, sobreposta ao castigo, esconde-o ou o disfarça; e desde que as medidas de segurança passaram a se situar num “sistema de garantías parecidas a las que rigen para la imposición de la pena”.¹⁵⁰

150. Hassemer e Muñoz Conde, em *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 166.

Como linha mestra da preventividade pessoal para os imputáveis, o regime das medidas de segurança, pelo menos no Brasil, malogrou redondamente em seu escopo, servindo apenas para exercer sobre estes segurados uma intervenção ilimitada e para lá do limite necessário, duplicando-lhes a pena e tornando-lhes fugidia a liberdade, de modo que, em boa hora, foi suprimida pela reforma do Código Penal, de 1984.

Quanto às medidas de segurança reservadas aos sentenciados inimputáveis, que o Código Penal conservou..., bem, esta é uma outra história...

Taubaté, aos 22 de abril de 1995.

Bibliografia

- ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social*. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- ARAGÃO, Antônio Sodré Moniz. *As Três Escolas Penais: Clássica, Antropológica e Crítica*. 3.^a edição. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960.
- ARAÚJO, João Vieira de. *Código Penal Commentado*. Rio de Janeiro, Laemert, 1897.
- AUDEN, W. Hugh. *Poemas*. São Paulo, Cia. das Letras, 1986.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo, Hemus.
- BITAR, Hildeberto. *Introdução a "Leis", de Platão*. Belém, Editora Universidade Federal do Pará, 1980.
- BRUNO, Annibal. *Direito Penal*. 2.^a edição. Rio de Janeiro, Forense, 1959.
- CALÓN, Eugenio Cuello. *Derecho Penal*. 15.^a edição. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1968.
- CHARLES, Raymond. *Le Droit Musulman*. 3.^a edição. Paris, Presses Universitaires de France, 1965.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Orações*. São Paulo, W. M. Jackson Inc. Editores, 1949.
- COROI, Jean. *La Violence en Droit Criminel Romain*. Paris, Plon-Nourrit et Cie., 1915.
- DAVID, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporaneos*. Madrid, Aguilar S. A. de Ediciones, 1968.

- DUMAS, Alexandre Pai. *Os Três Mosqueteiros*. São Paulo, Abril Cultural, 1971.
- FERRÃO, F. A. F. da Silva. *Theoria do Direito Penal aplicada ao Código Penal Português (de 1852)*. Lisboa, Typographia Universal, 1856.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977.
- . *História da Loucura na Idade Clássica*. São Paulo, Perspectiva, 1978.
- FRANCE, Anatole. *Antologia do Conto Moderno — Anatole France*. Coimbra, Atlântida Editora, 1958.
- FRAYZE-PEREIRA, João. *O que é Loucura?* São Paulo, Abril Cultural/Brasiliense, 1985.
- GARRAUD, R. *Précis de Droit Criminel*. 9.^a edição. Paris, Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey & du Journal du Palais, 1907.
- GIORDANI, Mário Curtis. *Direito Penal Romano*. 2.^a edição. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 22.^a edição. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1982.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. *As Classes Perigosas — Banditismo Urbano e Rural*. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1982.
- HASSEMER, Winfried e CONDE, Muñoz Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch Valencia.
- HELLER, Agnes. "Para Cientista, AIDS transforma-se em metáfora de temores da modernidade". Artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*, de 18 de janeiro de 1987.
- HUIZINGA, Johan. *O Declínio da Idade Média*. São Paulo, Editora Verbo/Editora da Universidade de São Paulo, 1978.

ITURBE, Arnoldo Garcia. *Las Medidas de Seguridad*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967.

KRADER, Lawrence. *La Formacion del Estado*. Barcelona, Editorial Labor, 1972.

LETOURNEAU, Charles. *Da Vingança ao Direito*. Trecho inserto na coletânea *O Direito e a Vida Social — Leituras básicas de Sociologia Jurídica*, organizada por A. L. Machado Neto e Zahidê Machado Neto. São Paulo, Companhia Editorial Nacional/EDUSP, 1966.

LIZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro, F. Briguiet S. C. Editores, 1899.

LOMBARDÍA, Pedro. *Lecciones de Derecho Canonico*. Madrid, Editorial Tecnos, 1984.

LUNA, Everardo da Cunha. *Direito Penal Germânico*. In *Capítulos de Direito Penal*. São Paulo, Saraiva, 1985.

MACHADO, Zahidê Neto. *Direito Penal e Estrutura Social (Comentário Sociológico ao Código Criminal de 1830)*. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo/Saraiva, 1977.

MAKAREWICZ, Juliusz. *La Evolución de la Pena*. Madrid, Hijos de Reus, 1907.

MARX, Karl. *A Origem do Capital (A Acumulação Primitiva)*. 4.^a edição. São Paulo, Global Editora e Distribuidora, 1981.

MEIRA, Sílvio A. B. *Histórias e Fontes do Direito Romano*. São Paulo, Saraiva/EDUSP, 1966.

MOTT, Luís. 1591-1991 — "4.^o Centenário da Visitação do Santo Ofício ao Brasil". Artigo publicado em *Leitura*, suplemento do *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, de 11 de julho de 1991.

MOTTA, Cândido. "As Antigas Penalidades — Curiosidades Históricas". Artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXIV, pp. 223-299. 1928.

NOGUEIRA, Ataliba. *Medidas de Segurança*. São Paulo, RT, 1942.

- OLESA, Francisco Felipe Muñido. *Las Medidas de Seguridad*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1951.
- PAREDA, Julián. "Practica Poenalis FF. Minorum". Artigo inserto em *Estudios Juridicos en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, pp. 140-166. Buenos Aires, Abelo-Perrot, 1964.
- PETTI, Raffaele. "I Delitti e le Penne nelle Costituzione di Federico II". Artigo inserto em *Scritti in onore di Enrico Fermi*, pp. 359-364. Torino, 1929.
- PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Personalidade Psicopática, Semi-imputabilidade e Medida de Segurança*. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- PINHO, Demóstenes Madureira de. *Medidas de Segurança*. Rio de Janeiro, Rodrigues & Cia., 1938.
- PLATÃO. *Leis. Diálogos*, v. XII. Belém, Editora Universidade Federal do Pará, 1980.
- QUEIROLO, Sílvia C. "Periculosidade: da Norma Médica à Norma Jurídica". Artigo publicado na revista *Temas — IMESC*, v. 1, n. 2, pp. 93-100, dezembro de 1984.
- RUIZ, José R. Casabó. "Actualidad del Pensamiento Histórico sobre la Legislación Penal Preventiva", Artigo inserto na obra coletiva *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*. Valencia, Editora Universidad de Valencia, 1974.
- SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1987.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos Editores, 1921.
- SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Tipografia Editora Argentina, 1951.
- SOUSA, João Silva de. *Religião e Direito no Alcorão*. Lisboa, Editora Stampa, 1986.

TESTAS, G. e TESTAS, J. *A Inquisição*. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1968.

THOMPSON, Augusto F. G. *Esboço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1982.