

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

Tatiana Chiaverini

Origem da pena de prisão

Mestrado em Filosofia do Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em DIREITO, na área de concentração de FILOSOFIA DO DIREITO pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

SÃO PAULO
2009

BANCA EXAMINADORA

Para meus amores:
Jean François e Pedro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques a oportunidade de aprendizado, o estímulo e o constante apoio durante a execução desse trabalho.

Agradeço aos Professores Doutores Luis Alberto Peluso, Alcino Eduardo Bonella e Luiz Paulo Rouanet pela inspiração, aprendizado e preciosa troca de idéias durante a realização dos créditos do Mestrado em Ética da PUC de Campinas.

Agradeço ao Professor Doutor Márcio Pugliesi pela generosa oferta de conhecimento.

Agradeço aos amigos, parentes do coração, que apoiaram a iniciativa e acreditaram na sua conclusão.

Aquele arbusto fenece,
e vai com ele parte de minha vida.
Em tudo quanto olhei fiquei em parte.
Com tudo quanto vi, se passa, passo.
Nem distingue a memória do que vi do que fui¹.

Os olhos dos mineradores são diferentes dos olhos dos poetas.
Eles não ficam no que vêem. Não amam o que vêem.
O que vêem não é parte de seus corpos.
Olhando para o pico do Cauê
os mineradores só viram o ferro que havia nele,
ferro que tinha de ser tirado para se transforma em lucro.
Se eles pudessem não hesitariam
em transformar o Himalaia numa planície,
se dentro dele houvesse riquezas².

¹ Ricardo Reis, Fernando Pessoa.

² RUBEM ALVES, Pocinhos do Rio Verde e Itabira, Folha de São Paulo, 12 de dezembro de 2006.

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma reflexão sobre a origem da pena de prisão, através de uma pesquisa histórica sobre as circunstâncias econômicas, políticas, culturais e religiosas que determinaram seu nascimento e favoreceram sua consolidação no processo de uniformização da sanção penal.

Palavras-chave: Prisão, Pena, História, Direito, Economia, Religião.

RESUME

La présente étude se veut une réflexion sur l'origine de la peine de prison, ayant pour base une recherche historique à partir des événements économiques, politiques, culturels et religieux qui ont déterminé son apparition et favorisé sa consolidation dans la procédure d'uniformisation de la sanction pénale.

Mots clefs : Prison, Peine, Histoire, Droit, Economie et Religion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I. CONCEITOS E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENA DE PRISÃO 1

II. PRÁTICAS PENAIAS DA IDADE MÉDIA

II.1. Alta Idade Média e o direito germânico..... 12

II.2. Transformações sociais na Idade Média Clássica e Baixa..... 31

III. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

III.1. Renascimento e reforma religiosa..... 42

III.2. Absolutismo: época de mendigos e pena de morte..... 57

III.3. A prisão e o processo de ocultação da punição..... 78

IV. O ILUMINISMO PENAL..... 92

CONCLUSÃO..... 113

BIBLIOGRAFIA..... 117

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa revelar a causa determinante da origem da pena de prisão. A hipótese proposta coloca os interesses econômicos dominantes como criadores da pena privativa de liberdade. A pesquisa não se insere no contexto das teorias da pena embora não ignore a retórica penal que acompanhou a evolução do direito. O objetivo é despir a pena de prisão dos elementos dogmáticos e emocionais para que se possa esclarecer por que a prisão surgiu e se tornou a principal sanção penal.

A abordagem histórica e sociológica se justifica na medida em que o direito penal é um instrumento relevante de controle social. Entre o direito positivado e a prática penal há uma distância que pretendemos esclarecer estudando a origem e a evolução da pena de prisão com suas causas econômicas e sociais. Trata-se de uma criminologia crítica na medida em que coloca as questões do crime e do controle social na estrutura econômica e no sistema de poder político e jurídico da sociedade.

A tese de que *cada sistema de produção descobre o sistema de punição que corresponde às suas relações produtivas* não é original, já existem trabalhos que apontam para uma coincidência entre as instituições carcerárias e os modelos econômicos e políticos da sociedade. Os livros *Punição e estrutura social*¹ de Georg Rusche e Otto Kirchheimer e a obra *Cárcere e fábrica* de Dario Melossi e Massimo Pavarini estão nesse contexto e inspiraram a pesquisa.

Diante da uniformização da sanção penal que colocou a pena de prisão como a regra do sistema punitivo, indagamos: como surgiu de fato a pena de prisão? Foi realmente a economia e os meios de produção que determinaram o nascimento e a preponderância desse método punitivo? O nascimento da prisão foi resultado de uma evolução histórica ou surgiu em virtude da necessidade de força de trabalho na Europa durante o período de industrialização?

¹ Esta obra influenciou Foucault em seu famoso livro *Vigiar e punir*.

Foram os iluministas que criaram e impuseram a prisão como método punitivo mais humanitário ou eles apenas endossaram uma política criminal que refletia os anseios econômicos da burguesia?

Enfim, quais as origens reais da pena de prisão? Dentre essas há alguma realmente determinante? Essa causa supostamente determinante precisou de ajuda de outros fatores ou foi capaz de garantir sozinha a universalização da pena de prisão no Ocidente?

Sabemos que a pena de prisão surgiu no fim do absolutismo, com o nascimento do capitalismo. Diante disso, para a objetividade do trabalho será feita uma delimitação temporal e espacial na pesquisa.

Serão abordados os séculos V ao XVIII, verificando as práticas penais da Idade Média, do Absolutismo e o Iluminismo. A preocupação nessa recuperação histórica do direito penal não é positivista; não existirá no trabalho uma compilação cansativa de textos legais, com a crença de que eles possam refletir a realidade do direito de uma época. Afinal, olhando para nossa Constituição sabemos que isso não é verdade.

A preocupação com a reconstituição histórica do direito será feita, a despeito de citação de uma ou outra legislação mais relevante, através dos seguintes critérios: economia, religião, poder político, tempo e espaço do homem em cada momento estudado.

A consideração sobre a economia e a religião são destacadas em todo o trabalho em função de um ensinamento de Weber segundo o qual a definição do humano necessita do conhecimento de sua economia e sua religião.

Assim, será abordada a importância da Igreja Católica na construção da idéia de pena de prisão, assim como a relevante influência protestante na criação das ideologias e valores que transformaram o tempo e o espaço do homem e possibilitaram o nascimento do capitalismo.

Revelar o poder político de cada época é também fundamental para entender a política criminal e a razão de imposição dos respectivos métodos punitivos.

Os conceitos de tempo e espaço vividos pelo homem são extremamente importantes para entender melhor os desgastes sofridos nas mudanças mais drásticas, bem como as forças que estão encaminhando e coordenando essas mudanças. Os conceitos de tempo e espaço têm uma relação íntima com a pena de prisão, o que reforça a necessidade dessa abordagem.

O primeiro capítulo será utilizado justamente para situar a pesquisa esclarecendo o conceito de pena de prisão como uma contenção do homem no tempo e no espaço delimitados, mediante a imposição de uma vontade pública.

Nessa etapa é esclarecido que o trabalho se destina ao estudo da prisão como pena e não da prisão custódia ou prisão processual. A noção da pena pública também é importante na medida em que a pena de prisão exige uma organização social capaz de impor, com autoridade e poder, uma restrição à liberdade do indivíduo. Tendo em vista que o estudo é de uma pena pública, a pesquisa pelas origens da pena de prisão necessariamente passa pela fundação do Estado. Esse primeiro capítulo ainda é útil para esclarecer os antecedentes históricos do início da pesquisa, que ajudam a delimitar o objeto do estudo.

O segundo capítulo apresenta as práticas penais da Idade Média. É importante entender as circunstâncias de um momento histórico em que as próprias partes ou envolvidos no conflito de interesses estavam responsáveis pela solução da questão. Com isso poderemos entender o processo do confisco dos conflitos pelo Estado e a formação do poder judiciário.

O terceiro capítulo é dedicado à origem e evolução da pena de prisão na Europa da Idade Moderna. O estudo principia pelo renascimento e reforma religiosa; segue pelo absolutismo abordando a centralização do poder, a multiplicação dos mendigos e a indiscriminada aplicação das penas de morte e cruéis.

Finalmente é estudada a origem da pena de prisão através do processo de ocultação gradativo da punição na revolução comercial.

O iluminismo penal é o quarto e último capítulo e pretende esclarecer a importância dos iluministas na criação ou manutenção da pena de prisão.

A metodologia de trabalho é eminentemente bibliográfica, histórica e sociológica. O objetivo é retratar com suficiência as transformações da sociedade e dos métodos punitivos para que possamos entender e interferir produtivamente nos rumos de nossa história. Apresentar uma reflexão e estimular estudos posteriores é o desejo do trabalho.

Capítulo I – CONCEITO E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PENA DE PRISÃO

Tendo em vista que o objeto do estudo é a pena de prisão, convém verificar primeiramente o significado da expressão pena. Segundo Abbagnano, “pena é a privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração”¹. Considerando que a pena depende de uma autoridade pública que a imponha, de lei e julgamento, é certo que a pena nesse contexto público dependeu da evolução política da comunidade, que passou a se organizar em grupos, cidades e Estado².

A vida humana em comum só se torna possível quando se reúne uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado e que permanece unida contra todos os indivíduos isolados. O poder dessa comunidade é então estabelecido como ‘direito’, em oposição ao poder do indivíduo, condenado como ‘força bruta’. A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo de uma civilização³.

Com o desenvolvimento das sociedades primitivas surge um poder social baseado nas religiões, que gradativamente modifica a natureza da sanção penal. A vingança individual é substituída pela vingança dos deuses, que será aplacada com o castigo do infrator.

Tudo começa com os povos primitivos⁴ e é interessante observar que eles não tutelavam bens jurídicos, mas relações hipotéticas tidas como verdadeiras e baseadas em *totens e tabus*⁵.

¹ O pensador continua: “O conceito de pena varia conforme as justificações que lhe forem dadas, e tais justificações variam segundo o objetivo que se tenha em mente: 1º ordem da justiça; 2º salvação do réu; 3º defesa dos cidadãos.” (ABBAGNANO, 1998: 749).

² Cf. DOTTI, 1998: 31.

³ FREUD, 1997: 49.

⁴ Segundo Oswaldo Henrique Duek Marques, em sua obra *Os Fundamentos da pena*, esse conceito é possível através de documentos e de um estudo comparativo entre o homem arcaico e o selvagem atual. Seguindo essa linha de pesquisa percebemos a presença constante de um forte fundo religioso nas práticas penais do homem primitivo e das comunidades indígenas. (MARQUES, 2008)

⁵ Segundo Freud *totem* é um animal, vegetal ou fenômeno natural que tem uma relação especial com todo o clã, sendo ao mesmo tempo ameaçador e protetor. Cabe ao grupo a obrigação sagrada de respeitar e preservar o totem sob pena de punição. Assim eram garantidas regras de não matar ou prejudicar o totem, evitar comer sua carne e até

De acordo com Freud, os tabus são restrições sem fundamento racional, de origem desconhecida, mas que a todos obriga sob ameaça de punição. A sociedade pune o atrevido para se proteger do perigo da infração. O perigo da quebra do tabu é a substituição dos desejos inconscientes por impulsos conscientes. A ausência de punição aumenta a possibilidade de uma imitação que levaria à dissolução do grupo, além disso, aqueles que não reagem à falta cometida estariam confessando o desejo de praticar a mesma conduta⁶. Na verdade, segundo a análise psicológica, quanto maior a reação, maior é o desejo ou o risco de imitação do comportamento.

A obrigatoriedade dos tabus tem origem religiosa ou intuitiva, são costumes herdados de várias gerações que descobriram a vantagem ou prejuízo de determinadas atitudes e criaram regras de comportamento que persistem independentes de qualquer benefício ou prevenção de prejuízo social atual. É interessante notar que para o homem primitivo há uma total confusão entre os mundos físico e normativo, entre as ordens moral, natural e religiosa; enquanto o homem civilizado afirma conseguir separar a razão e a moral, o mundo natural e o mundo normativo.

Outro ponto interessante é a questão da solidariedade na resposta penal. Quando um membro de certo grupo era atacado por um indivíduo adversário toda a comunidade se sentia atingida e obrigada à vingança. O homem primitivo não pergunta: como isso ocorreu? Pergunta apenas: quem fez?

A culpa do indivíduo assume caráter coletivo, pois acaba atingindo aqueles que vivem com o culpado ou com ele têm vínculos sociais. Nesse contexto da responsabilidade penal coletiva também se explica o conformismo fatalista. Há relatos históricos no sentido de que o silvícola brasileiro condenado ao canibalismo aceitava seu destino com base no forte misticismo, pois não convinha aborrecer ainda mais os poderes invisíveis que poderiam vir a recair também sobre seus familiares e sua comunidade, atingindo terceiros inocentes. Na verdade, a consciência do risco da vingança coletiva fazia com que o prisioneiro, ainda que conseguisse escapar, jamais fosse aceito

impedimentos sexuais. Os tabus, por sua vez, são proibições convencionais com caráter de sagrado, mas cuja origem é desconhecida; são aceitos como coisa natural embora não tenham explicação racional. (FREUD, 1999: 12-16).

⁶ Na verdade, segundo a análise psicológica, quanto maior a reação à infração, maior o desejo ou risco de imitação do comportamento.

novamente em seu grupo de origem. Portanto, a regra era aguardar a morte com honra e respeito aos ritos canibais⁷.

Com a evolução social e diante da necessidade de evitar a dizimação das tribos com as vinganças coletivas, surgiu o *talião*, que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente). “Adotado no Código de Hamurabi (Babilônia), no êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma), foi ele um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva”⁸.

As civilizações que viveram entre os rios Tigres e Eufrates, entre 3000 e 400 anos antes de Cristo, produziram códigos muito cedo. O mais conhecido deles é o Código de Hamurabi (1792-1750). Esses antigos códigos da Babilônia apresentavam uma série de punições, como variadas formas de pena de morte e mutilação. As leis falam pouco sobre as prisões, mas através da literatura é possível afirmar que a prisão era utilizada nos casos de dívida, rapina, corrupção, rebelião de escravos e para estrangeiros cativos⁹.

O império Assírio, por exemplo, submetia à prisão contrabandistas, ladrões, desertores do serviço estatal, sonegadores de impostos e estrangeiros cativos, impondo em larga escala o trabalho forçado¹⁰.

⁷ “Spix e Martius viram nos indígenas um estado de entorpecimento. “Sem refletirem sobre a criação universal, sobre as causas e íntima relação dos seres, vivem com o pensamento preocupado só com a própria manutenção” (“Viagem” cit., vol. I, pág. 347). (...) À vista disso tudo, pois, se torna de imediato manifesta a incapacidade, em que se achava nosso gentio, de planejar soluções jurídicas num complexo abstrato de princípios lógicos, justos e calcados na efetiva realidade. (GONZAGA, s.d.:71)

⁸ MIRABETE, 2003: 36

⁹ Cf. MORRIS e ROTHMAN, 1997: 9.

¹⁰ “The Assyrian empire (746-539 a.c.) imprisoned smugglers, thieves, deserters from royal service, tax evaders, and like its predecessors in the ancient Near East, foreign captives, often on a very large scale and often involving forced labor. The old Babylonian term *bit asiri* seems to refer specifically to the forced labor of foreign captives. Like Samson among the Philistines (and Hebrews and others among the Egyptians), foreign prisoners among the Assyrians largely labored at grinding flour, and their prisons were close to or inside granaries. Some prisoners were confined in dry cisterns that were otherwise used for the storage of grain. *Bit kili*, another Babylonian

No antigo Egito temos notícia da prisão não apenas como custódia, mas como pena. O governo do faraó era divino e evitava penas cruéis e arbitrárias. As prisões conhecidas também impunham aos encarcerados o trabalho forçado. As prisões são descritas como fortalezas contendo celas e masmorras ou como casas de trabalho. A fuga da prisão consistia pena grave¹¹. Nesses locais os prisioneiros não eram classificados nem separados de acordo com sua situação. Conviviam presos aguardando julgamento e já condenados, condenados aguardando execução, condenados à pena de prisão perpétua ou indefinida, desertores do Estado ou oficiais que caíram em desgraça, suspeitos de espionagem; sendo que todos eram forçados a trabalhar¹².

Na antiga Grécia, as cidades-estado nos forneceram as primeiras evidências de punição pública semelhante à tradição Ocidental, bem como nos influenciaram com idéias sobre a lei e a justiça. A prisão é mencionada na literatura grega e na filosofia. A tragédia de Ésquilo: *Prometeu Acorrentado*, narra Zeus aplicando a prisão para imposição de tortura em Prometeu¹³. Mas é

term for prison, appears to have had a somewhat broader meaning, indicating any location used to confine criminals, hostages, rebels, or those detained for any other reason.” (Idem, ibidem: 9)

¹¹ “Joseph’s prison was the “Great Prison”, the *hnrt wr* at Thebes, present-day Luxor, whose existence is unrecorded before the period of the Middle Kingdom. The Egyptian word *hnrt*, ‘to restrain’, hence *hnri*, ‘prisoner’ or ‘one who is restrained’. The prisons of Egypt (the prisons of places other than Thebes were generally designated *ith*, a generic term for any place of confinement) might have resembled fortresses with cells and dungeons or institutions like a workhouse or labor camp, since Egyptian prisoners appear to have been expected to work during their time of confinement. This practice was not unique to Egypt. When Samson was captured by Philistines (Judges 16:22) he too was put to prison work grinding corn.” (Idem, ibidem: 9)

¹² “There seems to have been no classification of prisoners according to their offenses. Prisoners who were awaiting the disposition of their cases, those who were being held for execution after conviction, and those who – like Joseph – had been confined indefinitely at the order of a royal official were all confined together with deserters from the state labor forces, suspected spies like Joseph’s brothers, and disgraced officials of the state. Escape from prison was an additional –and very serious –crime. The prisons were directed by an overseer with a staff of scribes and guards. Prisons records were meticulously kept, and prisons themselves seem to have housed the criminal courts. Such institutions appear to have survived in Egypt long after the age of the pharaohs and were still in existence, together with forced labor by prisoners, at the beginning of the Common Era.” (Idem, ibidem: 9)

¹³ “Of all the Greek city-states, Athens is the best documented. Athenian documentation ranges from the writings of orators and philosophers to the tragedies of the Greek dramatists. The identification, first, of law with justice and, second, of law and justice with the city-state is expressed dramatically in the plays of Aeschylus (525-456 a.c.). In one of these, the issue of involuntary confinement is central. Hesiod had told the story of the anger of Zeus at the titan Prometheus because Prometheus had stolen fire from heaven and given it as a gift to humans.

Platão quem nos fornece os principais contornos da prisão. No diálogo de *Górgias*¹⁴ temos um testemunho sobre a racionalidade da prisão na Grécia antiga e em *As Leis* Platão é ainda mais claro ao expor suas idéias, chegando a mencionar inclusive uma prisão propriamente punitiva.

Haverá na cidade três prisões: uma delas situada na praça pública, comum à maioria dos delinqüentes, que assegurará a guarda dessas pessoas; a segunda, no lugar de reunião do conselho noturno, que se chamará casa de correção ou reformatório; a terceira no centro do país, no lugar mais deserto e mais agreste possível, terá um sobrenome que indique seu caráter punitivo¹⁵.

Segundo Platão, a primeira prisão servia para guardar as pessoas, prevenindo outros delitos. A segunda seria para aqueles criminosos recuperáveis e não teria função punitiva, mas corretiva. A prisão punitiva ficaria no local mais distante e seria destinada aos agentes dos crimes mais graves e incorrigíveis. Nessa terceira prisão existiria um total isolamento do criminoso com o resto da sociedade, que não terminaria nem com a morte, pois seus restos seriam jogados, sem sepultura, fora das fronteiras do país¹⁶.

Zeus had Prometheus chained to a great mountain and subjected to insufferable torments. Aeschylus took up the theme of Zeus anger and power – and the epic confinement of Prometheus – in the drama *Prometheus Bound*. There, as in his other dramas, Aeschylus explored the relationship between power and justice, ostensibly at the mythical level of gods and titans but to his audience in the language of their own understanding and experience. Even the Greek title of the play, *Prometheus desmotes*, reflects a term and a practice contemporary with Aeschylus and his audiences: *desmotes* meant, literally, “chained”, and one of the names of the prison in Athens was the *desmoterion* – “the place of chains”. (Idem, *Ibidem*: 4-5).

¹⁴ “Ora, a cada castigado quando lhe impõem a pena acertada, o que compete é ou tirar proveito e tornar-se melhor, ou servir de escarmento a outros, para que, vendo-o sofrer a punição infligida, sintam medo e melhorem. Tiram proveito da expiação imposta pelos deuses ou pelos homens os inquinados de pecados sanáveis; mesmo esses, chega-lhes o proveito através de sofrimentos e dores, aqui e no Hades, pois não há outra maneira de se forrarem à iniquidade. Mas os que cometeram os derradeiros pecados e se tornaram por isso incuráveis, esses servem de escarmento; se eles próprios já não tiram nenhum proveito, por incuráveis, seu exemplo aproveita a outros, a quantos os vêem sofrer, pela eternidade, por causa dos pecados, os maiores, mais dolorosos e temíveis sofrimentos – meros avisos pendurados lá no Hades, no calabouço, para espetáculo e advertência perpétua aos faltosos, a medida que chegam.” (PLATÃO, 1989: 525 BC)

¹⁵ Citado por MESSUTI, 2003: 28.

¹⁶ “Na Grécia, era possível o encarceramento do devedor até o pagamento da dívida ou a realização do julgamento. No entanto, Platão propunha três tipos de estabelecimentos carcerários: um na praça do mercado (*cárcere de custódia*); outro (denominado *sofonisterion*)

Apesar dessas leituras racionais sobre crime como resultado da ignorância e prisão como recuperação ou como punição, na verdade, a prisão mais conhecida e utilizada era aquela com função de mera custódia, para aguardar o julgamento ou a aplicação da sanção. Ela também funcionava como local de tortura e aplicação da pena de morte, além de reter devedores. A prisão como pena não desempenhou um papel central na Grécia antiga, que conhecia com maior frequência as penas de morte, exílio e multa¹⁷.

Em Roma os delitos são divididos em *crimina pública* (segurança da cidade, *parricidium*) ou crimes *majestatis*, e *delicta privata* (infrações consideradas menos graves, reprimidas por particulares). Na república os crimes privados diminuem e o Estado assume suas funções de jurisdição. Mais adiante a pena de morte volta a ser aplicada aos delitos mais graves e existem penas de trabalhos forçados. Para os devedores existiu uma singela previsão de prisão, mas com fim de custódia. Fontes narrativas também nos noticiam que o chefe da família romana tinha o direito de manter uma cela de prisão doméstica a fim de disciplinar membros da família ou escravos rebeldes¹⁸.

dentro da cidade e que serviria para correção; e um último, com a finalidade de intimidação (*casa de suplício*) em local deserto e sombrio, afastado o mais possível do centro urbano.” (DOTTI, 1998: 32)

¹⁷ “These notions of prison reflect much of Plato’s distinctive view of crime as error and of punishment as instruction, but they also tells us about some of the functions o factual Athenian (and perhaps other Greek) prisons. Prisons as places of temporary custody for those about to be tried or those sentenced to punishment, as structures for coercive detention for certain kinds of debtors, as sites of torture and execution, and as institutions for long-term, perhaps even lifelong, punishment all find echoes in *Laws*. Prisons did not play the largest punitive role in Athenian penology, since capital punishment, fines, and exile were more frequently used. But they were regularly used in a variety of instances, and their existence and conditions were well known.” (MORRIS e ROTHMAN, 1997: 8).

¹⁸ “The only instance of imprisonment in the Twelve Tables occurs in the laws concerning debt. Debtors who could not or would not pay were to be held in private confinement by their creditors for sixty days and were to have their debts publicly announced on three successive market days, on the last of which they might be executed or sold into slavery outside the city. Narrative sources add one further category of imprisonment. The limitless powers of male heads of roman households included the right to maintain a domestic prison cell to discipline members of the household. This cell, the *ergastulum*, could be a work cell for recalcitrant or rebellious slaves or a place of confinement at the pleasure of the father for any family member or any infraction of household discipline.” (Idem, Ibidem: 14)

Na Idade Média prevaleceu o direito germânico e a Igreja se fortaleceu disseminando o direito canônico. No direito germânico praticamente não temos notícia sobre a prisão, com exceção feita ao seguinte relato:

Cuello Calón indica o aparecimento efêmero da prisão: um édito de Luitprando, Rei dos longobardos (712-744) dispunha que cada juiz tivesse em sua cidade um cárcere para prender os ladrões pelo tempo de um ou dois anos. Também em uma capitular de Carlos Magno (813) ordenava que as pessoas *boni generi* que tivessem delinqüido poderiam ser recolhidas à prisão por determinação do Rei até que se corrigissem. Mas, como adverte o mesmo escritor, os exemplos indicam o caráter raro da imposição do encarceramento como sanção autônoma segundo a revelação das fontes oriundas dos séculos XI e XII¹⁹.

A Igreja via o cárcere como instrumento espiritual do castigo, sustentando que pelo sofrimento e na solidão a alma do homem se depura e purga o pecado. Para redimir a culpa “o infrator deveria sujeitar-se à penitência que poderia aproximá-lo de Deus: *quoties inter homines fui, minor homo reddi*. Daí então cumprir-se o internamento em prisão de conventos: *detrusio in monasterium*.”²⁰.

De fato, a prisão se aplicou com freqüência no combate da heresia. Durante a inquisição de Toulouse (1246-1248), em 192 sentenças condenatórias, temos 149 impondo a pena de reclusão. Das 636 decisões de Bernardo Rui (1308-1322), 300 impuseram a pena de prisão²¹.

A privação da liberdade assumiu características de penitência quando a doutrina da Igreja dos últimos tempos do século XVI registrou o movimento que mais tarde iria fecundar as bases da ciência penitenciária. A obra do monge beneditino Mabilhon (*Reflexions sur les prisons des ordres religieux*) escrita quase um século mais tarde reagia contra o isolamento absoluto, propondo notáveis reformas quanto ao trabalho, à higiene e à regulamentação de visitas. A obra impressionou vivamente a Europa e muitos estados católicos procederam à construção de estabelecimentos-modelo, seguindo o exemplo do Papa Clemente XI que em 1703

¹⁹ DOTTI, 1998: 33

²⁰ Idem, *Ibidem*: 34

²¹ Cf. Idem, *ibidem*: 33.

fundara em Saint Michel uma casa de correção destinada aos jovens.

Nos anos de 1757 e 1759 foram edificadas em Turim e em Milão prisões celulares com seções especiais para mulheres e jovens, numa tentativa de classificação dos internos. Em Veneza (1760) institutos análogos vieram a ser criados na proporção em que o movimento alcançava os Países Baixos onde o magistrado Vilain XIV mandou erigir o celebre presídio de Gand para ofertar trabalho durante o dia e manter i isolamento à noite²².

A prisão como pena da Idade Moderna, portanto, é fruto de uma evolução e da somatória de várias influências históricas. Desde a antiguidade as prisões de custódia, em sua maioria, com trabalhos forçados, já estava presente no inconsciente coletivo do homem. Mas foi a Igreja que revelou a possibilidade de prisão penitência. Já o surgimento da prisão na Idade Moderna coincide com decisivas transformações sociais. Veremos que as prisões modernas foram uma alternativa para coibir a vagabundagem e disciplinar o trabalhador no mundo industrial. O discurso humanista que imperou após o absolutismo e que combatia suas crueldades foi o principal responsável pela universalização da sanção penal e sua redução à pena de prisão, que até hoje é a base do sistema punitivo.

Hoje a pena de prisão é, em regra, a conseqüência prevista em lei para o descumprimento da norma. Sua quantidade oferece uma suposta proporcionalidade entre o crime e a resposta penal. Mesmo quando substituída por outras medidas restritivas de direito, a prisão mantém sua posição de paradigma da estrutura de punição.

Se a geometria fosse adptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria existir uma escala correspondente de penas em que se graduassem desde a maior até a menos dura, aconselhava Beccaria. Não obstante, sucedeu o contrário: ante a grande variedade de atos que podem constituir um delito, a resposta foi se uniformizando pouco a pouco, até converter-se praticamente em uma só. (...). De maneira que se eu tiver traído o meu país, vou para a prisão; se matei meu pai, vou para a prisão; todos os delitos imagináveis são castigados do modo mais uniforme. Parece-me ver um médico que para todos os males emprega o mesmo remédio.

²² Idem, Ibidem: 36.

Produce-se um fenômeno semelhante à aparição da moeda nas relações comerciais. Nesse sentido Foucault faz notar que a prisão oferece uma certa clareza jurídica, pois permite quantificar exatamente a pena em função do tempo²³.

O estudo sobre a origem da prisão com a explicitação de suas determinantes sociais e econômicas requer uma definição objetiva com a qual se possa trabalhar e focar criticamente a evolução histórica do direito penal. Diante dessa necessidade será evitada a utilização do termo pena privativa de liberdade, por ser muito abstrato e pouco objetivo²⁴. O conceito proposto é o seguinte: *prisão é a contenção do homem em um espaço delimitado durante um lapso de tempo*. De fato a prisão se caracteriza pela somatória dessas duas restrições impostas ao homem: tempo e espaço.

A limitação temporal e a espacial são somadas para garantir o completo isolamento do condenado do ambiente social. Através da prisão o delinqüente é excluído da comunidade, ele perde o direito de vivenciar o espaço e o tempo da sociedade em que vivia²⁵.

O espaço da pena de prisão representa a reprovação social em relação ao comportamento praticado. O infrator é separado, expulso do convívio social porque sua atitude não corresponde às expectativas e necessidades da manutenção da vida em sociedade. Portanto, resta explicada a imposição de alteração do espaço vivido pelo condenado. Porém, a maior ou menor subtração de seu tempo só é explicada através do caráter principal da pena: o sofrimento. A pena se destina a causar sofrimento, independente do fato de resultar, eventualmente, algum benefício desse sofrimento ao infrator ou à sociedade (através da recuperação do infrator, por exemplo).

²³ MESSUTI, 2003: 26-27

²⁴ É difícil esclarecer a relação exata entre prisão e liberdade, já que não são conceitos opostos, apenas apresentam dimensões diferentes. Além disso, todas as penas pressupõem alguma privação à liberdade do homem, já que enquanto o crime depende de sua vontade, a pena lhe é imposta.

²⁵ “Também se poderia considerar de um ponto de vista simbólico que a pena de prisão é um talião. O delinqüente interrompeu a comunicação social própria da comunidade de pessoas; em consequência, isto é, como retribuição, será privado dessa comunicação social que ele interrompeu.” (Idem, Ibidem: 32)

Portanto, o cálculo da punição pelo tempo de encarceramento só pode ser plenamente justificado na retribuição e na idéia de vingança. Isto porque a gravidade do crime ou da lesão não tem qualquer relação com a maior ou menor duração do ato proibido. Aliás, tanto a pena quanto o delito mais grave podem ser aplicados em apenas um instante, basta citar o crime contra a vida e a pena de morte. Ou seja, em princípio a duração da pena não significa sua gravidade, se bem que a prisão não inaugurou essa idéia. As penas cruéis do absolutismo, que prolongavam mais ou menos a vida em dor diante da sentença de morte, já mostravam claramente essa relação da pena com seu tempo, sua duração. A pena de morte era a regra, variando apenas o tempo do sofrimento até a extinção definitiva da vida. Portanto, a duração da pena de prisão tem um inegável e predominante caráter de vingança e imposição de um sofrimento. A preocupação com a recuperação do infrator está em segundo plano ou as penas não teriam suas durações fixadas pela lei segundo um suposto critério de proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a maior ou menor duração da pena.

Uma verdadeira e prioritária preocupação com a individualização da pena e com a reintegração social do infrator colocaria o sofrimento e a retribuição pelo mal em segundo plano e a realidade humana das circunstâncias em primeiro, com crescente adaptação do tempo mínimo de prisão a cada caso concreto. Portanto, o tempo que garante a proporcionalidade da pena é o tempo do sofrimento, da vingança pública. Diante disso percebemos que a sistemática penal não é racional, mas emotiva, vingativa. Tese, aliás, que já foi bem demonstrada²⁶ e tem servido de inspiração a muitas outras.

Ao longo da história a cultura humana vivenciou conceitos diferentes de tempo e espaço. Na Idade Média o homem vivia no tempo e no espaço da natureza. Predominava a vida no campo e as atividades humanas eram determinadas pelas alterações naturais: primavera, verão, outono e inverno; dia e noite. Já o homem moderno vive no espaço e tempo construídos, artificiais. Seu ambiente é a cidade e seu tempo é determinado pela sua produção. Veremos como a origem da prisão moderna se relacionou com essas alterações culturais experimentadas pelo homem.

²⁶ Oswaldo Henrique Duek Marques, em seu livro *Fundamentos da pena*, demonstra com clareza impar como a sistemática penal que se pretende racional e humanitária permanece maculada com a idéia primitiva de vingança.

Nesse capítulo pudemos perceber que, antes do nascimento do capitalismo a pena de prisão não existia nos moldes atuais nem merecia destaque, mas já estava presente na história da humanidade e no inconsciente coletivo, sobretudo a prisão com trabalhos forçados. A pena de prisão pressupõe a existência de um Estado, ou agrupamento humano e social politicamente organizado, e retira o condenado do tempo e do espaço de sua sociedade e o coloca em um tempo e espaço próprios, institucionais.

Capítulo II – PRÁTICAS PENAIIS DA IDADE MÉDIA

II.1. ALTA IDADE MÉDIA²⁷ E O DIREITO GERMÂNICO

Nosso estudo começa na Alta Idade Média quando ocorre a queda do Império Romano e as invasões bárbaras. O fim da centralização política e a insegurança causada pelas constantes invasões inviabilizaram a continuidade da administração institucional da justiça, de modo que os conflitos e a responsabilidade por suas soluções retornou aos próprios interessados. Contudo, assim que algum poder se organiza e uma certa estabilidade é conquistada pela comunidade, o confisco dos conflitos pelo poder institucionalizado ocorre, como veremos no decorrer do trabalho. A administração da justiça é uma fonte de renda e um instrumento de controle social, por isso jamais é desprezada pelo poder constituído. O estudos desses diferentes momentos da história, considerando a evolução jurídica, social e econômica, é capaz de revelar os dogmatismos convenientes, bem como apresentar a justiça e a prática jurídica com um realismo instrutivo.

O Império Romano estendeu seu domínio sobre diferentes povos da Europa e da Ásia, mas a partir do século III sua parte ocidental começou a ser invadida por vários povos germanos, como os visigodos e os francos. As arbitrariedades e os excessos cometidos pelo império romano, sobretudo na época de Justiniano, fizeram com que muitos “cidadãos romanos” encontrassem maior simpatia pelos bárbaros invasores do que pelo governo romano, apesar de toda distância cultural²⁸.

²⁷ A forma de divisão da Idade Média em períodos para fins didáticos não é consensual. No entanto, a mais comum é a utilizada pelos medievalistas franceses, entre os quais Jacques Le Goff. Para estes especialistas, a Alta Idade Média corresponde a um período que vai da queda do Império Romano do Ocidente, em 476, até o ano 1000 – após ao qual inicia a Idade Média Clássica. A Baixa Idade Média corresponde ao século e meio que antecede ao Renascimento, ou seja, 1300 a 1450. (Cf. LE GOFF, 2005)

²⁸ “A verdade é que os bárbaros foram beneficiados com a cumplicidade ativa ou passiva da massa da população romana. A estrutura social do império, em que as camadas populares eram progressivamente esmagadas por uma minoria rica e poderosa, explica o sucesso das invasões. Escutemos Salviano: “Os pobres estão despossuídos, as viúvas gemem, os órfãos são pisoteados, a tal ponto que muitos dentre eles, inclusive gente de bom nascimento que recebeu uma boa educação, refugiam-se entre os inimigos. Para não perecer sob a opressão pública, procuram entre os Bárbaros a humanidade dos Romanos porque não podem mais suportar entre

Em 476 a invasão e a conquista de Roma levou à queda do Império Romano do ocidente. Era o fim da centralização política com o abandono das cidades²⁹ e o início de um radical processo de ruralização da sociedade³⁰. Nascia o feudalismo³¹.

Apesar de certa cumplicidade de boa parcela da população, é preciso reconhecer que as migrações dos povos germânicos foram extremamente violentas e impuseram uma época de terror e grande transformação social.

Os bárbaros que invadiram a Europa encontravam seu prazer nos perigos e na guerra. Matar um homem era prova de heroísmo, assim como perder a vida no meio da luta era a felicidade suprema. “O mais glorioso troféu é a cabeleira de um inimigo escalpado, a qual é usada de enfeite nos cavalos de guerra”³².

os Romanos a desumanidade dos Bárbaros. São diferentes dos povos junto dos quais buscam refúgio, não partilhando sua maneira, sua linguagem, seja-me permitido dizer, nem mesmo o cheiro fétido dos corpos e vestimentas dos Bárbaros; mas preferem sujeitar-se à diferença de costumes a sofrer junto aos Romanos com a injustiça e a crueldade. Emigram deste modo para junto dos Godos e dos Bagaudas, ou junto de outros Bárbaros que dominam em toda a parte. Não se arrependem deste exílio, porque preferem viver livres sob aparente escravidão a viver escravizados sob aparente liberdade.” (Idem, *Ibidem*: 24).

²⁹ Citado por LE GOFF, Paulo Diácono evoca o horror do flagelo na Itália: “Campos ou cidades até então repletos de homens num dia eram lançados no mais completo silêncio em razão da fuga geral. As crianças fugiam deixando para trás os cadáveres de seus pais sem sepultura e os pais abandonavam os filhos com as entranhas ainda quentes. Se por acaso alguém permanecia para enterrar seu próximo condenava-se a ficar ele próprio sem sepultura... O século encontrava-se reconduzido ao silêncio que antecedeu a humanidade: nenhuma voz nos campos, nem o assobio dos pastores...As colheitas esperavam em vão quem as colhesse, as uvas pendiam ainda nos vinhedos quando o inverno se aproximava. Os campos transformaram-se em cemitérios e as casas dos homens, em lugar de refúgio para os animais selvagens...”. (Idem, *Ibidem*: 38).

³⁰ Cf. BOULOS JÚNIOR, 2004: 8.

³¹ O feudalismo surgiu progressivamente e apresentou peculiaridades em cada região. Da mesma forma a extinção do feudalismo não se deu de maneira abrupta, mas foi fruto de grandes transformações sociais até que o absolutismo se consolidasse. (Cf. FREITAS, 2001: 5-6).

³² LE GOFF, 2005: 27.

Para termos uma noção da destruição sofrida pela Europa na época medieval é interessante observar a exortação que a mãe de um rei bárbaro faz a seu filho:

Se queres realizar um grande feito e ganhar nome, destrua tudo o que os outros construíram e massacre o povo que venceres, pois não és capaz de construir um edifício superior aos que foram construídos por seus predecessores e não há mais bela façanha com que possas engrandecer teu nome³³.

As pessoas viviam em estado de terror, as cidades perderam o enorme destaque que tiveram durante o Império Romano, pois as inúmeras e destrutivas invasões bárbaras trouxeram insegurança e inviabilizaram a manutenção da vida urbana³⁴. Conquistas importantes da evolução social foram abandonadas³⁵ e em matéria de bem-estar social o homem regrediu. O sofisticado sistema de fornecimento de água limpa foi abandonado junto com muitas cidades³⁶, assim como as estradas passaram a ser temidas pelos constantes saques, tornando o comércio inviável.

³³ Idem, *Ibidem*: 28

³⁴ “Sem dúvida as cidades eram, pela promessa de suas riquezas acumuladas e sedutoras, uma presa predileta, as vítimas mais pesadamente mortificadas. (...) Essa fuga de cidadãos era uma conseqüência da fuga de mercadorias, que não alimentavam mais o mercado urbano. Sua população composta por consumidores que se alimentam de produtos vindos de fora. Quando a evasão de numerário deixa os moradores das cidades sem poder de compra, quando rotas comerciais deixam de irrigar os centros urbanos, os cidadãos são obrigados a se refugiar perto dos locais de produção. É a necessidade de se alimentar que explica a fuga dos ricos para suas terras e o êxodo dos pobres para os domínios dos ricos. Aqui ainda as invasões bárbaras, ao desorganizar a rede econômica, ao deslocar as rotas comerciais, precipitam a ruralização das populações – mas não as cria.” (Idem, *Ibidem*: 34).

³⁵ “A regressão técnica deixará o Ocidente medieval sem recursos por muito tempo. A pedra que não se sabe mais extrair, transportar trabalho, desaparece e assiste-se ao retorno da madeira como matéria-prima essencial. A arte do vidro da Renânia desaparece com o fim da importação (...)”. (Idem, *Ibidem*: 38).

³⁶ “Os romanos desenvolveram um sistema sofisticado de fornecimento de água. A água limpa era coletada em reservatórios colossais no campo; havia canos para transportá-la para reservatórios menores que serviam as cidades. Também sabiam da importância de manter a água potável bem longe do sistema de esgotos para evitar doenças.” (GUY, 2002: 17).

Ocorreu um intenso processo de ruralização do modo de vida que resultou na formação de vários reinos independentes, dando início a um longo período de mil anos que muitos historiadores chamam de Idade Média³⁷. Os fatos que margeiam o período são a decadência do Império Romano com as invasões bárbaras e a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos em 1453. Antes disso temos a Idade Antiga e depois a Idade Moderna³⁸.

Para remediar o problema da insegurança os nobres, encarregados da defesa do território, construíram enormes castelos em torno dos quais passou a viver a maior parte da população européia. Pouco a pouco o poder do rei se fragmentou e cada nobre passou a ser a principal autoridade em seu feudo³⁹.

Assim o espaço territorial foi dividido em unidades economicamente autônomas. O feudo vivia uma economia de auto-suficiência, já que a insegurança causada pelas invasões bárbaras tornou o comércio extremamente limitado. Sem a segurança nas estradas construídas pelos romanos, os feudos acabaram isolados⁴⁰. A nobreza fundiária dominava o campesinato, que eram os servos da gleba e tinham a posse das terras destinadas à agricultura. A nobreza se apropriava do excedente produzido. A sociedade feudal era basicamente agrária e a terra o principal meio de produção⁴¹.

³⁷ Cf. BOULOS JÚNIOR, 2004: 8.

³⁸ Contudo, o historiador francês Jacques Le Goff prefere propor uma longa Idade Média que iria do século IV ao XIX. Os aspectos que caracterizam essa “longa Idade Média” são: a hegemonia do cristianismo e da crença na luta entre Deus e o Diabo (idéias); existência de três grupos principais: sacerdotes, guerreiros e camponeses (social); o medo da peste e o aparecimento dos primeiros hospitais (saúde); importância do cavalo e da carroça (transporte); lenta alfabetização e crença nos milagres (cultura). (LE GOFF, 1997)

³⁹ Cf. BOULOS JÚNIOR, 2004: 9.

⁴⁰ Cf. FREITAS, 2001: 7.

⁴¹ Cf. Idem, *Ibidem*: 7.

A servidão era uma instituição jurídica que garantia o modo de produção feudal e consistia na obrigação do camponês de satisfazer certas exigências econômicas do senhor, como prestar serviços e pagar taxas em dinheiro ou espécie⁴². O camponês não era escravo nem homem livre, mas trabalhava em situação de subordinação ao senhor feudal e estava ligado à terra, de modo que a acompanhava quando eventualmente transferida a outro senhor⁴³.

O senhor feudal, por sua vez, era vassalo do suserano do qual recebia o feudo em troca de assistência militar. A terra não era recebida como propriedade, mas a título precário, podendo a concessão ser revogada por motivo justo, como pelo descumprimento do dever de fornecer tropas ao monarca. O senhor feudal também podia fixar e arrecadar tributos de seus servos⁴⁴.

A propriedade era quase desconhecida na Idade Média como realidade material ou psicológica. Do camponês ao senhor, cada indivíduo tinha somente direitos mais ou menos estendidos de posse provisória, de usufruto. Não somente cada um tinha acima de si um senhor ou um detentor de direitos mais poderoso que podia privá-lo de sua terra – tenência camponesa ou feudo senhorial – valendo-se da violência, mas o próprio direito reconhecia ao senhor a possibilidade legítima de tirar do servo ou do vassalo seu bem fundiário desde que concedesse outro equivalente, às vezes muito afastado do primeiro⁴⁵.

É importante lembrar que o comércio, bastante prejudicado na época em que prevalecia uma economia de subsistência nos feudos, não era responsável pela circulação de riquezas. Na verdade eram a herança, a guerra, a rapina, a ocupação de terra, a tomada de um castelo ou uma cidade que garantiam a circulação de bens na Idade Média. Diante da ausência de um poder central, aquele que dispusesse de força suficiente para ocupar uma terra e seu castelo, poderia fazer prevalecer seus direitos e até, mediante acordo com o lesado, exigir um pagamento para a devolução dos bens. Não é por outro motivo que a nobreza se preocupava com a acumulação das armas, já que com o poder das armas era garantida a acumulação da riqueza⁴⁶.

⁴² Cf. FREITAS, 2001: 7.

⁴³ Cf. Idem, Ibidem: 8.

⁴⁴ Cf. Idem, Ibidem: 9.

⁴⁵ LE GOFF, 2005: 127

⁴⁶ Cf. FOUCAULT, 2005: 63.

A sociedade feudal tinha como principais características: o predomínio da vida rural, o poder político descentralizado e a forte religiosidade. O feudo tinha uma economia de subsistência baseada na agricultura e no pastoreio. O comércio ficou restrito ao sal, para conservação da carne e ao ferro para a fabricação de armas e utensílios⁴⁷.

A posição social dependia do nascimento e era inalterável. Existiam três grupos bem definidos: o clero (que orava), a nobreza (que guerreava) e os camponeses (que trabalhavam). O trabalho dos camponeses sustentava a nobreza e o clero⁴⁸.

A maioria dos religiosos do clero tinha origem nobre e possuía feudos, de forma que, em uma época em que a terra era a principal medida de riqueza, dois terços da Europa Ocidental pertenciam à Igreja. Já a nobreza usava o monopólio das armas para impor seu domínio. Os nobres viviam ociosos e consideravam o trabalho uma atividade indigna. Desde a infância o nobre era preparado para a vida militar⁴⁹.

A vida definitivamente não era fácil. Os humores da natureza determinavam a sobrevivência da maioria. O camponês era o responsável pela alimentação de toda sociedade. A produção era incipiente, pois os instrumentos de trabalho eram pouco desenvolvidos. A fome era uma constante.

São os camponeses que fazem viver os outros, que os alimentam e sustentam, são eles que sofrem os mais graves tormentos, a neve, a chuva, o furacão. Rasgam a terra com suas mãos, com grande sacrifício e muita fome. Levam uma vida bastante rude, pobre, mendicante e miserável. Sem essa raça de homens, não sei verdadeiramente como os outros poderiam viver⁵⁰.

⁴⁷ Cf. BOULOS JÚNIOR, 2004: 12.

⁴⁸ Cf. Idem, Ibidem: 13.

⁴⁹ Cf. Idem, Ibidem: 13.

⁵⁰ OLIVEIRA, 1995: 52.

A classe senhorial consumia com despesas improdutivas os lucros retirados da massa camponesa que ficava limitada a, no máximo, satisfazer suas necessidades essenciais⁵¹. De fato, em muitas localidades a exploração senhorial foi excessiva e o “Ocidente medieval foi em primeiro lugar o universo da fome”⁵².

A fragilidade da técnica e da economia medieval, bem como a impotência dos poderes públicos deixou o homem medieval a mercê dos arbítrios da natureza⁵³. Os produtos eram mal conservados e bastante vulneráveis às destruições naturais ou animais. Os rendimentos eram fracos e as técnicas de conservação tão insatisfatórias que só era possível assegurar o abastecimento até a nova colheita⁵⁴. Agravava a situação dos famintos as inúmeras dificuldades de circulação de bens de consumo diante da descentralização política do reino e da insegurança das estradas. Assim ficava dificultada a tentativa de um abastecimento alimentar emergencial vindo de fora do feudo⁵⁵.

A água potável, antes viabilizada com engenhosidade pelo império Romano, se transformou em raridade⁵⁶. Sem a adequada higiene pública, a penúria medieval foi agravada pelas epidemias e doenças, merecendo destaque a peste negra que causou a morte de milhares de

⁵¹ Cf. LE GOFF, 2005: 224.

⁵² Idem, ibidem: 227.

⁵³ Idem, ibidem: 230.

⁵⁴ Cf. Idem, ibidem: 231.

⁵⁵ “(...) Pensemos na importância dos celeiros, silos, *horrea*, que haviam nas cidades e nas *villas* romanas. A boa manutenção de uma rede de estradas e comunicações, a unificação administrativa permitiam também numa certa medida levar socorro de víveres de uma região de abundância ou de suficiência a uma região de penúria.

De tudo isso quase nada restou no Ocidente medieval. A insuficiência dos transportes e das estradas, a multiplicidade de “barreiras aduaneiras”, taxas e *peagens* pagas a cada pequeno senhor, a cada ponto, a cada ponto de passagem obrigatório, sem contarem os salteadores e os piratas, quantos obstáculos aquilo que até 1798 será chamado na França de *livre circulação de grãos!*” (Idem, Ibidem: 230).

⁵⁶ “O mesmo Pedro Damiano, desgostoso do vinho francês, ajunta: ‘É com grande dificuldade que se encontra neste mesmo país água potável’”. (Idem, ibidem: 232).

peças, inovando apenas no fato de que este flagelo afetou não apenas o camponês, mas todas as classes sociais, sem distinção⁵⁷.

Com a descentralização do poder político, o sistema de punição estatal se tornou impraticável, passando a existir a lei do feudo e a pena pecuniária. A ausência de um poder central forte permitia que qualquer conflito de interesses ameaçasse a paz social, na medida em que parentes e súditos eram automaticamente envolvidos nesses conflitos. “A principal dissuasão para o crime era o medo da vingança pessoal da parte injuriada. O crime era visto como uma ação de guerra”⁵⁸.

A preocupação básica do direito penal, portanto, passou a ser a preservação da paz, conseguida através da arbitragem privada e da imposição de fianças⁵⁹. A composição pecuniária⁶⁰ e a fiança foram os métodos de punição preferidos na Idade Média, mas foram gradativamente substituídos pela punição corporal e a pena de morte, que, por sua vez, em torno do século XVII, cederam espaço à prisão. Essas mudanças nos métodos punitivos têm relação direta com as diferentes fases do desenvolvimento econômico e social⁶¹.

⁵⁷ “Mas, tal qual a servidão, que é outra consequência do pecado original, a fome concentra-se na classe dos servos, limitando-se, salvo exceção, à categoria dos pobres. Esta discriminação social das calamidades, que atingem os pobres e poupam os ricos, é tão normal na Idade Média que todos se espantam quando sobrevém a Peste negra, um flagelo que mata indistintamente pessoas de todas as classes.” (Idem, *ibidem*: 234).

⁵⁸ RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 24.

⁵⁹ Cf. idem, *ibidem*: 23 e 24.

⁶⁰ “Não se pode, contudo, deixar de mencionar a prática da composição pecuniária (*Verhgeld*) trazida pelos germanos, que substituiu, com melhores resultados, a vingança privada, evitando a mortandade entre os grupos ou as famílias em conflito. O *Verhgeld* pode, sem dúvida, ser considerado a origem do instituto da reparação do dano. (...). Nesse procedimento do direito germânico um dos dois adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata a sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra.” (MARQUES, 2008: 46)

⁶¹ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 23.

O valor da fiança variava de acordo com a classe social do malfeitor e do ofendido. Foi a impossibilidade financeira dos infratores das classes subalternas que levou à substituição da fiança por castigos corporais. Nessa época o aprisionamento também era visto como uma forma de castigo corporal⁶².

A incapacidade dos malfeitores das classes subalternas de pagar fianças em moeda levou à substituição por castigos corporais. O sistema penal tornou-se, portanto, progressivamente restrito a uma minoria da população. Esse processo pode ser mapeado em todos os países europeus. Um estatuto de Sion, de 1338, previa uma fiança de vinte libras para os casos de assalto; se o assaltante não podia pagar, devia receber um castigo corporal, como ser jogado numa prisão e passar a pão e água até que algum cidadão intercedesse ou o bispo o perdoasse⁶³.

Segundo LE GOFF, a linguagem sem emoção dos códigos de leis da época impressiona. O historiador cita um trecho da Lei Sálica:

Ter arrancado uma mão de outrem, ou um pé, um olho, ou nariz: 100 soldos; mas apenas 63 soldos se a mão continuar presa ao pulso; ter arrancado o dedo polegar, 50 soldos, mas apenas 30 se permanecer pendente; ter arrancado o dedo indicador (aquele que serve para atirar com o arco): 35 soldos; um outro dedo, 30 soldos; dois dedos ao mesmo tempo: 35 soldos; três dedos ao mesmo tempo, 50 soldos⁶⁴.

Contudo, é importante observar que o preço do resgate pago à vítima não tinha um caráter indenizatório ou reparatório. O agressor não pagava pelo prejuízo causado à vítima, mas sim pela preservação de sua própria integridade, o agressor compensava a vítima pela renúncia ao seu direito de vingança⁶⁵. Direito de vingar-se que era tanto maior quanto maior o prejuízo sofrido.

⁶² Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 25.

⁶³ Idem, *ibidem*: 25

⁶⁴ LE GOFF, 2005: 39

⁶⁵ Citando Foucault, Ana Sofia Schmidt de Oliveria defende a mesma idéia ao afirmar: “ao pagar o preço do resgate, o valor entregue à vítima não tem caráter indenizatório, ou seja, o “culpado” não paga pelo sangue que, da vítima, derramou, mas pelo seu próprio sangue não derramado. Este é o sentido da afirmação de que o contendor compra o direito de vingança.” (SCHIMIDT DE OLIVEIRA, 1999: 30).

Na ausência do Estado ou do poder político centralizado, o direito de fazer justiça com as próprias mãos era reconhecido, embora fosse inconveniente pelo estado de guerra permanente que propiciava. A solução encontrada foi oferecer às partes uma alternativa mais vantajosa e racional do que a emocional vingança: o resgate.

Nesse contexto o resgate não era um direito do ofensor ou da vítima, mas uma alternativa mais interessante que a vingança ou a guerra. Há nesse momento uma coincidência entre os interesses individuais (da vítima e do ofensor) e o interesse coletivo de manutenção da paz na comunidade. Quando há coincidência entre essas duas ordens de interesses, o poder público coercivo não é necessário.

O antigo Direito germânico oferece sempre a possibilidade, ao longo dessa série de vinganças recíprocas e rituais, de se chegar a um acordo, a uma transação. Pode-se interromper a série de vinganças com um pacto. Nesse momento os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate. Não o resgate da falta, pois não há falta, mas unicamente dano e vingança. Nesse procedimento do Direito germânico um dos dois adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra. A interrupção da guerra ritual é o terceiro ato ou ato terminal do drama judiciário do velho Direito Germânico⁶⁶.

A diferença dos conceitos é importante na medida em que pode auxiliar no correto entendimento de institutos atuais como a responsabilidade civil, o dano moral, a pena pecuniária, a reparação do dano, o confisco e a indenização⁶⁷. O termo mais adequado para se referir ao

No mesmo sentido Ana Messuti responde à indagação de Nietzsche, esclarecendo que a reparação do dano não tem qualquer relação com a pena retributiva, baseada na vingança: “A reparação de suas consequências não constitui a pena. Embora possa ocorrer uma coincidência de fato, esta coincidência nunca é conceitual. Por isso à pergunta de Nietzsche – ‘como pode o fazer sofrer ser uma reparação?’ – cabe responder que o fazer sofrer da pena não visa reparar mas castigar.” (MESSUTI, 2003: 21).

⁶⁶ FOUCAULT, 2005: 57.

resgate do Direito Germânico parece ser a composição ou a transação. A adesão das partes envolvidas é voluntária e não há propriamente uma reparação, mas uma compensação pelo mal praticado.

O direito germânico resgatou a vítima como parte, sendo que a pena mais grave consistia na perda da paz (*Friedlosigkeit*), quando era retirado do ofensor a proteção da comunidade, deixando-o a mercê de quem quisesse matá-lo. A pena pública ficou reservada aos traidores, já que o comportamento lesivo afetava a segurança de toda a comunidade⁶⁷. Nos demais conflitos a ofensa se transformava em *faida* ou inimizade do ofensor e sua família com o ofendido e os seus parentes, pois a lesão de um membro sempre afetava a unidade econômica e bélica do clã a que ele pertencia. Essa inimizade poderia ser resolvida com uma composição (*Wergeld*) através de uma reparação pecuniária ao ofendido ou à sua família. Outras possibilidades de solução eram o combate judicial, as ordálias ou o julgamento de Deus. Caso o conflito não fosse solucionado pela composição, pelo combate ou duelo, a família ofendida teria o dever de levar adiante a vingança de sangue (*Blutrache*). Nesse contexto o asilo eclesiástico era útil, pois propiciava

⁶⁷ No mesmo esforço de definição FELIPETO, citando TORNAGHI, apresenta os conceitos de restituição, ressarcimento, reparação e indenização:

“No sentido jurídico, para Hélio Tornaghi há diferença entre restituição, ressarcimento, reparação e indenização. Sua distinção respalda-se na doutrina alemã, que separa o *Shadenersatz*, a *Busse Shmergeld*. Esses seriam, respectivamente, o dano patrimonial direto, o dano patrimonial indireto, que é o prejuízo estimável resultante da inibição provocada pela dor – os chamados *lucros cessantes* em nosso direito – e o dano moral, que é aquele que não resulta em diminuição patrimonial.

A restituição é a forma mais curial de satisfação do dano, restabelecendo-se o estado anterior com a devolução, por exemplo, da *res furtiva*.

O ressarcimento tem conotação mais ampla, pois a restituição não supre a lesão pela falta temporária do bem. Abrange, então, o dano emergente e o lucro cessante, não só do principal, mas também dos acréscimos que adviriam com o tempo e o uso da coisa.

Não podendo ser ressarcível o dano, por não ser possível sua expressão em dinheiro, dada a ausência de caráter patrimonial, ocorre apenas uma compensação, chamada *reparação*. Esta modalidade é comum ao dano moral.

O ressarcimento e a reparação vêm a lume no caso de ilícito pelo particular, ao passo que, quando se fala em ilícito praticado pelo estado, invoca-se a expressão indenização, porque esta repõe o conteúdo de licitude ao ato estatal. É o que acontece, por exemplo, em caso de indenização por erro judiciário.” (FELIPETO, 2001: 25-27)

⁶⁸ A pessoa que simpatizasse com os invasores, por exemplo, oferecia perigo imediato para a segurança do feudo. Vale lembrar que as condições de sobrevivência da maioria da população eram dramáticas, o que facilitava a cumplicidade com o diferente ou com a mudança.

proteção aos ofensores enquanto os ânimos vingativos se amainavam permitindo que alternativas melhores que a vingança fossem encontradas pelas famílias envolvidas⁶⁹.

O direito criminal também tinha o papel de preservar a hierarquia social ao prevenir tensões sociais e prover coesão. As relações entre o senhor feudal e os servos tinham um caráter tradicional e estavam baseadas em institutos jurídicos⁷⁰ que precisavam ser mantidos pela força, já que beneficiavam poucos em detrimento da maioria⁷¹.

Em uma sociedade dominada pela força, pela guerra e pela alta religiosidade, a verdade não era um conceito relevante e, portanto, o sistema de inquérito não existia. Os conflitos entre as pessoas eram regulamentados pelo jogo da prova. A ação penal consistia em um duelo entre indivíduos, famílias ou grupos, sem intervenção de qualquer representante de autoridade. O processo penal aparece então como essa guerra particular, oferecendo o ritual para a luta entre os indivíduos⁷². “O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra”⁷³.

Conforme vimos acima, o antigo direito germânico, além de regulamentar a disputa entre os indivíduos também previa a possibilidade de transação e acordo. Assim a série de vinganças

⁶⁹ Cf. BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR, 2003: 388.

⁷⁰ Os camponeses eram servos da gleba e estava presos à terra, não tinham liberdade para deixar o feudo. No entanto ele não era escravo, pois não podia ser vendido, trocado ou expulso do feudo. Ele também era dono de seus instrumentos de trabalho. Existiam várias obrigações servis: *corvéia* obrigação de trabalhar de graça para o senhor de três a cinco dias por semana; *talha*, obrigação de entregar para o senhor parte do produzido em seu próprio lote, *banalidade*, pagamento em produto pelo uso do forno, do moinho, prensas e equipamentos do feudo; além do dízimo de dez por cento de sua produção à Igreja.

Vilões eram os camponeses que não estavam presos à terra e podiam escolher o feudo onde trabalhar. Embora trabalhassem muito os camponeses eram muito pobres, pois sozinhos eles sustentavam os religiosos e a nobreza e sempre dependiam dos favores da natureza. (Cf. BOULOS JÚNIOR, 2004: 14).

⁷¹ A composição, portanto, acabou ficando restrita às partes iguais em *status* e bens. Quando as partes eram muito desiguais dificilmente poderia haver um acordo, pois o mais forte sempre tinha razão e era o vencedor da disputa. Enfim, não havia interesse (do mais forte) em buscar o acordo.

⁷² Cf. FOUCAULT, 2005: 56 e 58.

⁷³ Idem, ibidem: 56 e 57.

poderia ser interrompida com um pacto, onde aquele que causou a lesão se comprometia a resgatar sua paz por determinada quantia. Há então a presença de uma terceira pessoa: o árbitro, escolhido pelas partes e que determina o valor a ser resgatado⁷⁴.

Portanto, nesse primeiro momento da Idade Média, os conflitos são resolvidos pelas próprias partes, através da luta e pela transação. Na seqüência de uma prova de força há possibilidade de uma transação econômica⁷⁵. Não há uma pesquisa sobre a verdade, mas uma disputa de poder e prestígio.

No direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema de prova (*épreuve*). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade, mas a força, o peso, a importância de quem dizia⁷⁶.

Existiam primeiramente as provas sociais, que revelavam a importância social de cada um dos contendores. A inocência poderia ser auferida pela reunião de um maior número de testemunhas aptas a jurar não ter o acusado praticado o fato. Esses juramentos não testemunhavam o fato causador do dano, mas revelavam a importância social do acusado através da solidariedade que ele possuía em seu meio⁷⁷.

⁷⁴ Cf. Idem, ibidem: 57 e 58.

⁷⁵ “Não se pode, contudo, deixar de mencionar a prática da composição pecuniária (*Verhgeld*) trazida pelos germanos, que substituíam, com melhores resultados, a vingança privada, evitando a mortandade entre os grupos ou as famílias em conflito. O *Verhgeld* pode, sem dúvida, ser considerado a origem do instituto da reparação do dano.” (MARQUES, 2008, p. 46).

⁷⁶ FOUCAULT, 2005: 58 e 59

⁷⁷ Cf. Idem, ibidem: 59.

Outro tipo de prova era a verbal. A acusação deveria ser respondida mediante o uso de determinadas fórmulas. A pronúncia correta das fórmulas determinava o fracasso ou o sucesso da defesa. Tratava-se de um jogo verbal, onde a substituição da parte era possível. É o nascimento da figura do advogado, pessoa responsável por pronunciar as fórmulas no lugar do acusado⁷⁸.

Em terceiro lugar existiam as provas mágico-religiosas do juramento. O acusado devia prestar um juramento e se recusasse ou hesitasse perdia o processo. Por fim existiam as provas corporais chamadas ordálios que imponham a inocência ou culpa pela resistência do corpo a diversos martírios⁷⁹.

Há notícia de uma prova física na época do Império Carolíngio que consistia em fazer o acusado andar sobre ferro em brasa, sendo que se dois dias após o tormento ele ainda apresentasse cicatrizes, perdia o processo. Igualmente famoso é o ordálio da água. Por esta prova a pessoa tinha sua mão direita amarrada ao seu pé esquerdo e era atirada na água. Em caso de morte por afogamento o processo era ganho, pois a água não a teria rejeitado. O acusado poderia dispor de substitutos para a realização dessas provas por ele, desde que sua situação sócio-econômica permitisse essa regalia⁸⁰.

A fim de ilustrar o caráter do direito de guerra regulamentada⁸¹, podemos citar as lutas físicas entre os indivíduos, chamados de Julgamentos de Deus. Se os contendores aceitassem

⁷⁸ Cf. Idem, ibidem: 59 e 60.

⁷⁹ Cf. Idem, ibidem: 60.

⁸⁰ Cf. Idem, ibidem: 61.

⁸¹ “O modelo germânico, reformado localmente, foi próprio do poder feudal. Dentro de tal cosmovisão tudo era *luta* como *paradigma dominante*. O sistema produtivo (fundamentalmente agropecuário ou pastoril e extrativista) representava uma predominante luta contra a natureza, presente na sobrevivência às pestes e às guerras, que investiam contra o humano e o natural; a tecnologia reduzia a guerra a um combate quase corpo a corpo com armas brancas e contundentes; o saber da época refletia essa contenda: para a filosofia e a teologia, a *disputatio* correspondia a uma luta de argumentos e citações entre as partes; a alquimia era um conhecimento em luta contra a natureza; a astrologia era uma luta contra o cosmos para arrancar-lhe os segredos. O natural dentro desse paradigma era, do mesmo modo, que os conflitos fossem resolvidos por meio de luta e o direito se limitasse a garantir a lisura de suas regras.” (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA E SLOKAR, 2003: 389)

poderiam lutar seguindo determinadas regras. Quem ganhasse a luta ganhava o processo, independentemente da verdade de sua pretensão. Aqui também era possível a substituição da parte por um súdito ou vassalo⁸².

O sistema de prova judiciária feudal, portanto, não se preocupava com a pesquisa da verdade, tratava-se de um jogo de disputa de forças onde a solução era binária, impondo sempre ou a vitória ou a derrota. Era o mais forte quem tem razão⁸³. Essa solução do conflito era automática na medida em que não dependia de uma terceira pessoa para ocorrer. O árbitro ou terceiro personagem apenas zelava pela regularidade do procedimento, mas não tinha poder de decisão⁸⁴.

Três circunstâncias principais atuaram contra o caráter privado do direito penal, transformando-o paulatinamente em um instrumento de dominação: o aumento da função disciplinar do senhor feudal em relação aos seus dependentes econômicos; o esforço das autoridades centrais em aumentar sua influência com a ampliação de seus direitos judiciais e o interesse fiscal⁸⁵.

O interesse fiscal de todas as autoridades era bastante relevante na medida em que a administração da justiça se mostrou efetivamente lucrativa através da prática de confiscos e imposição de fianças em adendo às obrigações com a vítima.

⁸² Cf. FOUCAULT, 2005: 61.

⁸³ “(...) nesse mecanismo a prova serve não para nomear, localizar aquele que disse a verdade, mas para estabelecer que o mais forte é, ao mesmo tempo, quem tem razão.” (Idem, ibidem: 62).

⁸⁴ Cf. Idem, ibidem: 61.

⁸⁵ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 25.

Na Toscana e na Alemanha do norte, na Inglaterra e na França, o angariamento de recursos através da administração da justiça criminal foi um dos principais fatores de transformação do direito penal, de uma mera arbitragem entre interesses privados, com a representatividade da autoridade pública apenas na posição de árbitro, para uma parte decisiva do direito público.⁸⁶

Na Idade Média a fé religiosa foi fator de unidade e estabilidade entre os povos e a Igreja teve papel fundamental. Esse domínio religioso merece destaque no ano 800 quando Carlos Magno é sagrado imperador pelo papa Leão III, passando a existir um poder teocrático. O paganismo era inimigo da unidade entre os povos, o que fez com que a heresia fosse considerada um dos crimes mais graves. Qualquer ato de heresia era infração contra o próprio Estado. A Justiça Comum e a Canônica trabalharam juntas para manter a fé, a ordem e a moralidade⁸⁷.

Para o homem medieval o direito de punir era delegação divina sendo que a pena tinha o fim de salvar a alma para a vida eterna. A privação da liberdade viabilizada pela Igreja era uma oportunidade que o condenado tinha de meditar sobre sua culpa e arrepender-se, não tinha caráter de pena⁸⁸. Os conceitos de crime e pecado se confundiam e o criminoso era visto como pecador, cuja salvação para a vida eterna dependia do castigo⁸⁹.

⁸⁶ Cf. Idem, *ibidem*: 26

⁸⁷ Cf. MARQUES, 2008: 47.

⁸⁸ “Ao contrário do que se possa imaginar, a prisão como pena, constitui algo muito recente na História do Direito Penal. Até há pouco tempo, ela só existia como medida processual, ou preventiva, mantendo-se custodiado o réu a espera do castigo, de outra natureza, que lhe seria imposto no julgamento. Era a “prisão processual” de que já falamos. Havia também a odiosa prisão por dívida, que pertencia porém aos domínios do Direito Civil”.

“Ao contrário do Direito Comum, o da Igreja logo adotou a privação da liberdade como pena, recolhendo-se o condenado a uma cela para expiação da falta cometida, para meditação e estudo. Isso acabou influenciando o legislador laico, de tal sorte que, a partir do século XIX e até hoje, as penas privativas de liberdade se acabaram convertendo no eixo central dos modernos sistemas repressivos. Como lembrança da sua origem, nossos presídios conservam o nome de “penitenciárias”, e neles as celas reproduzem as celas monásticas que os mosteiros destinavam às penitências.” (GONZAGA, 1993: 37-38, *passim*)

⁸⁹ Cf. MARQUES, 2008: 48 e 49.

A Igreja Católica procurou humanizar as penas sob o argumento do homem enquanto imagem e semelhança de Deus, do amor à Deus e ao próximo. Assim ela contribuiu para o declínio das ordálias e outras práticas supersticiosas e cruéis, chegando a oferecer asilo para que os criminosos escapassem das torturas e das mortes, apesar das perseguições perpetradas pela Inquisição⁹⁰. De qualquer modo, a religião e o poder político eram ligados e o ato de heresia consistia infração contra o próprio Estado⁹¹.

A filosofia cristã exerceu influência na época. Santo Agostinho (354-430) defendeu a retribuição divina e considerou a punição terrena uma penitência capaz de conduzir o pecador ao arrependimento antes do juízo final. A retribuição deveria ser proporcional ao mal praticado, de modo que o mal da ação fosse expiado pelo mal da pena. A pena também é vista como um ato de compaixão e caridade na medida em que, seu caráter medicinal, viabiliza a salvação futura do criminoso⁹².

Em sua obra *A Cidade de Deus*, Santo Agostinho pregava a retribuição divina e afirmava que a justiça da terra era uma parcela mínima da justiça absoluta. A punição terrena era uma espécie de penitência capaz de conduzir o pecador ao arrependimento antes do juízo final. Para esse pensador existiam três tipos de penalidade: a condenação, a purgação e a correção. Todo homem já estaria condenado por causa do pecado original. A purgação seria temporária, nesta vida e depois da morte, enquanto a pena corretiva traria a emenda do transgressor.

Além de reconduzir o infrator ao bom caminho, a pena intimida o rebanho de fiéis fortalecendo-lhes a fé. Tem ainda um caráter prático na medida em que impede que o criminoso continue a disseminar o mal. A filosofia de Santo Agostinho que serviu de base para a Inquisição já trazia as finalidades da prevenção geral e especial. Cumpre notar que Santo Agostinho era contrário à tortura, método que viria a ser corriqueiro na Inquisição.

⁹⁰ Cf. Idem, *ibidem*: 49 e 50.

⁹¹ Cf. Idem, *ibidem*: 50.

⁹² Cf. Idem, *ibidem*: 53 e 54.

Tendo em vista que na Idade Média o mundo era da cristandade, a Igreja passou a ser o denominador comum da sociedade feudal e foi a primeira a subtrair da vítima o direito de “fazer justiça” ou buscar uma compensação, na medida em que abstraiu o fato criminoso para transformá-lo em pecado, ou seja, em ofensa contra Deus e a Igreja. A vítima, então, já começa a perder seus direitos⁹³ com a retribuição penal canônica e a resposta do crime passa a ser um castigo, um sofrimento. As partes do conflito são abstraídas, o pecado é mais importante que os sujeitos e seu conflito é confiscado para ser solucionado por um terceiro que apresenta uma resposta ao crime distante das necessidades e anseios dos envolvidos com o fato. Esse processo de confisco do conflito penal será agravado no absolutismo, conforme veremos.

Vimos que na Alta Idade Média o conceito de propriedade era desconhecido. A circulação das riquezas se dava pela herança, guerra e rapina, sendo determinante nesse processo o poder das armas. A insegurança e violência generalizada prejudicaram o comércio e impuseram uma economia de subsistência. No direito prevalecia a lei do feudo e as penas pecuniárias. Era instituída uma arbitragem privada, com um sistema de fiança que, na carência financeira do infrator, poderia ser substituída por penas corporais. O crime era visto como uma ação de guerra e as penas pecuniárias não tinham um caráter reparatório ou indenizatório, mas consistiam em uma compensação pela renúncia ao direito de vingança. A composição e a transação eram proveitosas para os interesses das partes e para a coletividade que conseguia manter a paz na comunidade uma vez afastada a possibilidade de vingança. A força e o prestígio determinavam o vencedor das disputas, vigia a lei do mais forte no combate judicial, nas ordálias e no julgamento de Deus. A forte religiosidade ajudou na disseminação do poder da Igreja que logo subtraiu da vítima o direito de fazer justiça e justificou o poder punitivo no direito divino.

⁹³ “Em relação à vítima, o direito penal canônico limitou a vingança de sangue do direito germânico, e seu desenvolvimento é um das principais causas da transmutação do papel da vítima que, de sujeito central do conflito penal, passa a ser vista sob um enfoque utilitário, como mero repositório de informações. Começa a marcha rumo ao ostracismo.” (SCHMIDT DE OLIVEIRA, 1999: 31 e 32).

O espaço do homem da Idade Média era o campo, a natureza e seu tempo também era determinado pelas imposições climáticas que condicionavam suas atividades e davam ritmo à vida natural. Na economia de subsistência a sobrevivência é a preocupação de todos que diante de um contexto hostil cultivam princípios de solidariedade e cooperação. O trabalho é valorizado como um fim em si mesmo, uma vocação divina, seu valor independe de sua produtividade. O tempo é de Deus. A vida e o corpo do homem têm valor na luta pela sobrevivência, pois a natureza indomada já se encarrega de eliminar os mais frágeis. Os direitos decorrentes do nascimento não são questionados, pois na sociedade medieval há um conformismo religioso de aceitar cada qual o seu destino e desempenhar sua específica função social. A responsabilidade pela solução dos conflitos é dos interessados e diretamente envolvidos na questão.

II.2. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS NA IDADE MÉDIA CLÁSSICA E BAIXA

Conforme pudemos observar no capítulo anterior, a economia de subsistência instaurada na Alta Idade Média trouxe graves problemas à sociedade. A dependência do homem aos humores da natureza estabeleceu a fome como possibilidade constante. O isolamento dos feudos e a situação precária das estradas só agravaram essa situação, na medida em que o comércio dos bens essenciais era uma atividade de risco.

A necessidade de sobrevivência exigiu a superação desse estilo de vida e aos poucos a figura do mercador se inseriu na sociedade e fomentou transformações sociais importantes. Pouco a pouco diminuíram os enormes riscos do transporte e a comunicação entre os feudos melhorou. Os mercadores aproveitaram a demanda e reforçaram suas atividades. O resultado foi uma melhora na qualidade de vida da população com a conseqüente diminuição da taxa de mortalidade.

A Igreja teve uma importante participação nesse processo, pois no feudalismo todo reino era parte de uma unidade mais ampla e universal: o reino da cristandade, o que impunha uma subordinação do monarca à Igreja. Não bastava a obediência ao monarca e ao senhor feudal, era preciso obedecer aos padrões morais e religiosos da Igreja⁹⁴. Foi a fé cristã que determinou a unidade e a estabilidade entre os povos⁹⁵.

A Santa Inquisição foi criada na Idade Média, durante o século XIII, sob os ditames da Igreja Católica Romana. Ela era composta por Tribunais que julgavam todos aqueles considerados uma ameaça ao Direito Canônico, aos dogmas e valores defendidos pela Igreja. Bastava mera denúncia anônima para que a pessoa se tornasse suspeita, fosse perseguida e condenada. As pessoas estavam sujeitas desde prisão temporária ou perpétua até a pena de morte na fogueira, onde os condenados eram queimados vivos em plena praça pública.

⁹⁴ Cf. FREITAS, 2001: 9.

⁹⁵ Cf. DUEK MARQUES, 2008: 47.

O processo inquisitivo imperava e o acusado não tinha sequer o direito de saber quem fez a denúncia e exatamente qual sua falta. Aos poucos essa forma de julgamento foi se espalhando pela Europa e o período ficou conhecido como sombrio. Gênios da humanidade foram censurados por defenderem idéias contrárias à doutrina cristã. Um dos casos mais conhecidos envolveu o astrônomo italiano Galileu Galilei, que escapou da fogueira por afirmar que o planeta Terra girava ao redor do Sol (heliocentrismo).

Os métodos da Santa Inquisição em todos os lugares onde passou sempre foram os mesmos: segredo das apurações, acolhimento de notícias imprecisas de atos proibidos, a confissão como prova máxima e geralmente obtida mediante tortura.

O que atualmente é considerado degradante, cruel e desumano, todavia, naquela época revelava-se apenas como um procedimento burocrático normal da Justiça do Antigo Regime. É preciso, portanto, estudar os relatos históricos tendo em mente que tudo se passava em outro contexto social, onde vigiam outros valores. A Igreja não era a única atrasada em princípios de dignidade humana.

Com o homem medieval o politeísmo acaba e o poder passa a derivar de um Deus único. O direito de punir também passa a ter uma delegação divina. A expiação pretendia salvar a alma para a vida eterna. A privação da liberdade era uma oportunidade concedida ao infrator para refletir sobre sua culpa e arrepender-se. Ocorria, portanto, uma grande confusão entre crime e pecado. O criminoso era o pecador que por meio da pena estaria salvo para a vida eterna.

A Igreja, que detinha o mandato divino, unida com o poder estabelecido, dominou a Europa com o direito canônico durante quase toda a época medieval. A união dos dois poderes (da Igreja e do rei) garantia a fé, a ordem e a moralidade pública.

Embora os historiadores ressaltem os aspectos cruéis das práticas da Inquisição, é correto dizer que a Igreja humanizou o direito penal da época, com a instituição do asilo religioso (eximia os culpados de torturas e mortes) e das Tréguas de Deus. Ela também combateu a práticas supersticiosas trazidas pelos povos germânicos⁹⁶.

Em várias circunstâncias a Igreja protegeu os mercadores⁹⁷. Na verdade, o comércio na Idade Média consistia em uma atividade de alto risco e extremamente necessária à sobrevivência da sociedade, cuja economia de subsistência colocava as pessoas reféns dos favores da natureza e sem reservas suficientes. O trabalho dos mercadores, trazendo para os feudos os alimentos necessários em caso de uma má colheita local, salvava muitas vidas e fornecia ao clero bens e conforto. Isso explica porque os mercadores eram considerados bons cristãos⁹⁸. S. Tomás de Aquino⁹⁹, expoente da filosofia cristã da época, declara:

Se alguém se entrega ao comércio tendo em vista a utilidade pública, se se quer que as coisas necessárias à existência não faltem no país, então o lucro, em lugar de ser visto como um fim, é somente reclamado como remuneração do trabalho.

⁹⁶ Cf. GONZAGA, 1993.

⁹⁷ “A partir de 1074 o Papa Gregório VII ordena a Felipe I, rei de França, que restitua aos mercadores italianos vindos ao seu reino as mercadorias que mandará confiscar. (...). E em 1263 ainda o bispo de Dinant manda edificar um armazém para proveito e utilidade de toda gente e sobretudo para os mercadores. Os manuais de confessores citam os mercadores entre as pessoas que podem ser dispensadas do jejum ou da observância do repouso dominical, quer por os seus negócios não poderem sofrer atrasos, quer por as fadigas das viagens lhes tornarem penosas as privações. Os esforços da Igreja com vista a obter a cessação das guerras privadas, o fim das lutas entre príncipes cristãos, todo o movimento tendente a impor as “tréguas de Deus”, a “paz de Deus, não objetivam senão favorecer a actividade dos mercadores, sendo esse objetivo por vezes explicitamente expresso.” (LE GOFF, 1982: 59)

⁹⁸ Cf. Idem, ibidem: 59.

⁹⁹ Como expoente da segunda fase da filosofia cristã medieval, Santo Tomás de Aquino (1225-1274) desenvolveu a teoria da delegação divina que mais tarde foi utilizada no absolutismo. Sua justiça penal também era retributiva e comutativa e tinha um caráter de intimidação. A vida em sociedade exigia uma disciplina dos homens na prática do bem, facilitada pelo temor ao castigo e o poder coercitivo do Estado. Ele defende a pena de morte com o intuito de preservar a comunidade. Para o filósofo cristão, com o pecado o indivíduo perde a dignidade humana e cai na escravidão dos animais, o que permite que os demais possam dispor dele como convier (Cf. MARQUES, 2008: 57).

(...)

Essa noção é já esboçada por Thomas de Cobham no princípio do século XIII, que diz no seu Manual de confissão: “Haveria grande indigência em muitos países se os mercadores não trouxessem o que abunda num lugar para outro onde faltam essas mesmas coisas. Por isso eles podem, com toda a justiça, receber o preço do seu trabalho¹⁰⁰”.

Há, portanto, uma grande mudança na mentalidade da época¹⁰¹ ao assimilar o comércio internacional, que passa a ser uma “necessidade querida por Deus”¹⁰². Progressivamente as comunicações terrestres e marítimas foram melhoradas e muitas cidades se desenvolveram¹⁰³. Alguns camponeses excessivamente explorados pelos senhores feudais passaram a migrar para as cidades em busca de trabalho. As condições de vida melhoraram e a população cresceu¹⁰⁴.

Porém, com o desenvolvimento do comércio, a Igreja passou a adotar uma postura crítica contra o mercador, cujas atividades começavam a ser muito mais complexas que o mero transporte e troca de mercadorias. Essa mentalidade é exemplificada em uma frase famosa de um “aditamento ao decreto de Graciano, monumento do direito canônico no século XII: “*Homo mercator nunquam aut vix potest Deo placere*, o mercador não pode agradar a Deus – nunca, ou muito raramente”¹⁰⁵.

¹⁰⁰ LE GOFF, 1982: 63.

¹⁰¹ “A segunda noção resulta do reconhecimento da interdependência dos países e das nações do ponto de vista econômico. Evolução capital. Depois do pensamento autárquico da Alta Idade média, que considerava a necessidade das trocas exteriores como uma deficiência, uma anormalidade econômica, acaba por se acreditar na necessidade e na utilidade dessas trocas. É a descoberta do que virá a ser o princípio fundamental da livre troca, do capitalismo liberal.” (Idem, ibidem: 63).

¹⁰² Idem, ibidem: 64

¹⁰³ Cf. FREITAS, 2001: 12.

¹⁰⁴ Cf. Idem, ibidem: 12.

¹⁰⁵ LE GOFF, 1982: 55.

Nesse contexto, S. Tomás de Aquino afirma que “o comércio, considerado em si mesmo, tem um certo caráter vergonhoso – *quandam turpitudinem habet*”¹⁰⁶ e explica que o comércio “é justamente censurado porque consiste propriamente na satisfação da cobiça do lucro que, longe de conhecer limites, se estende até ao infinito”¹⁰⁷.

Os mercadores e os banqueiros cometem um dos pecados capitais: a cobiça, pois suas atividades visam sempre o lucro, a riqueza. Especialmente a usura é condenada pela Igreja, que entende por usura todo o contrato que implique o pagamento de juro. Esse juízo encontra embasamento em textos sagrados, no Antigo e no Novo Testamento¹⁰⁸.

Segundo a Igreja, aquele que empresta dinheiro não realiza um verdadeiro trabalho, mas explora o trabalho de outrem, na medida em que não transforma uma matéria nem cria um objeto. A idéia de que o tempo possa gerar dinheiro é igualmente condenada, pois o tempo é de Deus¹⁰⁹. O dinheiro deveria servir apenas para facilitar as trocas, sendo seu acúmulo contra a natureza.

Assim, considerava-se anticristão e contrário à ética que um comerciante procurasse atrair para si os fregueses de outro pela redução dos preços ou por qualquer outro atrativo. Na quinta edição do *Complete English Tradesman* (1754) se diz que, desde a morte do autor, Daniel Defoe, em 1731, ‘esse costume de vender a preços baixos chegou a extremos tão vergonhosos, que indivíduos particulares anunciavam publicamente que venderão a baixo preço o resto da mercadoria.’ Nessa mesma edição é citado um caso concreto em que

¹⁰⁶ Idem, ibidem: 55.

¹⁰⁷ Idem, ibidem: 56.

¹⁰⁸ “Dois deles são inequívocos a esse respeito, um tirado do Antigo Testamento, outro do Novo. O primeiro extraído do Deuteronômio (XXIII, 19-20 completando, aliás, um texto do Êxodo XXII, 25, e um do Levítico XXV, 35-37), declara: “Não exigirás do teu irmão juro nenhum, nem por dinheiro nem por viveres, nem por nenhuma coisa que se preste ao pagamento de juros”. As palavras do Novo Testamento são colocadas na boca do próprio Cristo, que diz aos seus discípulos: “Se vós só emprestais àqueles de quem esperais restituição, que mérito tendes? Porque os pecadores emprestam aos pecadores com o fim de receberem o equivalente (...). Emprestai sem nada esperar em troca e vossa recompensa será grande” (Lucas, VI, 34-35)” (Idem, ibidem: 56-57).

¹⁰⁹ “Mais grave talvez, porque põe em jugo estruturas mentais ainda mais complexas e mais fundamentais, é a concepção cristã do tempo. Em S. Tomás e noutros teólogos e canonistas encontra-se, com efeito, o argumento de que, pela prática do juro, se “vende o tempo”. Ora, este não pode ser uma propriedade individual. Só pertence a Deus.” (Idem, ibidem: 58).

‘um comerciante abastado’, que possuía mais dinheiro que seus competidores e que, portanto, não tinha necessidade de recorrer ao crédito, comprava seus artigos diretamente ao produtor, transportava-os ele próprio, em vez de empregar um intermediário, e os vendia diretamente ao varejista, permitindo a este vender o material um pence mais barato por jarda. Comenta o *Complete English Tradesman* que o resultado por todo esse método não é outro que o de enriquecer esse ‘homem ambicioso’ e permitir aos demais comprarem o tecido um pouco mais barato, uma ‘vantagem muito pequena’ que não guarda relação com o dano causado aos demais homens de negócios. Encontramos proibições análogas em regulamentos alemães e franceses durante todo o século XVIII.

As atitudes acima mencionadas se baseiam em princípios que haviam determinado a vida do homem durante muitos séculos. O mais importante deles era o de que a sociedade e a economia existem para o homem, e não o homem para eles¹¹⁰.

Quando a Igreja recusa o valor do crédito e o condena, o pensamento cristão se afasta da evolução econômica¹¹¹. A consequência dessa postura, conforme veremos, será a Reforma religiosa nas regiões da Europa em que o capitalismo prosperou primeiro, ou seja, onde hoje é a Holanda, Alemanha, Inglaterra e, na seqüência, França. Nesses países a Igreja católica nunca mais recuperou o mesmo prestígio ou espaço na sociedade.

A concepção do trabalho e da produção das corporações de ofício decorria do contexto histórico, cultural e econômico predominante na maioria das regiões, pelo menos até meados do século XIII e o início do século XIV. Nesse período, portanto, a economia não era o dado essencial de preocupação da sociedade medieval; o pensamento e as atitudes tinham como princípio o mínimo necessário para a vida social, e não o aumento do nível de vida; o exercício de uma profissão não existia para ganhar dinheiro, mas para atender uma vocação dada por Deus; o trabalho era uma responsabilidade cristã, e não necessariamente o ganha-pão. Na vida social o auxílio mútuo dominava a conduta, excluindo-se a concorrência comercial e buscando-se a união entre os mestres (também chamados de patrões) e os trabalhadores¹¹².

¹¹⁰ FROMM, 1983: 92.

¹¹¹ “Na mesma linha que o Estagirita, S. Tomás de Aquino e Gilberto de Lessines defendem que o dinheiro deve servir para favorecer as trocas e que amontoá-lo, fazê-lo frutificar por si só é uma operação contra a natureza. “Em lugar de movimentar os bens necessários à vida, acumula-se com um espírito avaro”, diz Gilberto de Lessines. (...). Porque esta teoria da moeda, ao negar o valor do crédito, provoca um divórcio entre o pensamento cristão e a evolução econômica”. (LE GOFF, 1982: 57).

¹¹² PISTORI, 2007: 107

O crescimento populacional levou ao aumento da oferta de mão-de-obra nos campos, permitindo aos senhores de terra piorar a qualidade de vida de seus camponeses e aumentar seu lucro. A economia, que até então era de subsistência, passou a viabilizar a agricultura como negócio lucrativo e a terra se transformou em bem ainda mais valioso¹¹³. Todas as terras foram ocupadas e exploradas, mas a produção agrícola não acompanhou o crescimento populacional e a fome mais uma vez se fez presente com o agravamento do êxodo rural¹¹⁴.

Nesse contexto, a situação social das classes menos favorecidas piorou bastante e a população urbana cresceu junto com a quantidade de desempregados e miseráveis. A transformação na forma de produção aumentou a opressão dos assalariados urbanos e rurais gerando acentuada queda nos salários.

As pesquisas de Beissel, Wiebe e outros indicam que os salários reais diminuíram de um índice de 100, no período compreendido entre 1450 a 1499, a um índice de 48 no período de 1550 a 1559. Já nessa época ocorreram conflitos considerados característicos do século XIX: greves por aumento de salários, boicotes de operários e *lock-outs* patronais¹¹⁵.

As cidades não comportavam a enorme imigração e fecharam suas portas para os estrangeiros que não conseguiam cidadania. Forçados a permanecer nas estradas muitos imigrantes tornaram-se errantes, vagabundos e mendigos. Seu único recurso era integrar os grupos de mercenários que começavam a surgir. As autoridades dos reinos passaram a ver nesses grupos de mercenários a possibilidade de um barato suprimento de soldados, o que tornou os cavaleiros supérfluos e prejudicou seus ganhos já enfraquecidos com a diminuição da arrecadação dos tributos, que em função da crise deixaram de ser pagos pelos camponeses¹¹⁶.

¹¹³ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 27.

¹¹⁴ Cf. Idem, ibidem: 28.

¹¹⁵ Cf. Idem, ibidem: 31

¹¹⁶ Cf. Idem, ibidem: 29.

(...). Muitos desses cavaleiros hereditários e sem terra assumiram a liderança da rapinagem, assim como seus súditos estavam fazendo, em escala menor. A diferença principal era que os camponeses despossuídos tinham que roubar abertamente, enquanto os cavaleiros podiam esconder suas intenções sob o pretexto legítimo de fazer a guerra ou vingar as massas depauperadas pelos mercadores ricos das cidades que tinham ‘arruinado as massas fisicamente, economicamente ou moralmente, e por quem eles pressentiam que seriam atacados¹¹⁷.

Na esperança de baixar a taxa de natalidade medidas como a proibição de casamentos foram tomadas, mas só fizeram aumentar o número de crianças ilegítimas¹¹⁸.

O aumento dos conflitos sociais levou à criação de leis penais mais severas direcionadas às classes menos favorecidas. O sistema de penas continuou prevendo as fianças e as penas corporais, mas as variações no tratamento dos diferentes delinqüentes e delitos se acentuaram e muitos acordos privados envolvendo atos desonestos como o furto deixaram de ser permitidos. A desonestidade não era considerada a partir do prejuízo sofrido, mas sim considerando a pessoa que furtou ou danificou. Recebiam tratamento bem mais severo os agentes de baixo *status* social. Ao mesmo tempo o direito proporcionou vastas imunidades para o infrator das classes dominantes. A posse de riquezas garantia a substituição da pena de morte e dos castigos corporais pela fiança ou, nos casos mais graves, pelo banimento¹¹⁹.

A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juízes e oficiais de justiça. Na prática, era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição dos pobres. Quando o crime crescia entre as massas, as diferenciações na punição tornavam-se mais marcantes¹²⁰.

¹¹⁷ Idem, ibidem: 29

¹¹⁸ Cf. Idem, ibidem: 29.

¹¹⁹ Cf. Idem, ibidem: 32- 35.

¹²⁰ Idem, ibidem: 31

O exílio, também bastante aplicado no período tinha conseqüências muito diferentes dependendo do *status* do infrator. Os mais pobres, ao serem exilados podiam escapar da morte imediata, mas por vezes vivenciavam prisão perpétua com trabalho escravo nas galés. Já o exílio dos ricos repercutia como uma viagem de estudos, implantação de negócios no exterior ou até mesmo serviço diplomático, com previsão de breve e glorioso retorno¹²¹.

O direito romano também influenciou profundamente a cultura jurídica da Idade Média e seu prestígio aumentou junto com o fortalecimento das relações comerciais, pois a estabilidade proporcionada por ele favorecia os negócios burgueses com grande vantagem em relação ao direito costumeiro e arbitrário¹²².

O instituto da propriedade privada oriundo do direito romano logo interessou à burguesia que tratou de restaurar boa parte do direito civil romano. A burguesia também impulsionou a criação do direito comercial na busca da previsibilidade, imparcialidade, sistematicidade que favoreciam os negócios mercantis¹²³.

Para a angústia da burguesia emergente, o maioria dos crimes praticados eram contra a propriedade, justamente por aqueles que não detinham propriedade alguma, de modo que a fiança era inviável. A legislação passou a ser francamente contra as classes subalternas. A pena de morte e a mutilação grave deixaram de ser usadas somente para casos extremos e passaram a ser as medidas mais comuns. Na Inglaterra, durante o reinado de Henrique VIII, aproximadamente 72 mil infratores foram enforcados. No reinado de Elizabeth vagabundos eram pendurados em fila de trezentos a quatrocentos ao mesmo tempo¹²⁴.

¹²¹ Cf. Idem, *ibidem*: 38 e 39.

¹²² Cf. FREITAS, 2001: 14.

¹²³ Cf. Idem, *ibidem*: 15.

¹²⁴ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 37.

A ascensão da burguesia acarretou, em particular, um tratamento rigoroso aos crimes contra o patrimônio, como por exemplo o latrocínio, o que se explica pela ameaça que este tipo de delito representava à segurança das relações mercantis¹²⁵.

Conforme podemos perceber, o poder econômico já determinava a política criminal. O excesso de oferta de trabalhadores e a queda no preço da mão-de-obra fez com que a vida humana perdesse o valor e o sistema penal passou a ser usado como meio de controle de crescimento populacional, eliminando os indesejáveis¹²⁶. Nessa época, além de inúmeras penas capitais temos uma crueldade extrema nas execuções. A pena de morte é tão freqüente que a atração passa a ser o modo de executá-la, com a maior crueldade possível¹²⁷.

Nesse mesmo período grandes fortunas foram acumuladas com a exploração das massas depauperadas. Os empresários dos diversos ramos da indústria tinham à sua disposição força de trabalho suficiente e barata, de modo que o final do século XV presenciou o crescimento do capital¹²⁸.

Se no começo da Idade Média, o capital era um adendo e acompanhava o trabalho pessoal de trabalhadores qualificados e artesãos, no século XV o capital deixa de ser subordinado ao trabalho e torna-se senhor, com vitalidade própria e papel predominante na direção da ordem econômica¹²⁹.

¹²⁵ FREITAS, 2001: 16

¹²⁶ “Todo o sistema penal da Baixa Idade Média deixa claro que não havia escassez de força de trabalho, pelo menos nas cidades. Como o preço da mão-de-obra baixou, a valorização da vida humana tornou-se cada vez menor. A luta renhida pela sobrevivência moldou o sistema penal de tal forma que este se constituiu num dos meios de prevenção de grandes crescimentos populacionais. Von Hentig corretamente aplica a idéia de seleção para o sistema penal, mostrando que o sistema agia como um tipo de terremoto artificial, destruindo aqueles que as classes altas consideravam inadequados para a sociedade.”. (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 39).

¹²⁷ A pena incidindo sobre o corpo do condenado é descrita com detalhamento por Foucault ao narrar a execução de Damians na França do século XVIII. (Cf. FOUCAULT, 2001: 9 e 10).

¹²⁸ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 30.

¹²⁹ Cf. Idem, ibidem: 30.

Essa nova perspectiva do capital manteve as instituições existentes, mas transformou seu espírito e suas práticas. Um exemplo disso são as guildas¹³⁰, que deixaram de ser um entrave para se transformar em instrumento de dominação do capitalista e garantia de privilégios¹³¹.

Diante do exposto nesse capítulo podemos concluir que nas últimas fases da Idade Média o conceito de propriedade foi recuperado do direito romano, assim como o direito comercial foi desenvolvido a fim de proteger os interesses dos mercadores cujas atividades estavam em expansão. Se no início a Igreja protegeu os mercadores considerando a importância e os perigos de sua atividade, a crítica e a condenação acabaram predominando, afastando a Igreja da evolução econômica. A Igreja condenava a cobiça e o lucro ilimitado e era contra o crédito, pois o tempo pertence a Deus e não pode gerar dinheiro. Enquanto isso a administração institucionalizada da Justiça gerava renda através das fianças e era um poderoso instrumento de controle social com as medidas punitivas corporais destinadas aos mais pobres. O êxodo rural e o crescimento populacional fizeram com que a vida humana perdesse o valor multiplicando as penas de morte e transformando o direito penal em um instrumento de controle do crescimento populacional. O poder econômico já começava a determinar a política criminal de eliminação do indesejável.

¹³⁰ “As guildas, corporação artesanal ou corporações de ofício, eram associações de artesãos de um mesmo ramo, isto é, pessoas que desenvolviam a mesma atividade profissional que procuravam garantir os interesses de classe e regulamentar a profissão. Ocorreram na Europa, durante a Idade Média e mesmo após. As primeiras guildas surgiram para direito do trabalhador (o mais antigo testemunho das guildas chegado a nós data de 779 d. C., mas as fontes não conseguem confirmar o local onde surgiram). Apesar de a maioria das guildas limitar-se às fronteiras da cidade ou comuna, algumas formaram-se sobre espaço geográfico amplo, por vezes uma nação inteira. Os aprendizes iniciavam seu treinamento ainda na infância, quando passavam para a tutela de um mestre; com o tempo e longo aprendizado, podiam chegar a mestres também, se fossem aprovados num exame da corporação (a obra-prima). Normalmente os aprendizes eram filhos ou parentes do mestre. Eles trabalhavam recebendo, em troca, comida, moradia, etc. Os mestres eram os donos das oficinas, devidamente licenciados como sábios na atividade.” (WIKIPÉDIA. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em :<http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Guilda&oldid=13557464>. Acesso em: 18 fev. 2009)

¹³¹ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 30.

Capítulo III – ORIGEM E EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

III. 1. RESNASCIMENTO E REFORMA RELIGIOSA

Com o fim da Idade Média a visão religiosa de mundo da nobreza e do clero é substituída pela visão da burguesia, o que coloca o homem no centro do universo (conceito antropocêntrico), com novas possibilidades para o pensamento político, religioso e para o desenvolvimento das ciências¹³². Contudo, a passagem do mundo medieval para o moderno é gradativa e baseada no lento processo de desintegração do sistema feudal, cujas bases econômicas foram abaladas, conforme já vimos, pela expansão comercial ocorrida na Europa a partir do século XII. Chama-se de História Moderna o período entre a crise do feudalismo (século XV) e o capitalismo industrial (século XVIII)¹³³.

O Renascimento¹³⁴ trouxe uma ruptura com a tradição feudal teocêntrica e imobilista¹³⁵ e um retorno renovado da cultura greco-romana lapidado pelas perspectivas e estímulos sociais e políticos da burguesia, classe social emergente composta pelos habitantes das cidades. Assim a revolução comercial levou à transformação da economia semi-estagnada e predominantemente de subsistência da Idade Média para o regime capitalista dinâmico e de âmbito mundial dos tempos modernos.

¹³² Galileu Galilei (1564-1642) confirmou a teoria do heliocentrismo, formulada pelo astrônomo polonês Nicolau Copérnico, quando a Igreja e a ciência da época defendiam justamente o contrário, que o Sol girava ao redor da terra (geocentrismo). A Igreja ainda se preocupava com o fato de que Galileu escrevia suas obras em italiano, língua do povo e não em latim, língua científica.

¹³³ As principais características desse período foram: economia do mercantilismo; diminuição do poder político da Igreja, questionamento dos dogmas religiosos e valorização da razão pelo método experimental; colonização e intensa produção intelectual e artística. (Cf. MOTA, 1986: 02)

¹³⁴“O Renascimento foi o início de um processo de renovação cultural que se desenvolveu durante os séculos 15 e 16 e que teve profundas repercussões em toda a Idade Moderna. Esse movimento que teve por base o crescimento gradativo da burguesia comercial e financeira, inspirou-se na retomada da cultura clássica (greco-latina), pouco valorizada durante a Idade Média, e atingiu praticamente todos os campos da atividade humana – literatura, educação, filosofia, artes plásticas, política, historiografia, ciência.” (Idem, ibidem: 3).

¹³⁵Sociedade rigidamente dividida em três classes: clero, nobreza e povo.

Uma grande mudança de valores ocorreu na sociedade nesse período. Já vimos que o teocentrismo foi substituído pelo antropocentrismo e trouxe conseqüências. Se na Idade Média o tempo era de Deus, sendo considerado pecado a usura, agora, o tempo passa a ser do homem, cabendo-lhe usá-lo em seu proveito da melhor forma possível. A razão passa a ser tão importante quanto a fé e a preocupação com o coletivo é substituída pelo individualismo crescente. O corpo deixa de ser fonte do pecado para se tornar fonte de prazer e beleza¹³⁶.

Merece destaque essa nova idéia de tempo que surge nesse período. Se o homem da Idade Média tinha sua rotina determinada pelos humores da natureza e, portanto não se preocupava em medir o tempo; o crescimento do comércio e das cidades mudou essa situação. O artesão passou a ter prazo certo para entregar seu produto e o preço era estabelecido dependendo do pagamento ser à vista ou à prazo, assim como os juros do empréstimo variavam de acordo com sua duração. Portanto, dividir e controlar o tempo se tornou uma necessidade do novo estilo de vida e relógios públicos foram instalados nas cidades em pleno desenvolvimento.

(...) surgiu na Europa um instrumento que representava muito bem o passar do dia: o relógio. (...). O crescimento das cidades e do comércio favoreceu a organização de uma vida ritmada, marcada pelas horas. O trabalho na cidade não precisava seguir o fluxo da natureza. (...). Ganhar ou perder tempo são expressões típicas da sociedade moderna.¹³⁷.

Essa transformação na concepção do tempo será decisiva para a instituição da pena de prisão, que retira do condenado a presença pública e a autonomia na administração de seu tempo. Todavia, é preciso notar que, diante dos enormes relógios públicos controlando a dinâmica da vida, seguidos pelos relógios de bolso e finalmente pelos relógios de pulso, como algemas de uma vida que não espera a vontade, mas exige a todo momento a ação com finalidade produtiva, poucos são senhores de seu tempo e muitos são seus servos. De modo que a prisão será um instrumento de coerção, condicionamento e educação para a vida cronometrada da sociedade

¹³⁶ Cf. BOULOS JÚNIOR, 2004:144.

¹³⁷ THEODORO, Janice. *Descobrimientos e Renascimento*, p. 46-7; in BOULOS JÚNIOR, 2004: 144-5.

capitalista. O sino da Igreja perde seus súditos para a precisão racional do relógio burguês¹³⁸. Afinal, tempo é dinheiro e se o infrator pobre não tem dinheiro, que perca seu tempo em benefício do desenvolvimento da nação.

¹³⁸ “Coube aos alemães, este povo diligente tiranizado pelo trabalho, inventar o relógio mecânico por volta de 1200, pois o braço do sineiro lhes pareceu imperfeito para atender as crescentes necessidades da labuta diária. A amplitude e diversidade do artesanato exigia um marcador do tempo mais preciso, visto que a clepsidra, o relógio d'água que conheciam, era-lhes inútil nas épocas mais duras do inverno. Confiaram desde então tudo a um pêndulo, num maquinismo composto pelo motor, pelo balancim e pelo escapo, que determinava, com a máxima certeza alcançada naquela época, as obrigações rotineiras de todos.

Mas afinal o que estava por detrás da luta do relógio e o sino? Enquanto um lembrava as orações e preces marcando o tempo de um mundo contemplativo; o outro, preciso, exato, exigente, era expressão do mundo ativo. O pároco e o burguês, cada um com o seu medidor, lutavam pelo controle do tempo. Conforme as cidades foram enchendo-se de comerciantes, de mercadores, de banqueiros, de fabricantes, de mestres-artesãos e seus aprendizes, mais o relógio se fez presente e menos o sino era usado. Tão necessário ele se tornou que, desde o surgimento do "Ovo de Nuremberg" em 1542, milhares adotaram um relógio de parede em seus lares e em suas oficinas. Foi assim que preparou-se o caminho para que a fábrica superasse o mosteiro.

Com o passar dos anos surgiram dois universos temporais distintos. O sino continuou reinando no campo e nos momentos solenes das coletividades, o relógio imperou cada vez mais sobre as cidades, onde aperfeiçoaram-no ainda mais. Com a revolução industrial e a concorrência cada vez mais acelerada entre os agentes econômicos, o tempo virou dinheiro. Nada mais podia perder-se. Para atender esta volúpia do homem moderno pela precisão e pelo número, inventou-se o cronometro para marcar-se com exatidão até os segundos. Em menos de cinco séculos, enquanto o sino viu minguar a sua importância, o relógio deixou o alto das torres e a parede das casas e afirmou-se no pulso das gentes, criando então um paradoxo: quanto mais gente os usa mais lhes assoma a sensação de terem pouco tempo.

O capataz, o chefe de escritório, o gerente, todos armados de relógios e de cronômetros, tornaram-se os disciplinadores das massas nas sociedades industriais de hoje. Para atazaná-las ainda mais, inventou-se um desconstrutor de sonhos: o despertador, sonoro pequeno porrete que agride com louca estridência as últimas profundezas do cérebro adormecido para fazer com que a pontualidade entrasse no rol das virtudes, e o atraso no dos pecados. Aquilo que surgiu para emancipar o homem dos badalos do sino, gradativamente tornou-se um tirano, o Grande Irmão que se faz presente em todos os momentos da vida, não dando folga nunca, não afrouxando jamais.” (“*O sino e o relógio*”, artigo encontrado no site <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/artigos/sino.htm>, em 3 de maio de 2009, sem autoria declarada).

Veremos mais adiante com a reforma religiosa que outros valores importantes foram alterados e trouxeram conseqüências diretas ao direito penal. A caridade, tão cultivada pela Igreja como garantia dos favores divinos na vida eterna, perdeu espaço e a mendicância, ainda que pacífica, passou a ser vista como crime grave em uma sociedade ansiosa por braços produtivos.

Mas não é apenas a caridade que perdeu terreno, a preocupação com o coletivo e com o sofrimento alheio feneceram em troca do individualismo e do culto ao ego com a justificativa da ética protestante do merecimento. Se no feudalismo era previsível que um nobre cedesse suas reservas de grãos aos seus camponeses famintos, em uma ano de colheita difícil, com os novos valores, esse tipo de consciência social deixou de existir, pois o acúmulo de capital passou a ser imprescindível para o desenvolvimento econômico da nação.

As cidades do norte da Itália foram o berço do Renascimento¹³⁹, em especial Veneza, Gênova, Nápoles e Pisa que conquistaram suas riquezas através do comércio com o Oriente. Já Florença e Bolonha prosperaram com o comércio entre a Europa do sul e a do norte. Famílias milionárias governaram essas cidades.

Os principais autores¹⁴⁰ que abordaram a filosofia do direito ou a punição nesse período foram: More (1478-1535), Campanella (1568-1639) e Maquiavel (1469-1527). Embora Hobbes

¹³⁹ Os pintores renascentistas italianos se destacaram, entre os maiores nomes estão Giotto (1267-1337), Sandro Botticelli (1444-15110), Leonardo Da Vinci (1452-1519), Rafael de Sanzio (1485-1520) e Michelangelo Buonarroti (1475-1564)". (Cf. BOULOS JÚNIOR, 2004: 148).

¹⁴⁰ A partir da Itália, o renascimento se expandiu para outros países da Europa, com a ajuda do aperfeiçoamento da imprensa, cujo desenvolvimento também foi motivado pela reforma protestante que traduziu a Bíblia para as línguas populares. Assim encontramos grandes escritores renascentistas em Portugal, Espanha, Inglaterra, França, Holanda e Alemanha. Em suas obras eles retratam bem a perplexidade que a mudança de valores deixava nas mentes mais reflexivas.

Na Espanha tivemos Miguel de Cervantes (1547-1616) que com seu *Dom Quixote*, retrata um velho nobre sonhador que se recusa a usar dinheiro e quer reviver as glórias dos cavaleiros medievais, acompanhado de seu fiel escudeiro, Sancho Pança, um homem de enorme senso prático que deseja desfrutar os prazeres da vida, dormindo e comendo bem. Assim o autor ironiza os ideais orgulhosos dos cavaleiros da Idade média ao mesmo tempo que critica o modo de vida burguês.

(1588-1679) tenha nascido no século XVI, como pensador do absolutismo decorrente do contrato, será apresentado no presente trabalho na abordagem do período absolutista.

Novas teorias econômicas e políticas surgiram com fundamentação racional e não mais teológica. Um exemplo claro disso é a obra *O Príncipe* de Maquiavel, escrita em 1513, segundo a qual a política e não a religião deveria subordinar a economia e a sociedade. O pensador também fez uma rigorosa crítica sobre o uso de tropas mercenárias. Maquiavel previa um príncipe forte e hegemônico, apto a conduzir os negócios do Estado com resultados práticos. A obra foi considerada imoral e condenada pela Igreja Católica. Ele prevê a idéia de mutação de poder, sendo possível perdê-lo e reconquistá-lo, desde que se saiba lidar com os acontecimentos fortuitos¹⁴¹.

Embora muito criticado e de ser acusado de afirmar que os fins justificam os meios, na verdade, Maquiavel fundou a política como ciência ao registrar aquilo que aprendeu observando e vivendo. Seu registro da natureza humana não é muito animador, mas parece mais fácil criticar Maquiavel do que verificar que suas observações continuam, em grande parte, a nos fornecer um retrato atual da política. Vale a pena conferir um trecho de seu texto:

Surge disso a seguinte discussão: é melhor ser amado que temido ou vice-versa. Responder-se-á que é melhor ser ambas as coisas, mas como é difícil reuni-las, ao mesmo tempo, é muito mais seguro ser temido que amado, quando se pode falhar em uma ou em outra, porque dos homens se pode dizer que, geralmente, são ingratos, volúveis, simulados e dissimulados, covardes e gananciosos de ganhos e, enquanto lhes fizeres benefícios, estão todos de teu lado, oferecendo-te o sangue, os bens, a vida, os filhos, como acima se disse quando a necessidade é dispensável. Quando, porém, a necessidade se avizinha, dirigem-se para outro lugar. E o príncipe, que se fiou apenas em palavras, não tendo tomado nenhum cuidado, arruína-se, porque as amizades que se adquirem por dinheiro e não por grandeza ou nobreza de alma, são

Em Portugal temos Luís de Camões (1524-1580) considerado o maior poeta da língua portuguesa, cuja obra-prima, *Os Lusíadas*, retrata a viagem do grande navegador português Vasco da Gama às Índias, mostrando que as navegações portuguesas não foram obra de um único homem, mas o resultado do destemor e do esforço do povo português. William Shakespeare (1564-1616), um dos maiores escritores da língua inglesa também se destaca nesse período.

¹⁴¹ Cf. MOTA, 1986: 14 e 15.

compradas, com elas não se podendo contar no momento oportuno. E os homens têm menos respeito aos que se fazem amar do que aos que se fazem temidos, porque o amor é conservado por um vínculo de obrigação, o qual se rompe por serem os homens maldosos, em todo o momento que quiserem, ao passo que o temor é alimentado pelo medo do castigo que nunca te abandona¹⁴².

Maquiavel antecipa a teoria política absolutista e apresenta os castigos como forma de intimidação, de modo que a finalidade da pena é preservar a monarquia absoluta através do temor à punição¹⁴³.

O pensador florentino viveu em uma Itália carente de unificação e estabilidade política e escreveu um manual capaz de auxiliar o soberano a alcançar e manter o poder, fornecendo para a comunidade a segurança necessária. Ele retrata sua experiência da natureza humana na política sem se preocupar com juízos de valor, mas sim ansiando por uma solução imediata para a Itália então dividida. A despeito das teorias morais, as políticas dos príncipes deveriam ser julgadas por seus resultados práticos¹⁴⁴, pois são esses que afetam realmente a vida das pessoas.

Outro autor que merece destaque é Thomas More, com sua obra *Utopia*. Ele ressalta a importância do direito ao trabalho para todos e a distribuição da propriedade privada em benefício do coletivo. A solidariedade estaria presente na política externa¹⁴⁵. Escritor e jurista, em sua obra *Utopia* critica as violências e injustiças de seu tempo, descrevendo uma ilha imaginária habitada por uma sociedade ideal: justa e fraterna¹⁴⁶.

¹⁴² MAQUIAVEL, 2006: 100-101

¹⁴³ Cf. DUEK, 2008: 60.

¹⁴⁴ “*O Príncipe* ficou como sua obra mais famosa, documento de um florentino agoniado com o fato das cidades-estado (que faziam alianças isoladas com outros Estados nacionais) não lograrem uma unidade nacional. Seus conselhos ao príncipe Lourenço se revestem de uma nova moral, autoritária e laica (não religiosa), a-ética segundo alguns, sobretudo se comparada às rígidas concepções medievais. Mas era possível não sê-lo àquela altura? Maquiavel desejava um príncipe forte, hegemônico, para conduzir os negócios do Estado”. (MOTA, 1986: 15).

¹⁴⁵ Cf. Idem, *ibidem*: 36.

¹⁴⁶ Thomas More sofreu influência de outro escritor do renascimento, o holandês Erasmo de Roterdã, (1466-1536), um brilhante humanista cristão, que em sua obra *Elogio da loucura*,

More nos oferece uma concepção da pena com finalidade reeducativa e se preocupa com as causas do crime, que se resolvidas teriam uma eficácia preventiva maior que a punição, pois não há castigo que impeça a busca pela sobrevivência. Com esse argumento ele considera ineficaz até mesmo a pena de morte. Também defende que os criminosos não violentos prestem serviço à comunidade e que os condenados possam ser libertados por bom comportamento, como um estímulo à sua recuperação. Embora humanista ele afasta o princípio da reserva legal e defende um direito penal de âmbito familiar¹⁴⁷.

Na proposta de More merece destaque sua pena principal: a escravidão. No seu entender a escravidão era mais útil à sociedade que a morte.

Normalmente as faltas mais graves são punidas com a escravidão, pois consideram-na castigo não menos temível para os condenados que a morte e, além disso, bem mais útil à sociedade. Tiram mais proveito do seu trabalho que da sua morte e pelo seu exemplo vivo inspiram durante mais tempo horror ao cometimento de crimes semelhantes¹⁴⁸.

Outro aspecto interessante do pensamento de More e que até hoje tem sido pouco explorado pelo sistema político criminal é o direito premial. Segundo More, os cidadãos não devem apenas ser afastados do crime por meio dos castigos, mas devem ser convidados à virtude com recompensas¹⁴⁹.

criticou a sociedade da época e mostrou o quanto a Igreja estava afastada dos ensinamentos de Cristo.

¹⁴⁷ Cf. MARQUES, 2008: 65-66.

¹⁴⁸ MORE, 2007: 88

¹⁴⁹ “Não só afastam o crime do crime os cidadãos por meio de castigos, como também incitam à virtude com recompensas e honorarias. Assim, erguem na praça do mercado estátuas de homens notáveis que prestaram grandes serviços à república, com o fito de perpetuar a memória de seus atos e também para que a glória e a fama dos antepassados incrementem a virtude e incentivem os seus descendentes à prática do bem.” (Idem, ibidem: 89)

Tommaso Campanella, em sua utópica obra *A cidade do sol*, se baseia na república de Platão, assim como More, para criar sua república imaginária. Para ele o furto e a fraude decorrem das diferenças entre a pobreza e a riqueza, portanto propõe a distribuição dos bens entre os cidadãos como forma de impedir a criminalidade, principalmente aquela voltada contra o patrimônio. Como punição elege o exílio, a desonra, a proibição das mulheres e do templo, a privação da mesa comum, além de aplicar a Lei de Talião. Não há cárcere e a pena de morte é executada pelo próprio povo para evitar a contaminação da República. As penas deveriam ser claras e públicas e teriam um caráter medicinal preponderante.

A Reforma religiosa e o Renascimento ocorreram na mesma época, imbuídos do mesmo desejo de renovação de idéias e atitudes. Nessa época a corrupção generalizada do clero abalou a credibilidade do catolicismo e a autoridade dos padres. Indulgências eram vendidas para abreviar a estada no purgatório e muitos clérigos eram libertinos, grosseiros e ignorantes. O voto de castidade não era respeitado e a venda dos sacramentos incomodava os fiéis. Os padres que pagavam por sua ordenação buscavam sua compensação econômica cobrando altas somas dos paroquianos para a realização de um batismo ou casamento.

Uma jovem de 15 anos acusou o prior de Saint-André de Mirebau, Luis de Nesson, e o irmão Nicolas de Gironde de terem-na raptado e violentado durante cinco dias inteiros.

A conduta das monjas enclausuradas também deixava a desejar. No começo do século XV, as religiosas de Montmartre adquiriram a vergonhosa reputação de vender seu corpo por uns poucos trocados.

(...)

O emprego abusivo da excomunhão para fins estritamente materiais desacreditava o papado. Inocêncio VIII (1484-1492) continuou as malversações de seus predecessores e ganhou uma soma colossal vendendo dezenas de postos de secretário apostólico. A simonia manchou até mesmo a eleição de um novo papa. Após longas pechinchas, o cardeal Rodrigo Borgia tornou-se papa sob o nome de Alexandre VI, em 11 de agosto de 1492. Mal foi nomeado, promoveu seus bastardos e transformou a corte pontifícia em um verdadeiro lupanar. Entre suas libertinagens, o “banquete das cortesãs” foi o ápice: um grupo de mulheres nuas dançando...plantando bananeira¹⁵⁰!

¹⁵⁰ FARGETTE.

A Reforma foi um movimento viabilizado por Lutero na Alemanha, que realizou uma profunda revisão religiosa e política. Muitas posições da Igreja prejudicavam o desenvolvimento da economia mercantil, como a condenação religiosa ao lucro e ao enriquecimento, além de abusos fiscais praticados pelo clero constantemente corrupto. A Reforma Luterana se baseou na doutrina da salvação pela fé e na leitura direta e interpretação pessoal do evangelho. Mas o mais importante foi a repercussão política, pois a idéia da superioridade da Igreja sobre o Estado foi abandonada¹⁵¹.

Veremos que a visão de Calvino da reforma protestante foi mais rigorosa e favoreceu os ideais da burguesia, pois o trabalho e a poupança foram exaltados em detrimento do lazer e da diversão. Os novos valores morais passaram a ser a usura, o trabalho, a poupança e o lucro¹⁵². Segundo Max Weber¹⁵³, Benjamin Franklin¹⁵⁴ conseguiu sintetizar essa nova ética com as seguintes frases:

Lembra-te que tempo é dinheiro. Para aquele que pode ganhar dez xelins por dia pelo seu trabalho e vai passear, ou fica ocioso metade do dia, apesar de não gastar mais que seis pence em sua vadiagem ou diversão, não deve ser computada apenas essa despesa; ele gastou, ou melhor, jogou fora mais cinco xelins.

¹⁵¹ Cf. MOTA, 1986: 32.

¹⁵² Cf. Idem, ibidem: 36.

¹⁵³ Max Weber nasceu em 21 de abril de 1864, na cidade de Erfurt, Alemanha. Estudou direito, história, economia, filosofia e teologia e se tornou o fundador de uma das três vertentes fundamentais da sociologia moderna, junto com Karl Marx e Émile Durheim, usando a temática religiosa como chave fundamental de análise sociológica. Ele faleceu em 14 de junho de 1920, com 56 anos, em virtude de uma pneumonia. Em sua obra mais famosa, *Ética protestante e o espírito do capitalismo*, Weber defende a idéia de que o estilo de vida dos protestantes favorece o espírito do capitalismo e dedica a obra a comprovar essa tese.

¹⁵⁴ Benjamin Franklin (Boston, 17 de Janeiro de 1706 — Filadélfia, 17 de Abril de 1790) foi um jornalista, editor, autor, maçom, filantropo, abolicionista, funcionário público, cientista, diplomata, inventor e um dos líderes da Revolução Americana. É muito conhecido pelas suas muitas citações e pelas experiências com a electricidade. Um homem religioso, calvinista, é ao mesmo tempo uma figura representativa do Iluminismo. Ele trocava correspondência com membros da sociedade lunar e foi eleito membro de Royal Society. Em 1771, Franklin tornou-se o primeiro Postmaster General (ministro dos correios) dos Estados Unidos da América.

Lembra-te que o crédito é dinheiro. Se um homem deixa seu dinheiro em minhas mãos por mais tempo que o devido, está me dando os juros, ou tudo o que eu possa fazer com ele durante esse tempo. Isto atinge somas consideráveis quando alguém goza de bom e amplo crédito, e faz dele bom uso.

Lembra-te que o dinheiro é de natureza prolífica e geradora. O dinheiro pode gerar dinheiro, e o seu produto gerar mais e assim por diante. Cinco xelins circulando são seis; circulando de novo são sete e três pence, e assim por diante, até se tornarem cem libras. Quanto mais dele houver, mais produz a cada aplicação, de modo que seus juros aumentam cada vez mais rapidamente. Aquele que mata uma porca prenhe destrói sua descendência a te a milésima geração. Aquele que mata uma coroa destrói tudo aquilo que ela poderia ter produzido, até muitas libras.

Lembra-te do ditado: *O bom pagador é o dono da bolsa alheia*. Aquele que é conhecido por pagar exata e pontualmente na data prometida pode, a qualquer momento e em qualquer ocasião, levantar todo o dinheiro de que seus amigos possam dispor. Isso, por vezes, é de grande utilidade. Além da industriiosidade e da frugalidade, nada contribui mais para a subida de um jovem na vida do que a pontualidade e a justiça em todos os seus negócios: por isso, nunca mantenha dinheiro emprestado uma hora sequer além do tempo prometido, para que o desapontamento não feche para sempre a bolsa de teus amigos.

As menores ações que possam afetar o crédito de um homem devem ser levadas em conta. O som do teu martelo às cinco da manhã ou às oito da noite, ouvido por um credor, te o tornará favorável por mais seis meses, mas se te vir a mesa de bilhar, ou ouvir tua voz na taverna quando deverias estar no trabalho, cobrará o dinheiro dele no dia seguinte, de uma vez, antes do tempo.

Isso mostra, entre outras coisas, que estás consciente do que tens; farás com que pareça um homem tão honesto quanto cuidadoso, e isso aumentará teu crédito.

Não te permitas pensar que tens de fato tudo o que possuis, e viver de acordo com isso. Esse é um erro em que caem muitos dos que têm crédito. Para evitá-lo, mantém por algum tempo uma contabilidade exata de tuas despesas e tuas receitas. Se, de início, te deres ao trabalho de mencionar os detalhes, isso terá o seguinte bom efeito: descobrirás que mesmo pequenas e insignificantes despesas se acumulam em grandes somas, e discernirás o que poderia ter sido e o que poderá ser poupado para o futuro sem guardar grandes inconvenientes.

Por seis libras anuais poderás desfrutar o uso de cem libras, desde que sejas um homem de reconhecida prudência e honestidade.

Aquele que gasta um *groat* por dia inutilmente desperdiça mais de seis libras por ano, que seria o preço do uso de cem libras.

Aquele que desperdiça o valor de um *groat* de seu tempo por dia, um dia após o outro, desperdiça o privilégio de usar cem libras a cada dia.

Aquele que perde inutilmente o valor de cinco xelins de seu tempo, perde cinco xelins, e poderia com a mesma prudência tê-los jogado ao mar.

Aquele que perde cinco xelins não perde apenas essa soma, mas também todas as vantagens que poderia obter investindo-a em negócios, o que, durante o tempo em que um jovem se torna velho, integraria uma soma considerável¹⁵⁵.

¹⁵⁵ WEBER 2007: 48-49.

Os trabalhos da basílica de São Pedro de Roma foram financiados com a venda de indulgências, remissões da pena no purgatório, de forma que o acesso ao paraíso passou a ser uma questão monetária. Em 1517 um monge alemão, Martinho Lutero, condenou essa prática estabelecendo que apenas a fé poderia salvar os homens¹⁵⁶.

Lutero expressou sua oposição ao comércio da salvação afixando na porta da catedral de Wittenberg noventa e cinco teses em latim que se propunha defender em debate público contra qualquer um que se apresentasse para contestá-las. Era o início de uma grande reforma no mundo cristão. Nenhum teólogo aceitou o desafio de Lutero e suas teses foram copiadas e divulgadas por toda parte, mostrando que a Alemanha era favorável a uma reforma da Igreja e desejava certa independência em relação a Roma¹⁵⁷.

A doutrina de Lutero apresenta três postulados básicos: salvação do homem exclusivamente pela fé; a Escritura é a única fonte da verdade; o sacerdócio universal e o livre exame das escrituras¹⁵⁸. Cada um desses postulados teve repercussões sociais importantes. Ao estabelecer a salvação pela fé e não pelas obras, Lutero combateu diretamente a prática católica das indulgências¹⁵⁹, diminuindo o poder da Igreja que era dona da metade das terras na Alemanha. Com a importância da leitura das Escrituras foi intensificado o processo de alfabetização e a impressão de livros e periódicos foi fomentada, merecendo destaque as traduções da Bíblia para o francês o inglês e o alemão. Finalmente o sacerdócio universal fez de cada homem o seu próprio pastor retirando a função de intermediária divina da Igreja e reduzindo seu poder.

¹⁵⁶ Cf. FARGETTE.

¹⁵⁷ Cf. CRÉTÉ.

¹⁵⁸ Cf. REALE e ANTISERI, vol. II, 1990: 107.

¹⁵⁹ Perdão de todos os pecados mediante contribuição financeira à Igreja.

Contudo, segundo Max Weber, foi João Calvino, um francês nascido em Noyon em 1509, quem desenvolveu, a partir da iniciativa de Lutero, a doutrina que mais favoreceu o capitalismo nascente¹⁶⁰.

O movimento Calvinista acabou sendo uma das principais religiões surgidas durante a Reforma Protestante. A Suíça teve contato com as idéias de Lutero através da pregação do padre Ulrich Zwinglio, que desencadeou várias revoltas civis questionadoras do poder vigente. Perseguido em sua terra natal, o francês João Calvino refugiou-se na Suíça visando disseminar suas concepções sobre as questões da fé levantadas por Lutero¹⁶¹.

Para Calvino o princípio da predestinação absoluta seria o responsável por explicar o destino dos homens na Terra. Segundo a vontade de Deus, alguns são escolhidos para a salvação eterna. Entre esses estão aqueles que usufruem uma vida próspera, ocupada pelo trabalho e afastada das ostentações materiais. Essa ideologia coincidia com os anseios do capitalismo nascente, o que fez com que a doutrina calvinista se expandisse mais rapidamente do que o luteranismo. O calvinismo ganhou nomes diversos de acordo com o país da Europa em que se desenvolveu. Na Escócia eles ficaram conhecidos como presbiterianos, na França como huguedotes e na Inglaterra como puritanos¹⁶².

Na Inglaterra, o rei Henrique VIII (1509-1547) foi excomungado pelo papa ao anular seu casamento e contrair novas núpcias. Com o apoio do parlamento inglês, o rei rompeu definitivamente com a Igreja e fundou a Igreja Anglicana, confiscando as terras e mosteiros da Igreja. A filha de Henrique VIII, Elisabeth I (1558/1603) introduziu a doutrina calvinista em sua Igreja, conservando parte do cerimonial católico.

¹⁶⁰ Cf. WEBER, 2007.

¹⁶¹ Cf. BOULOS JÚNIOR, 2004: 165.

¹⁶² Cf. Idem, ibidem: 167.

A Contra Reforma da Igreja não tardou, sua intenção era recuperar o prestígio e divulgar o catolicismo. Impulsionaram essa reforma os jesuítas¹⁶³, a Inquisição¹⁶⁴ e o Concílio de Trento¹⁶⁵. Contudo o mundo cristão já estava definitivamente dividido.

Diante de tantas transformações é interessante observar as relações entre a caridade, o direito penal e a estrutura social¹⁶⁶.

Segundo Max Weber, a ética medieval apoiava a mendicância, pois ela oferecia uma oportunidade às pessoas de recursos de fazer o bem. Nesse contexto havia lugar para o pobre e para o poderoso, nenhum deles vivendo de seu próprio trabalho, mas sim de acordo com os ensinamentos da Igreja, que se aproveitava do desejo dos ricos de obter favores divinos e administrava a assistência material aos pobres. Essa administração da caridade viabilizava a acumulação de capital da Igreja, com a ressalva de que se tratava de propriedade dos pobres, doentes e velhos.

¹⁶³ Os jesuítas eram disciplinados e tinham sólida formação intelectual. A Companhia de Jesus foi fundada em 1534 pelo militar espanhol Inácio de Loyola. Os jesuítas empenharam-se em combater o protestantismo e levar o catolicismo para a Ásia, África e América, usando como estratégia a adequação aos costumes locais. Nesses continentes e na Europa foi criada uma rede de colégios. (Cf. Idem, *ibidem*: 168)

¹⁶⁴ “A Inquisição era um tribunal formado por membros da Igreja e existia desde 1231, quando foi criado para vigiar, julgar e punir qualquer pessoa acusada de heresia. A Inquisição agia de modo intolerante e violento. Às vezes bastava uma simples suspeita para que a pessoa fosse chamada a depor nesse tribunal. E, conforme suas respostas, era condenada a perda de bens, à prisão perpétua e, às vezes, à morte na fogueira.” (Cf. Idem, *ibidem*: 169)

¹⁶⁵ O Concílio de Trento foi convocado pelo papa Paulo II e durou de 1545 a 1563, tendo reunido bispos e o papa para tomada de postura da Igreja sobre vários pontos relevantes. Segundo o Concílio ficou estabelecido como crime o lucro obtido com a venda de indulgências, foram criados seminários para a formação de padres e freiras, o poder do papa foi reforçada e permaneceu a proibição de casamento para os religiosos. A missa teve sua importância destacada e foi organizado o *Index*, ou seja, a lista de livros proibidos para os católicos. (Cf. Idem, *ibidem*: 169)

¹⁶⁶ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 58.

Porém, as mudanças sociais ocorridas no século XVI impuseram uma mudança de mentalidade. A mendicância e a caridade se tornaram fatos inadmissíveis na medida em que afastavam uma importante força de trabalho. O mendigo passa a ser visto como um vagabundo que atrapalha o enriquecimento da nação e seu comportamento, que antes ensejava assistência, passou a ser crime. Todos deviam trabalhar e produzir.

A ideologia da valorização do mérito individual se desenvolveu. A prosperidade deixou de ser pecado, portanto o próspero não precisava mais ser generoso com a pobreza para garantir a aprovação divina, pelo contrário, sua própria prosperidade já era um atestado da aprovação de Deus. A burguesia justificava sua vida confortável com sua boa conduta cotidiana, seu sucesso nesse mundo era sua própria justificativa. Lutero ajuda a disseminar as idéias de que os pobres são displicentes com o trabalho, que oferece múltiplas oportunidades para todos.

O Calvinismo na Holanda e na Inglaterra, com sua atitude ascética e concepção de poupança, restringindo o consumo de supérfluos e favorecendo a balança comercial dos países foi bastante conveniente à política mercantilista.

Weber mostra que a acumulação de capital dessa fase foi “abençoada por Deus”. A burguesia se sentia tranqüila com as diferenças sociais, pois acreditava nos desígnios da Providência. Com isso o empregador podia colocar-se como juiz moral dos outros e impor hábitos de trabalho como regra geral de conduta. Estava desenvolvida a ideologia necessária para manter os lucros capitalistas¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Cf. Idem, *ibidem*: 58.

Vimos nesse capítulo que a expansão comercial desarticulou o mundo feudal, substituindo a visão religiosa do mundo pela visão da burguesia. O antropocentrismo coordenou as preocupações do renascimento e a recuperação do direito romano, sobretudo a propriedade privada e os regulamentos mercantis. A degradação moral dos membros da Igreja, bem como o abuso na cobrança das indulgências levaram à Reforma, iniciada na Alemanha por Lutero. Calvino deu ao movimento um novo rigor, calcando os valores do trabalho, poupança, ascetismo e desenvolvendo o princípio da predestinação, segundo o qual, de acordo com o merecimento de cada um, Deus abençoa alguns com o sucesso e a riqueza e outros com a miséria. A pobreza passa a ser pecado, a mendicância crime e o acúmulo de capital abençoado por deus.

III. 2. O ABSOLUTISMO: ÉPOCA DE MENDIGOS E DA PENA DE MORTE

Os séculos XIV e XV retrataram o final da Idade Média e do modo de produção feudal e vivenciaram uma profunda crise econômica e social que teve como consequência o nascimento do Estado absolutista no Ocidente. Contudo, séculos de história feudal não são apagados imediatamente, de modo que esse foi um processo lento. Essas transformações também não ocorreram da mesma forma em toda a Europa Ocidental, basta lembrarmos das diferenças entre o absolutismo inglês¹⁶⁸ e o francês¹⁶⁹, além do progresso urbano da Holanda.

Assim, na França, predominou a força do poder central, sobrepondo-se à burguesia e controlando fortemente a nobreza, resultando no Estado absolutista dos Luíses. Na Inglaterra, onde o poder central já vinha temperado pela Magna Carta (1215), no século 17 o Estado passa a ser controlado pela burguesia, fortalecendo-se o Parlamento. Já nas Repúblicas das Províncias Unidas do Norte (Holanda), prevaleceu a força das cidades; ou seja, os particularismos urbanos bloquearam a centralização do poder. A Holanda viveu, já no século 17, grande liberdade comercial e de pensamento¹⁷⁰.

Independentemente desta ou daquela perspectiva, importa notar que o Estado absolutista foi um Estado de transição entre o feudalismo e o Estado liberal burguês, tendo preservado durante esse período a maioria dos privilégios da nobreza, apesar das radicais transformações na estrutura da sociedade. Ao mesmo tempo, durante esse período a projeção econômica da

¹⁶⁸ O absolutismo inglês foi curto e suave se comparado com o exemplar e quase caricato absolutismo francês. A Inglaterra, com um parlamentarismo tradicional já retirara do soberano parcela importante do poder legislativo, garantindo os direitos dos súditos. Já a França conheceu tal abuso de poder em detrimento do povo que acabou por produzir a mais inspirada declaração dos direitos do homem.

¹⁶⁹ No absolutismo da Inglaterra: “A burguesia comercial consegue impor sua autoridade, através do parlamento, a religião protestante e os direitos do cidadão (burguês). Assim, na Inglaterra, o poder central sofreu embates e limitações provenientes de um regime constitucional e liberal que marginalizava a Coroa; ao contrário, portanto, do que ocorria na França.

Na Inglaterra, criavam-se as condições para a acumulação que levaria à Revolução Industrial; na França, o fechamento absolutista e o encastelamento da nobreza resultariam numa profunda revolução social (1789).” (MOTA, 1986: 51). Portanto, o poder do rei inglês se mostrou mais ponderado, já que “O Estado inglês habitua-se a consultar os mercadores antes de decidir ou arbitrar” (MOTA, 1986: 61).

¹⁷⁰ Idem, ibidem: 52.

burguesia transformou-a em necessária ao monarca, de modo que sua participação política estava consolidada ainda que ela precisasse suportar os privilégios parasitários da nobreza¹⁷¹.

A transformação gradual da servidão em trabalho livre colocou em risco o poder da nobreza, que se viu obrigada a ceder o poder de “coerção político legal” local para uma centralização de poder militarizado de abrangência nacional: o Estado Absolutista. A repressão e a manutenção das massas camponesas e plebéias na base da hierarquia social passou a ser função do rei¹⁷². A burguesia e a nobreza favoreceram-se com a centralização do poder político, que lhes garantiu uma dominação mais eficiente sobre o campesinato.

Nesse sentido o Estado absolutista foi um instrumento de manutenção do domínio da nobreza sobre as massas rurais. Isso fica claro quando percebemos a manutenção dos privilégios da aristocracia, como a isenção ao pagamento de impostos acompanhado pela liberação do dever da guerra¹⁷³. A burguesia e os camponeses arcavam com o financiamento dos exércitos do rei,

¹⁷¹ “Conforme afirmamos, no nível econômico a centralização do poder monárquico com tudo o que implicava favoreceu a burguesia, mesmo que neste plano, secundariamente, a nobreza tenha se beneficiado, por exemplo, com a alodialização da propriedade fundiária, afirmação que deve ser vista com a devida reserva na medida em que, em pleno apogeu do feudalismo, boa parte das propriedades já havia assumido a função de quiritária, sobretudo nas franjas dos territórios onde ele se desenvolveu mais acentuadamente. É neste sentido que a burguesia pode ser considerada uma protagonista indispensável no cenário de construção do estado moderno, pois lutou com o intuito de ‘construir com o governante e o elemento feudal, através dos Estados, estruturas mais amplas para a imposição da lei e manutenção da ordem, propícias à segurança e ao progresso de suas atividades mercantis’ (POGGI, 1981:73). Essas novas estruturas legais, conforme observaremos mais adiante, importavam necessariamente no enfraquecimento do direito consuetudinário e aumento do prestígio da lei escrita como fonte, por excelência, do direito.” (FREITAS, 2001: 24)

¹⁷² “Com a comutação generalizada das obrigações, transformadas em rendas monetárias, a unidade celular de opressão política e econômica do campesinato foi gravemente debilitada e ameaçada de dissociação (o final desse processo foi o trabalho livre e o contrato salarial). O poder de classe de senhores feudais estava assim diretamente em risco com o desaparecimento gradual da servidão. O resultado disso foi um *deslocamento* da coerção político-legal no sentido ascendente, em direção a uma cúpula centralizada e militarizada – o Estado absolutista. Diluída do nível da aldeia, ela tornou-se concentrada no nível ‘nacional’. O resultado foi um aparelho reforçado de poder real, cuja função política permanente era a repressão das massas camponesas e plebéias na base da hierarquia social.” (ANDERSON, 2004, p. 19).

¹⁷³ “A aliança entre o rei e a nobreza feudal, conforme observamos anteriormente, teve um visível caráter militar, pois eram os senhores feudais que forneciam o exército ao monarca. Com o advento do Estado monárquico absolutista, essa situação alterou-se profundamente passando os exércitos a serem constituídos a partir da utilização de soldados mercenários

enquanto a nobreza, além de transferir essa obrigação ao Estado, usufruía da segurança e das benesses do novo Estado sem contribuir.

Portanto, apesar das transformações radicais na sociedade, a situação da nobreza no absolutismo ainda era mais favorável que da burguesia. Aliás, foi justamente a manutenção das regalias da nobreza, com caráter eminentemente parasitário, que levou às revoluções liberais burguesas posteriores¹⁷⁴.

Nessa mesma época a autoridade e as unidades políticas foram restauradas e as novas monarquias surgiram na França (Luis XI), na Espanha (Fernando e Isabel), na Inglaterra (Henrique VI) e na Áustria (Maximiliano).

Durante o absolutismo, a aristocracia rural não teve apenas que se adaptar às transformações das obrigações servis em contrato de trabalho livre, mas também ao surgimento da burguesia mercantil¹⁷⁵, pois a descentralização do poder, típica do feudalismo, possibilitou o desenvolvimento das economias urbanas sem a dominação direta da classe dirigente rural. Foi justamente a vitalidade e certa autonomia econômica dessa classe urbana que impediu o massacre

pagos pelo rei e sob as suas ordens, pois havia um temor por parte das classes dominantes em armar os camponeses para a defesa do país. Assim, por volta do século XV, tanto na França como em outros Estados europeus, o serviço dos senhores feudais havia sido dispensado, deixando a guerra de ser uma de suas atribuições.” (FREITAS, 2001: 26)

¹⁷⁴ “De fato, não era de escassa importância a atividade tributária exercida, sobretudo, pela nobreza em nome do estado, haja vista ter sido o monopólio dos cargos públicos pela aristocracia uma das causas imediatas da deflagração da Revolução Francesa. (...). HOBBSBAWN, aliás, registra que, inclusive em virtude do próprio eclipse econômico da aristocracia, esta foi levada a explorar ‘com intensidade cada vez maior seu único bem econômico inalienável, os privilégios de status e de nascimento’. Em consequência, diz ele, ‘em toda a Europa continental os nobres expulsaram seus rivais mal nascidos de todos os cargos rendosos no serviço da coroa: desde a Suécia, onde a proporção de funcionários plebeus caiu de 66% em 1719 (42% em 1700) para 23% em 1780, até a França, onde esta ‘reação feudal’ precipitou a Revolução Francesa’”. (Idem, ibidem: 27)

¹⁷⁵ “Simultaneamente, porém, a aristocracia tinha que se adaptar a um segundo antagonista: a burguesia mercantil que se desenvolvera nas cidades medievais. Viu-se que foi precisamente a intercalação desta terceira presença que impediu a nobreza ocidental de ajustar suas contas com o campesinato à maneira oriental, esmagando a sua resistência para agrilhão-lo ao domínio. A cidade medieval fora capaz de desenvolver-se porque a dispersão hierárquica de soberanias no modo de produção feudal libertara pela primeira vez as economias urbanas da dominação direta de uma classe dirigente rural.” (ANDERSON, 2004, p. 20).

do campesinato ao modo oriental, interferindo positivamente na luta de classes centrada na terra. Cumpre notar que a crise da economia feudal, que disseminou a fome, foi superada com a incorporação pelo campo dos avanços tecnológicos auferidos na cidade¹⁷⁶ e, portanto, viabilizados pela burguesia.

Conforme já vimos no capítulo anterior, a disseminação do comércio e o aumento da produtividade da agricultura proporcionaram um aumento da população, cujas conseqüências foram agravadas pelos cercamentos e expulsões do campo, na medida em que a migração para as cidades em busca da sobrevivência se tornou impositiva. A população cresceu muito, mas a manufatura incipiente ainda não conseguia garantir oportunidade de trabalho para todos. A vadiagem¹⁷⁷ e os crimes contra a propriedade se tornaram uma constante. A miséria era tamanha, que Leo Huberman denominou essa época como a “Idade dos Mendigos”:

A IDADE DOS FUGGER foi também a Idade dos Mendigos. Os dados sobre o número de mendigos nos séculos XVI e XVII são surpreendentes. Um quarto da população de Paris na década de 1630 era constituído de mendigos e nos distritos rurais seu número era igualmente grande. Na Inglaterra, as condições não eram melhores. A Holanda estava cheia deles e na Suíça, no século XVI, ‘quando não havia outra forma de se livrar dos mendigos que sitiavam suas casas ou vagavam em bando pelas estradas e florestas, os homens de bem organizavam expedições contra esses desgraçados *heimatlosen* (desabrigados)¹⁷⁸.

¹⁷⁶ “O desenvolvimento do canhão de bronze fundido fez da pólvora, pela primeira vez, a arma decisiva na arte da guerra, tornando obsoletas as defesas dos castelos senhoriais. A invenção dos tipos móveis possibilitou o advento da imprensa. A construção do galeão de três mastros, com leme à popa, tornou os oceanos navegáveis, facilitando as conquistas ultramarinhas. Todas essas rupturas técnicas, que assentaram os alicerces da Renascença européia, concentraram-se na segunda metade do século XV; e foi então que a depressão agrária secular foi finalmente sustada, por volta de 1470, na Inglaterra e na França.” (Idem, *ibidem*: 22).

¹⁷⁷ “Mas a época moderna foi também, como denominou Leo Huberman, a ‘Idade dos Mendigos’. Nesse quadro, a contrapartida da ascensão da burguesia foi a pobreza e a desqualificação social: a figura de D. Quixote, do espanhol Cervantes, bem o demonstra.” (MOTA, 1986: 43)

¹⁷⁸ HUBERMAN, 1986: 97

Ao contrário da Idade Média em que o crime mais combatido era a heresia, na medida em que ameaçava a unidade dos povos propiciada pela Igreja, com o mercantilismo, o principal crime combatido é contra a propriedade o que vai repercutir em uma política criminal dura contra os pobres ou carentes de propriedade.

Outro fator importante a considerar é a condensação jurídica única ocorrida neste período com a recuperação do direito romano. Concomitante ao Absolutismo, foi no renascimento que o direito romano triunfou. A concepção característica do direito romano da propriedade privada absoluta e incondicional naturalmente interessava à classe dominante. Um direito comercial avançado também estava presente nas cidades, atendendo às necessidades da burguesia mercantil¹⁷⁹.

A modernização jurídica através do direito romano fortaleceu os nobres na medida em que transformou a posse das terras em propriedade privada e retirou do campesinato sua tradição milenar de ligação com o meio natural de sobrevivência. Esse processo só pode ser corretamente entendido se entendermos o contexto econômico em que o camponês foi expulso da terra.

A agricultura científica determinou a necessidade do cercamento das terras porque o proprietário “progressista” precisava de flexibilidade para realizar as experiências que desejasse. (...) Com isso, muitos camponeses foram expulsos da terra, mas a produtividade cresceu vertiginosamente. (...) Em suma, a maior abundância e concentração de riqueza, trazidas pela revolução agrícola e pelo cercamento dos campos, foram pré-requisitos necessários para a Revolução Industrial que começou na Inglaterra por volta de 1780¹⁸⁰.

¹⁷⁹ “A superioridade do direito romano para a prática mercantil nas cidades residia, assim, não somente em suas bem definidas noções de propriedade absoluta, mas nas suas tradições de equidade, em seus critérios racionais de prova e na ênfase dada a uma magistratura profissional – vantagens que os tribunais consuetudinários normalmente não ofereciam.” (ANDERSON, 2004: 26)

“Efetivamente, a transformação do direito refletia inevitavelmente a distribuição de poder entre as classes proprietárias da época: o absolutismo, enquanto aparelho de estado reorganizado de dominação da nobreza, foi o principal arquiteto da assimilação do direito romano na Europa.” (Idem, ibidem: 28).

¹⁸⁰ BURNS, 2005: 419.

Além disso, com a descoberta das colônias e fundação dos Impérios coloniais, houve um enorme influxo de metais preciosos para a Europa, sobretudo através da Espanha¹⁸¹, gerando um aumento no total de dinheiro em circulação e provocando um aumento sensacional nos preços de todas as mercadorias¹⁸².

Com o aumento dos preços uma parcela da população se beneficiou bastante e outra padeceu misérias. Os beneficiados foram os mercadores e aquelas pessoas que conseguiam manter despesas fixas e aumentar o preço de seus produtos ao sabor das circunstâncias, lucrando bastante. Esses seriam aqueles que tinham um arrendamento a longo prazo, com valor fixo e que podiam vender sua manteiga, seus ovos, trigo, etc., por um valor bem mais alto.

A alta de preços prejudicou os trabalhadores cujos salários não acompanhavam a elevação dos preços. Prejudicou também o grupo que vivia de rendas fixas, como a classe dos nobres proprietários, que viviam de anuidades.

(...) o pagamento dos arrendamentos em dinheiro substituiu o costume da prestação de serviços. Isso foi interessante para a nobreza latifundiária até que ocorreu a revolução nos preços. A partir de então, os donos de terra continuavam a receber os mesmos arrendamentos baixos, embora tivessem os novos preços altos. Sentiam que era necessário arrancar mais dinheiro da terra. Mas como?

Havia duas formas – o fechamento das terras e a elevação dos arrendamentos¹⁸³.

¹⁸¹ “Enquanto os mercadores da Inglaterra, Holanda e França amontoavam fortunas enormes no comércio, os espanhóis haviam descoberto uma forma mais simples de aumentar as somas de dinheiro de seu tesouro. (...). As minas da Saxônia e Áustria há muito produziam grandes quantidades desse metal (prata), mas eram realmente muito pequenas se comparadas com a riqueza que se derramava sobre a Espanha, vinda de suas possessões no Novo Mundo. Em 55 anos, de 1545 a 1600, calcula-se que anualmente cerca de dois milhões de libras esterlinas eram levadas da América para os tesouros espanhóis. E parecia que, ao se esgotar uma mina, descobria-se sempre um novo veio, para assegurar o fluxo. A casa da moeda espanhola produziu apenas 45.000 quilos de prata no período de 1500 a 1520; no período de 15 anos, porém, que foi de 1545 a 1560, sua produção aumentou seis vezes, passando a 270.000 quilos; no período de 20 anos, entre 1580 e 1600, essa produção pulou para 340.000 quilos, ou seja, quase oito vezes o que fora em 1520!” (HUBERMAN, 1986: 98).

¹⁸² A Espanha participou de várias guerras e pagavam em dinheiro pelo abastecimento e pelos soldados. Além disso, os espanhóis estavam atrasados no processo de industrialização, se comparado com o restante da Europa e, para abastecer a própria população, compravam mais do que vendiam, transferindo o dinheiro para as mãos dos mercadores que os abasteciam.

¹⁸³ Idem, ibidem: 103

O fechamento das terras, também chamado de cercamento, visava aumentar a produtividade agrícola com a implantação de técnicas mais modernas. Mas um cercamento em especial foi bastante prejudicial ao camponês por importar em sua imediata expulsão do campo: os cercamentos para criação de ovinos, empreendimento rendoso em virtude da alta do preço da lã e que necessitava de poucos trabalhadores. Além disso, quando um arrendamento terminava, o senhor elevava seu preço, de tal forma que o camponês não tinha condições de renová-lo e acabava sendo obrigado a abandonar as terras¹⁸⁴.

Mudou o espaço do homem e mudou seu tempo; seu trabalho e sua produção passaram a ser contados. O relógio mecânico surgiu no final do século XIV e representou a evolução tecnológica da revolução industrial medieval. O tempo que antes era de Deus e infinito como Ele, cedeu essa característica ao dinheiro e à acumulação de capital. O tempo do homem agora era finito e seu uso disciplinado passou a significar dinheiro. Assim nasceu a sociedade de vigilância denunciada por Foucault¹⁸⁵.

Esse relógio mecânico passou a ser parte da paisagem urbana quando colocado nas torres ligadas aos centros de comércio (como em Bruges, hoje pertencente à Bélgica, por exemplo), construídas pelas associações comerciais e com o apoio dos mestres principais das cidades; ou então, foram sendo colocados nas torres das igrejas com o apoio dos clérigos que se integravam politicamente aos poderes locais. Tais relógios representavam o conhecimento do tempo e sua importância para a cidade: muito menos para saber-se a hora correta da missa, marcada pelos sinos, mas muito mais para saber-se o horário de entrada e saída do trabalho. Afinal, com o relógio na praça principal da cidade, todos sabiam quem estava atrasado para chegar ao trabalho – a comunidade vigiando a vida da ida e volta dos que tinham algum horário. Isso resultou em incômodos e até revoltas: por fim, o uso acumulado do tempo do trabalho significa uma alteração na forma da exploração do trabalho. O saber da hora de quem trabalha passou a ser um uso mantido até hoje¹⁸⁶.

As monarquias absolutistas também trouxeram inovações institucionais, entre as quais podemos destacar: o exército, a burocracia, a tributação, o comércio e a diplomacia.

¹⁸⁴Cf. Idem, *ibidem*: 105-106.

¹⁸⁵ Cf. FOUCAULT, 2001 :162-187.

¹⁸⁶ PISTORI, 2007: 115

O Estado Absolutista se destacou pelo seu exército profissional. Não se tratava de uma força nacional, mas de um grupo heterogêneo em que predominavam os mercenários estrangeiros. A presença dos mercenários pode ser explicada pelo medo da nobreza em armar seus próprios camponeses. Era preferível para o ofício de eliminar eventuais rebeliões sociais, o uso de mercenários estrangeiros, que muitas vezes sequer dominavam o idioma local. Jean Bodin já atestava essa situação ao afirmar: “É praticamente impossível treinar todos os súditos de uma comunidade nas artes da guerra e ao mesmo tempo mantê-los obedientes às leis e aos magistrados”¹⁸⁷.

Já vimos que no feudalismo, a guerra era o modo mais racional e rápido de transferência e acúmulo de riqueza e território. Por isso a classe dominante feudal era basicamente militar. A profissão dos nobres e proprietários de terras era a guerra. Muitas vezes, senhores e camponeses sequer compartilhavam o mesmo idioma. Os Estados absolutistas mantiveram essa racionalidade arcaica da guerra¹⁸⁸. As guerras eram freqüentes e seus custos consumiam a maior parte das riquezas dos Estados, em franca contradição com a necessidade de acúmulo de capital defendida na época.

¹⁸⁷ Citado por ANDERSON, 2004: 30.

¹⁸⁸ “Os Estados absolutistas mantiveram esta racionalidade arcaica em sua mais íntima estrutura. Eram máquinas construídas predominantemente para o campo de batalha. É significativo que o primeiro imposto nacional e regular a ser instituído na França, a *taille royale*, tenha sido criado para financiar as primeiras unidades militares regulares da Europa – as *compagnies d’ordonnance* de meados do século XV, cuja primeira unidade foi constituída por aventureiros escoceses. Por volta da metade do século XVI, 80 por cento das rendas do Estado espanhol destinava-se às despesas militares. (...) Um século mais tarde, nas vésperas pacíficas de 1789, dois terços dos gastos do estado francês eram ainda, segundo Necker, distribuídos para o sistema militar. Parece evidente que esta morfologia do Estado não corresponde à racionalidade capitalista: representa uma reminiscência formidável das funções medievais da guerra. (...) Tem-se calculado que, em todo o século XVI, houve apenas 25 anos sem operações militares de larga escala, na Europa; no século XVII, passaram-se apenas sete anos sem guerras importantes entre os Estados.” (ANDERSON, 2004: 32-33).

O Estado absolutista também apresentava um sistema burocrático e fiscal contraditório. A nobreza feudal ingressava no Estado absolutista Ocidental adquirindo “cargos”. Com um caráter fortemente parasitário, o nobre poderia adquirir um cargo e depois recuperar com vantagens o investimento abusando dos privilégios e da corrupção viabilizados pelo cargo público¹⁸⁹.

Nesse contexto francamente parasita, quem pagava a conta eram os camponeses que, cada vez mais penosamente suportavam os encargos de guerra e os impostos remotos. Não existia a idéia do cidadão da nação e, portanto, sujeito ao fisco. Os nobres, simplesmente estavam isentos dos impostos diretos. Enquanto isso os pobres sofriam um sistema duplo de exações que resultava em uma epidemia de rebeliões, pois além dos coletores reais, tinham que suportar os tributos locais¹⁹⁰.

Enquanto doutrina econômica e política o mercantilismo foi uma face importante do absolutismo. Tinha por objetivo a criação de um mercado interno para a produção e circulação de mercadorias, aliado ao fomento das exportações, com exceção do ouro e da prata. O objetivo de uma economia forte era o sucesso de uma política externa voltada para a conquista. Mas o comércio e a guerra não eram as únicas atividades externas do Estado absolutista, pois uma das grandes invenções institucionais da época foi a diplomacia, embora definitivamente marcada pelo egoísmo político, já que o dever do embaixador era aconselhar e pensar apenas o mais conveniente para o fortalecimento de seu próprio Estado.

¹⁸⁹ “A expansão da venda de cargos foi, naturalmente, um dos subprodutos mais surpreendentes da crescente monetarização das primeiras economias modernas e da ascensão relativa no seio destas, da burguesia mercantil e manufatureira. (...) A burocracia absolutista tanto registrou a ascensão do capital mercantil como a impediu.” (Idem, *ibidem*: 34).

¹⁹⁰ “A nobreza e o clero eram ordens privilegiadas, com posses de terras e isenção de impostos. A alta burguesia (parte do terceiro estado) vivia da expansão dos negócios e comprava cargos públicos (tornando-se ‘noblesse de robe’, ou seja, nobreza togada, de nível mais baixo). Os camponeses e a pequena burguesia urbana pagavam, com seu trabalho e impostos, os gastos do estado absolutista.” (MOTA, 1986: 49).

A melhor estratégia da diplomacia era o casamento, na medida em que era uma alternativa mais econômica que a guerra armada para o objetivo de expansão territorial. Porém, a imprevisibilidade da natureza humana, muitas vezes, fazia com que o casamento terminasse em guerra¹⁹¹.

É possível sintetizar as contradições do absolutismo da Europa pela constatação de que tal regime foi um instrumento para a preservação da propriedade e dos privilégios aristocráticos, ao mesmo tempo em que forneceu os meios para, simultaneamente assegurar os interesses básicos das classes mercantis e manufatureiras emergentes.

O absolutismo encontrou justificativa nas idéias de vários filósofos da época. Jean Bodin (1530-1596) foi um dos primeiros. Para ele os governantes estavam submetidos à lei divina e tinham a obrigação moral de respeitar os tratados assinados, porém, Bodin negava aos súditos o direito de rebelião e considerava o parlamento dispensável. Segundo sua “doutrina da soberania” o poder do príncipe não poderia ser limitado pelas leis, a fim de garantir o poder absoluto sobre os súditos¹⁹².

O holandês Hugo Grotius (1583-1645) alertou sobre a necessidade de um conjunto de regras racionais capazes de colocar em ordem as relações entre os governos. Por isso é conhecido como um dos principais fundadores do direito internacional. Ele também defendeu o governo absoluto como forma de evitar as turbulências políticas. Sustentava que o governante deveria ter autoridade ilimitada e que o povo devia obedecer-lhe sem contestação¹⁹³.

¹⁹¹ “Em vista disso, a longa variante do casamento muitas vezes levava diretamente ao curto atalho da guerra. A história do absolutismo está repleta de tais conflitos, cujos nomes o testificam: Guerras da Sucessão da Espanha, Áustria ou da Baviera. (...) Também na diplomacia, o índice de dominação feudal no Estado absolutista é evidente. (ANDERSON, 2004: 39).

¹⁹² Cf. BURNS, 2005: 449.

¹⁹³ Cumpre observar que, nessa época ordem e segurança eram mais importantes que liberdade e estavam de acordo com os interesses do comércio que se beneficiava com a estabilidade. (Cf. Idem, *ibidem*: 450)

Contudo, o mais famoso defensor do absolutismo foi o inglês Thomas Hobbes (1588-1679), que vivenciou a Inglaterra com profundos problemas sociais. Em sua famosa obra *Leviatã* desenvolveu um absolutismo racional justificado sem necessitar da religião. Sua formulação de um tipo de contrato social substituiu, com vantagens para a burguesia, o dogma religioso de delegação divina.

Para Hobbes, que tem uma visão competitiva da vida, a inclinação natural do homem é o egoísmo¹⁹⁴. Duas frases suas nesse sentido são famosas: “o homem é o lobo do homem” e “guerra de todos contra todos”. Mas como os homens são naturalmente iguais, ou seja, têm todos o mesmo instinto de auto-conservação, esse estado natural egoísta em que impera a guerra destrutiva exige uma saída: um acordo forçado para garantir a paz e a sobrevivência. Contudo, uma vez que o pacto social é artificial e precário, há necessidade de um poder despótico que o garanta¹⁹⁵.

¹⁹⁴ “Contrasta com esse ponto de vista o que vai desde Hobbes até Freud, e que supõe uma contradição fundamental e constante entre a natureza humana e a sociedade, contradição essa que é consequência da suposta natureza associial do homem.”

“Conquanto siga Rousseau na idéia do ‘selvagem feliz’, segue Hobbes na suposição da hostilidade fundamental entre os homens.”

“O conceito que Freud tem da natureza humana como essencialmente competitiva (e associial) é o mesmo que encontramos na maioria dos autores que acreditam que as características do homem no capitalismo moderno são suas características naturais. (...). Não podemos deixar de ver que toda a teoria de Freud sobre o sexo se baseia na premissa antropológica de que a competição e a hostilidade mútuas são inerentes à natureza humana.”

“Darwin deu expressão a esse princípio na esfera da Biologia com sua teoria da ‘luta pela sobrevivência’. Economistas como Ricardo e os da escola de Manchester transferiram-no para a esfera da Economia. Posteriormente, Freud, sob a influência da mesma premissa antropológica, aplicou o conceito à esfera dos desejos sexuais. Seu conceito fundamental é o de um *homo sexualis*, como o dos economistas foi o do *homo oeconomicus*. Tanto o homem “econômico” como o homem “sexual” são criações úteis cuja suposta natureza – isolada, associial, insaciável e competitiva – faz com que o capitalismo pareça ser o regime que corresponde perfeitamente à natureza humana e o coloque fora do alcance da crítica.

Ambas as posições – o ‘ponto de vista da adaptação’ e o ponto de vista hobbesiano-freudiano do conflito necessário entre a natureza humana e a sociedade – implicam da defesa da sociedade contemporânea, e ambas são deformações unilaterais. Mais ainda, as duas ignoram o fato de a sociedade não só estar em conflito com os aspectos *associiais* do homem, mas também muitas vezes com suas qualidades humanas mais valiosas, que ela mais reprime do que incentiva.” (FROMM, 1983: 82-85, passim)

¹⁹⁵ Cf. HOBBS, 1979: XVI

Hobbes é partidário de um poder absoluto, embora admita o pacto social. Diferente de Bodin, Hobbes é absolutista sem ser teólogo, pois entende que o pacto bem entendido levaria ao absolutismo. Ele não deriva o absolutismo de um direito divino, mas do pacto.

O contrato é firmado entre os membros do grupo que renunciam ao seu direito a tudo e o entregam ao soberano encarregado de promover a paz. O soberano não está submetido à lei, pois ele é a própria fonte legisladora, ele concentra todos os poderes em sua mãos e a obediência a ele deve ser total. “Os pactos sem a espada não passam de palavras”¹⁹⁶.

Para Hobbes a religião implica em um poder diferente da soberania civil e causa conflitos. Segundo ele todos os dogmas de Deus trazem divergências entre os homens e são causas de guerras, pois um quer impor ao outro sua crença. A solução apontada pelo filósofo é a entrega de toda autoridade religiosa ao soberano absoluto, ou a religião ameaçaria a paz civil. O soberano não permitiria o ensino de idéias que significassem sua condenação eterna. Na Inglaterra da época reis católicos governavam súditos protestantes. Hobbes faz uma clara crítica ao papel da Igreja.

É importante contextualizar o pensamento de Hobbes. A Inglaterra foi o primeiro país da Europa a vivenciar a revolução comercial, que justamente apresentou ao mundo a idéia da competição de todos contra todos pelo mercado e acúmulo de capital. Portanto, o pensamento hobbesiano mais retrata as transformações de valores e cultura que ele mesmo vivenciou do que as justifica. Teorias pessimistas sobre a natureza humana, como a de Hobbes, esquecem que a própria existência da sociedade contraria a hipótese de ser o homem um animal não social, além disso, essas teorias deixam de avaliar a força com que os sistemas sócio-econômicos combatem as melhores virtudes humanas.

(...) o funcionamento econômico do mercado repousa sobre a *competição* de muitos indivíduos que querem vender suas mercadorias no mercado correspondente, assim como o seu trabalho ou os seus serviços no mercado de trabalho e de personalidade. Esta necessidade econômica de competição conduziu, especialmente na segunda metade do século XIX, uma atitude cada

¹⁹⁶ Cf. HOBBS, 1979: XVIII

vez mais competitiva, caracterologicamente falando. O indivíduo se sentia compelido pelo desejo de ultrapassar o seu competidor, com o que ficou totalmente invertida a atitude característica da época feudal, segundo a qual cada um tinha na ordem social o seu lugar tradicional com o qual devia contentar-se. Produziu-se em oposição à estabilidade social do regime feudal, uma mobilidade social inaudita, na qual todos lutavam para ocupar os melhores lugares, embora fossem poucos os escolhidos para ocupá-los. Nessa luta pelo sucesso ruíram as normas sociais e morais de solidariedade humana; a importância da vida consistia em ser o primeiro em uma corrida competitiva. (...)

Outro fator que constitui o modo capitalista de produção é que neste sistema a finalidade de toda a atividade econômica consiste no lucro. (...) a atividade econômica só tem sentido se a sua consequência é o lucro, isto é, se ganhamos mais do que gastamos no ato de produzir.

(...)

O nosso problema está no fato de o nosso motivo para produzir não ser a utilidade social, não ser a satisfação produzida pelo trabalho de produzir em si, mas o lucro resultante do investimento. Não há razão alguma para que interesse ao capitalista individual a utilidade do seu produto para o consumidor¹⁹⁷.

Apesar desse racionalismo de Hobbes que fundamenta o poder absoluto na necessidade de um acordo entre os homens, prevaleceram na Europa as monarquias absolutas de direito divino, cujo exemplo mais claro ocorreu na França sob o reinado de Luis XIV. Jacques Bossuet (1624-1704) foi um ardoroso defensor desse absolutismo e sustentou que todo o poder deriva de Deus, de modo que revoltar-se contra o governo estabelecido configura crime de sacrilégio a ser punido com a morte. Segundo Bossuet o homem é um ser social que necessita da autoridade do divino soberano para frear suas paixões e evitar a violência. O rei é o Estado. É ele quem administra, julga e faz as leis. Enquanto divina, sua autoridade é absoluta, legítima e incontestável¹⁹⁸.

Com a centralização do poder, o Estado conseguiu o monopólio da criação do direito e o juiz passou a julgar com base no direito autorizado pelo Estado e não mais nas máximas de direito natural e na equidade. O direito positivado passou então a ser reconhecido e aplicado. Cumpre notar que nesta seara a aristocracia também obteve privilégios do Estado absolutista, com regras jurídicas próprias e tribunais especiais¹⁹⁹.

¹⁹⁷ FROMM, 1983: 95-96, *passim*.

¹⁹⁸ Cf. MARQUES, 2008: 71-72.

¹⁹⁹ “Um dos mais importantes privilégios concedidos pela França absolutista à nobreza, foi a criação de regras jurídicas específicas e tribunais especiais para a aristocracia e o clero

Mais importante do que esses privilégios dos estados, entretanto, é o privilégio obtido pela posse de riquezas, a possibilidade, em muitos casos, de substituir a pena capital e o castigo corporal por fiança ou, nos casos mais graves, pelo banimento.

Destarte, enquanto aqueles que tinham recursos suficientes para pagar estavam aptos a comprar a liberação da punição, delinquentes que não tinham meios (isto é, a grande maioria) eram impotentes para porem-se a salvo do tratamento severo a que eram submetidos. De longe, o maior número de crimes era agora contra a propriedade, cometidos por aqueles que não tinham propriedade alguma, de modo que dificilmente uma fiança atingiria esses casos²⁰⁰.

O direito penal não escapou da centralização do poder e deixou definitivamente a órbita do poder local para se tornar uma necessidade do Estado, um instrumento de preservação e reprodução da ordem política e social. Se o direito penal feudal teve como missão política manter as relações sociais feudais, o direito penal absolutista reprimia as forças sociais garantindo a expansão da política mercantilista.

Nessa retomada do poder punitivo pelo Estado²⁰¹ o conceito de crime passa a se distanciar da idéia de pecado, pois o direito penal não está mais a serviço da fé religiosa e sim do Estado e seu sistema político. Um importante documento jurídico do período, elaborado no contexto do direito medieval alemão foi a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1523, que expressa o triunfo da concepção pública da pena, ou seja, a sanção penal decorre do Estado e não mais da vontade de particulares. Esse documento provocou o desenvolvimento do processo inquisitivo e estabeleceu requisitos legais para a tortura e o arbítrio das decisões judiciais. As penas corporais eram

julgarem os seus próprios membros. Outro, o privilégio da imunidade tributária conferido também à nobreza e ao clero desobrigando-os do desagradável dever de pagar impostos. Segundo os historiadores, na França pré-revolucionária os nobres perfaziam 400.000 pessoas, numa população total de 23.000.000 de franceses.” (FREITAS, 2001: 30)

²⁰⁰ RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 35-36

²⁰¹ O direito penal deixa de ser uma mera arbitragem entre interesses privados e se transforma em parte decisiva do direito público devido a 3 fatores principais:
 .fortalecimento da função disciplinar do senhor feudal contra todos os que estavam em situação de subordinação econômica;
 .fortalecimento das autoridades centrais (reais) para fortalecer sua influencia através da extensão dos direitos judiciais;
 .interesse fiscal, pois o direito penal gera riqueza através do confisco e da fiança. (Cf. Idem, ibidem: 23-25)

abundantes e a pena de morte aplicada de forma cruel. As penas de prisão tinham uso bastante restrito²⁰².

De um modo geral os diplomas penais da época se dedicavam mais a organização judiciária do que à definição dos crimes em espécie. As decisões judiciais não precisavam ser fundamentadas, a tortura tinha destaque nas provas e as penas eram severas e cruéis. A pena de morte era aplicada a um grande número de crimes. A privação da liberdade não tinha caráter de sanção penal, mas cumpria finalidades administrativas nem sempre relacionadas com o processo penal. Além disso, o segredo instituído como regra em todas as fases do processo deixava o acusado praticamente sem defesa²⁰³.

A justiça penal se transformou em um meio de explicitar o poder do soberano sobre a comunidade. As penas cruéis eram executadas em praça pública para que todos pudessem testemunhar os sofrimentos do contestador da autoridade divina do soberano. Esse espetáculo sádico tinha a função de intimidar a população e reafirmar o poder do rei. Não existia qualquer preocupação com a correção do condenado²⁰⁴; já que a regra era a imposição da morte. As penas também não conheciam o princípio da legalidade e seu caráter era meramente vindicativo e intimidativo, visando dar exemplo aos demais através do temor²⁰⁵.

Quanto mais empobrecidas ficavam as massas, mais duros eram os castigos, para o fim de dissuadi-las do crime. O castigo físico começou a crescer consideravelmente por todo o país, até que finalmente tornou-se não apenas suplementar, mas a forma regular de punição. Execução, mutilação e açoites não foram introduzidos através de uma mudança revolucionária

²⁰² Cf. FREITAS, 2001: 44.

²⁰³ Cf. Idem, ibidem: 46.

²⁰⁴ “Na justiça penal não vigorava o princípio do duplo grau de jurisdição. As célebres frases de Luis XIV – “L’Etat c’est moi” e Le Juge c’est moi” – caracterizam a justiça da época. O poder não admitia partilhas. Nas mãos dos monarcas absolutos, o suplício infligido aos criminosos não tinha por finalidade restabelecer a justiça, mas reafirmar o poder do soberano. A pena sem qualquer proporção com o crime cometido, não possuía nenhum conteúdo jurídico nem qualquer objetivo de emenda do condenado. Sua aplicação tinha a função utilitária de intimidar a população por meio do castigo e do sofrimento infligido ao culpado.” (MARQUES, 2008: 73).

²⁰⁵ Cf. FREITAS, 2001: 46.

repentina, mas gradualmente se converteram em regra no interior de uma situação que se transformava.

(...)

A legislação era francamente contra as classes subalternas.

(...)

Até o século XV, a pena de morte e a mutilação grave eram usadas somente em casos extremos, para suplementar o complicado e cuidadosamente diferenciado sistema de fianças. Entretanto, agora essas penas tornavam-se a medida mais comum. (...). O crescimento extraordinário do número de sentenças para a pena de morte ao longo do século XVI é bastante conhecido. Os dados da Inglaterra, que deve estar aproximadamente corretos, fornecem-nos a idéia da situação no resto da Europa. Informam que aproximadamente 72 mil larápios foram enforcados durante o reinado de Henrique VIII, e que sob Elizabeth vagabundos eram pendurados em fila, mais ou menos de trezentos a quatrocentos de uma vez. A população da Inglaterra estava então em torno de apenas três milhões de pessoas. (...). A pena de morte adquiriu um novo significado; não era mais o instrumento externo destinado aos casos mais graves, mas um meio de tirar do caminho aqueles indivíduos alegadamente perigosos²⁰⁶.

No absolutismo as penas se caracterizavam por castigar o corpo do condenado, por causar dor e sofrimento explícitos. Na aplicação da pena de morte o suplício era a arte de reter a vida no sofrimento, quantificando-o e dando prova da manifestação do poder que pune. O direito penal era um espetáculo que tinha como sede o corpo do condenado. A dor do executado servia à intimidação dos expectadores²⁰⁷.

Temos notícias de inúmeras execuções longas e terrivelmente cruéis. A de Damiens, relatada por Foucault talvez seja a mais famosa delas. O infeliz foi atezado, retalhado e desmembrado em vida. Enfim, foi uma época em que a crueldade e a criatividade humana andavam juntas²⁰⁸.

²⁰⁶ RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 36-38

²⁰⁷ Cf. FOUCAULT, 2001: 31.

²⁰⁸ Cf. Idem, ibidem: 9.

A gravidade dos suplicios, em nome da vingança pública, fez-se sentir em vários países. Como relata João Bernardino Gonzaga, Na Itália “chegou-se a criar uma forma de execução que durava o número simbólico de quarenta dias. Dia após dia, tudo meticulosamente estudado, cortava-se um pedaço do corpo do paciente, de modo a que somente no quadragésimo dia ele afinal expirasse. As execuções se faziam em praça pública, aos olhos do povo. Para lá transportava-se o sentenciado em carroça, o que constituía, tradicionalmente, sinal de ignomínia. Era proclamado ao público o crime cometido e, a seguir, passava-se à longa imposição de tormentos²⁰⁹.

Chama atenção o nascimento do Poder Judiciário. A justiça deixa de ser um ajuste regrado entre os indivíduos envolvidos na contenda para ser um poder exterior que submete as partes confiscando o direito de vítima e vingador. Surge o procurador: representante do rei e de seu poder lesado, cuja função é substituir a vítima. É no absolutismo que o poder político se apossa definitivamente dos procedimentos judiciais, utilizando o confisco de bens e a aplicação de multas para enriquecer²¹⁰.

A fiança evoluiu de uma compensação à parte prejudicada para um meio de enriquecimento de juizes e oficiais de justiça. Na prática era reservada aos ricos, enquanto o castigo corporal tornou-se a punição para os pobres²¹¹.

O crime deixa de ser apenas uma questão entre dois indivíduos para ser uma ofensa ao Estado e à sua lei. A lesão se transforma em infração penal. O dano cometido por um indivíduo contra outro perde espaço para a lesão à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade.

Essa apropriação da justiça pelo Estado cria a sanção penal. Se na Idade Média o culpado resgatava sua paz satisfazendo a vítima com uma compensação, com a elaboração do Estado, a obrigação do condenado com a vítima é alterada, pois não é mais o ofendido quem tem o direito de decidir sobre a paz e a segurança do ofensor. Esse arbítrio agora pertence ao Estado. À vítima restou um suposto direito de indenização pelos prejuízos causados, mas como a maioria dos

²⁰⁹ MARQUES, 2008: 74-75

²¹⁰ Cf. FOUCAULT, 2005: 65-67.

²¹¹ RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 34.

crimes é patrimonial e praticada por pobres, na prática a vítima ficou sem nada. A pena estatal se torna primordial e a reparação do dano causado à vítima perde espaço, ficando em segundo plano, quando possível.

Ou seja, o enfoque do problema deve ser invertido: não é a atenção dada ao delinqüente e à pena a causa do preterimento da vítima, mas ao contrário. Ao substituir o indivíduo-vítima pela comunidade-vítima, e relegar a vítima individual a um segundo plano, alterou-se profundamente os termos reais do conflito. E, como consequência, alterou-se também a resposta ao conflito. Ao não existir uma proporção adequada entre o delito e sua resposta, o destinatário dessa proporção inadequada converte-se no centro da atenção, converte-se em vítima do sistema penal. E o direito penal se ocupa de sua própria possível vítima.

(...). A atenção posta no destinatário da pena revela, em um plano moral, que a pena prevalece sobre a reparação do dano causado pelo delito²¹².

Nessa fala de Messuti percebemos algo muito relevante: no absolutismo o sistema penal destaca a punição, a sanção penal concretamente aplicada. O ato de punir é o espetáculo. Conforme veremos, essa política criminal irá sofrer uma grande mudança.

Assim, diante do criminoso, surge um segundo credor, uma ficção jurídica: o Estado. Mas este credor domina a cena na medida em que é ele quem determina a vida e a morte do acusado. O critério na resposta penal não é mais a satisfação da vítima do crime, mas o fortalecimento do poder do Estado, enfraquecido com a ofensa à lei. Se o criminoso tem recursos financeiros eles serão capazes de satisfazer o Estado e resolver a “dívida”, mas se o criminoso tem apenas sua vida, seu corpo, então é o corpo e a vida humana que serão usados através do sofrimento espetáculo para reafirmar o poder do soberano.

Como o preço da mão-de-obra baixou, a valorização da vida humana tornou-se cada vez menor. A luta renhida pela sobrevivência moldou o sistema penal de tal forma que este se constituiu num dos meios de prevenção de grandes crescimentos populacionais. Von Hentig corretamente aplica a idéia de seleção para o sistema penal, mostrando que o sistema agia como um tipo de terremoto artificial, destruindo aqueles que as classes altas consideravam inadequados para a sociedade²¹³.

²¹² MESSUTI, 2003: 75

Importa salientar a enorme mudança cultural imposta na época. O camponês, que vivia no ritmo da natureza e na dependência de sua íntima relação com ela, conhecia a família numerosa como uma vantagem no trabalho na terra. Já na cidade, na economia manufatureira, a situação era totalmente diferente. A família numerosa significava mais bocas para alimentar sem a correspondente oferta de trabalho produtivo para todos. A sobrevivência nesse contexto só se fazia possível mediante a prática da mendicância ou de delitos patrimoniais. Essas pessoas que sobravam à margem da paisagem orgulhosa das cidades não tinham função e eram uma constante ameaça ao sistema político e econômico que estava criando raízes. Sua eliminação era uma questão de política pública; função que ficou a cargo do direito penal.

O protestantismo também interage nesse contexto. Enquanto a valorização do dogma do mérito individual e da crença de que o sucesso reflete a escolha divina e revela sua benção sobre uma vida supostamente regrada prepondera, a carência absoluta marginal demonstra o contrário: que o pobre não é merecedor de bem-estar, segundo a ordem divina. O mesmo deus que seleciona seus filhos privilegiando uns em detrimento de outros é aquele que pune e dilacera os corpos sem função sistêmica.

Primordial é perceber com a análise desse momento histórico que o Estado é fundado sobre um paradoxo: o discurso é de valorização do trabalho, do esforço pessoal e do merecimento; mas a realidade premia, com a garantia dos privilégios decorrentes do nascimento, quem não trabalha e pune com a miséria quem trabalha e com repressão cruel, quem nem isso consegue.

No sistema atual, a renda pode ser totalmente independente do esforço ou do serviço pessoal. O dono de capital pode ganhar sem trabalhar. A função humana essencial da troca de esforço por dinheiro pode converter-se na manipulação abstrata do dinheiro para obter mais dinheiro²¹⁴.

²¹³ RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 39

²¹⁴ FROMM, 1983: 96.

O que caracteriza a distribuição de renda do capitalismo é a falta de proporção equilibrada entre o esforço e o trabalho de um indivíduo e a consideração social que se lhe concede sob a forma de compensação financeira. Em uma sociedade mais pobre que a nossa, essa desproporção teria por consequência extremos de luxo e de pobreza maiores do que poderiam tolerar as nossas normas morais. Porém eu não desejo acentuar os efeitos materiais dessa desproporção, mas seus efeitos morais e psicológicos. Um dos efeitos é a desvalorização do trabalho, dos esforços e habilidades do homem. O outro está em que enquanto o meu ganho estiver limitado pelo esforço por mim desenvolvido, o meu desejo também o estará. Por outro lado, se minha renda não é proporcional ao meu esforço, não haverá limitações para os meus desejos, pois sua satisfação depende das oportunidades oferecidas por determinadas situações do mercado e não de minhas próprias capacidades²¹⁵.

O discurso retórico é pela valorização do trabalho, mas a imposição política e econômica determina sua desvalorização constante. Vítima desse processo, o trabalhador, expulso do campo e ainda desnecessário à cidade, perde seu lugar entre o discurso e a realidade e precisa ser eliminado, pois sua presença maciça em estado de miséria e abandono denuncia a hipocrisia do sistema que surge com força suficiente para prevalecer. Os elimináveis não têm nem espaço nem tempo, se perderam na velocidade das transformações sociais.

É importante observarmos que o espaço da pena era público, pois a prática penal era um espetáculo. Além da punição sangrenta e dramática, o infrator, pouco antes dos tormentos, exteriorizava seu arrependimento e costumava pedir perdão pela falta cometida. Embora não houvesse uma proporcionalidade entre os delitos e a pena aplicada, pois o mal da punição excedia em muito a eventual gravidade do ato praticado, não parece correto afirmar que inexistia qualquer preocupação com a proporcionalidade, pois o maior tempo do suplício costumava gravar os piores crimes. A pena de morte do absolutismo, então, apresenta as seguintes características, considerando o espaço e o tempo: pena pública explícita, no espaço da comunidade e tempo do suplício determinando a gravidade da conduta praticada pelo condenado à morte. A atenção dos expectadores e do sistema está voltada para a punição exemplar do criminoso.

²¹⁵ Idem, *ibidem*: 97.

Vimos nesse capítulo que uma somatória de circunstâncias do absolutismo levaram uma enorme quantidade de pessoas à miséria absoluta: revolução dos preços, cercamento dos campos, ausência de trabalho, excesso de oferta de mão-de-obra, baixo preço dos salários, aumento de impostos para custear guerras, etc. A Idade dos Mendigos exigiu uma centralização do poder punitivo e medidas radicais de contenção da animosidade crescente. Em função disso, a sanção penal se tornou pública e a pena de morte foi aplicada de forma cruel e com frequência, eliminando as pessoas que perderam seu tempo e espaço e não conseguiram se incorporar ao novo modelo social com a rapidez imprescindível à sobrevivência.

III. 3. A PRISÃO E A OCULTAÇÃO DA PUNIÇÃO

O sistema penal baseado no espetáculo do sofrimento do criminoso e da pena de morte começou a entrar em decadência junto com a superação do absolutismo. Alguns fatores favoreceram essa mudança: a ineficácia do sistema punitivo que, embora cruel e vigoroso, não conseguia conter a criminalidade perigosa que se multiplicava; a necessidade de trabalhadores para as indústrias; a economia que exigia uma maior liberdade para o desenvolvimento do capitalismo; a superação da política de manutenção parasitária dos privilégios de nascimento da nobreza e do próprio rei.

O sistema punitivo do absolutismo, que explicitava a violência e o poder do Estado e fazia do condenado uma vítima pública de sofrimentos atrozes, já estava causando alguns tumultos sociais.

Na segunda metade do século XVIII, como observa Von Hentig, “o arco da pena de morte estava excessivamente tenso”. O seu largo emprego redundaria em estatísticas frustrantes, pois o aumento da criminalidade e das tensões sociais exigiam novas formas de reação para proporcionar segurança às classes dominantes.

O desterro das cidades e a inflicção de penas corporais haviam contribuído para o êxito de uma delinquência extremamente perigosa e que se expandia com grande rapidez, pois as guerras e as revoluções desacreditavam os velhos poderes. Nas palavras do mesmo escritor, “a pena privativa de liberdade foi o novo e grande invento social, intimidando sempre, corrigindo frequentemente e que deveria imprimir um retrocesso ao crime e, se não pudesse derrotá-lo, pelo menos deveria manter o fenômeno encerrado entre muros.”

A pena de morte, assim, agonizava como instituição de grande prestígio²¹⁶.

Foucault nos relata um episódio ocorrido no fim do século XVII, em Avignon, que retrata bem os problemas que o bárbaro sistema punitivo do absolutismo começava a enfrentar: Pierre du Fort, assassino, estava para ser enforcado. Contrariando a vontade de seu carrasco, contudo, o condenado prendia os pés no degrau e evitava ficar suspenso no vazio.

²¹⁶ DOTTI, 1998: 37

Vendo isso, o carrasco lhe cobriu o rosto com seu gibão e lhe batia por baixo do joelho, sobre o estômago e a barriga. Vendo o povo que ele o fazia sofrer demais e pensando mesmo que o degolava com sua baioneta – tomado de compaixão pelo paciente e de fúria contra o carrasco, jogou pedras contra ele; enquanto isso, o carrasco abriu as duas escadas e jogou a vítima para baixo, saltando-lhe sobre os ombros e pisando-a enquanto a mulher do dito carrasco o puxava pelos pés por baixo da forca. Fizeram-lhe sair sangue da boca. Mas a chuva de pedras contra ele aumentou, houve até algumas que atingiram o enforcado na testa, o que obrigou o carrasco a subir a escada, de onde desceu com tanta precipitação que caiu no meio dela, e deu com a cabeça no chão. E a multidão se lançou sobre ele. Este se levantou com uma baioneta na mão, ameaçando matar quem se aproximasse; mas, depois de cair e se levantar várias vezes, apanhou muito do povo que o emporcalhou e o afogou no riacho, arrastando-o em seguida com grande paixão e fúria até a universidade e de lá até o cemitério dos Cordeliers. Seu criado, igualmente surrado, com a cabeça e o corpo machucados, foi levado ao hospital onde morreu alguns dias depois. Entretanto, alguns forasteiros e desconhecidos subiram a escada e cortaram a corda do enforcado, enquanto outros o recebiam por baixo depois de ter ficado pendurado o tempo maior que um grande Misere. E, ao mesmo tempo, quebraram a forca, e o povo fez em pedaços a escada do carrasco...As crianças atiraram a forca com grande precipitação no Ródano. Quanto ao supliciado, foi transportado para um cemitério, para não ser apanhado pela justiça e de lá para a Igreja de Saint-Antoine. O arcebispo lhe concedeu o perdão, mandou transportá-lo para o hospital e recomendou aos oficiais que tomassem com ele cuidado todo especial. Enfim, mandamos fazer uma roupa nova, dois pares de meias, sapatos, vestimo-lo de novo da cabeça aos pés. Os nossos confrades lhe deram camisas, calções, luvas, e uma peruca²¹⁷.

No fim do século XVIII e começo do século XIX, o espetáculo da punição gradativamente vai desaparecendo. A identificação entre o criminoso e o carrasco, entre o Estado e a violência passam a ser criticadas e se tornam um inconveniente a ser superado. A discricção, que no absolutismo estava no processo penal, no inquérito, na investigação do crime com tortura, é transferida para a aplicação da sanção penal. Descobrir e analisar a verdade do fato punitivo é louvável, mas aplicar a sanção penal é vergonhoso. Como se fosse possível separar a responsabilidade por um ato da responsabilidade por sua consequência, a “justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada ao seu exercício.” (...). O sigilo e o espetáculo trocam de lugar. A apuração do crime que antes era sigilosa passa a ser notícia, domina a cena e antecipa a execração social do suspeito. A punição que antes acontecia no

²¹⁷ FOUCAULT, 1987: 53

espaço público, sob o testemunho e a garantia da população, passa a ser discreta, velada. “É indecoroso ser passível de punição, mas pouco glorioso punir”. (...). A justiça tem a nobre tarefa de revelar a verdade, mas não gosta de assumir sua responsabilidade pela punição. “A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena”²¹⁸.

Essa intenção, algumas vezes declarada, de retirar da justiça a responsabilidade pela administração da pena é acompanhada pela alteração da retórica que justifica a punição. A finalidade declarada da pena não é mais a vingança pública, o fazer sofrer, o castigar. A finalidade declarada da pena é a reinserção social, a recuperação do criminoso. O juiz não é um carrasco, é um educador. Eventual sofrimento imposto pelo Estado é apenas aquele essencial e imprescindível à cura do delinqüente.

Ao mesmo tempo em que ocorria o desgaste do absolutismo e de seu sistema de punição, começa a surgir um interesse econômico em explorar o trabalho do condenado. As punições mais comuns passaram a ser: escravidão nas galés, deportação e trabalhos forçados.

A conquista das colônias aumentou a demanda por bens de consumo e trouxe prosperidade e desenvolvimento aos centros urbanos, que passaram a oferecer variadas oportunidades de trabalho. Porém, nessa época a Europa vivia uma queda em seu crescimento demográfico em função das guerras religiosas e outros problemas internos. A França, após a Guerra dos Cem Anos, experimentou uma queda de cerca de sete milhões de pessoas²¹⁹. A Alemanha, após a Guerra dos Trinta Anos, enfrentou um decréscimo populacional ainda mais dramático, existindo autores que estimam uma queda de dezoito para sete milhões de pessoas²²⁰.

²¹⁸ Idem, 2001: 13.

²¹⁹ RUSCHE e KIRCHHEIMER informam em nota de rodapé que: “a população da França no tempo de Henrique III não chegou a mais do que 14 milhões, enquanto antes do estopim da Guerra dos Cem Anos chegou a somar entre 20 e 22 milhões.” (2004: 44, nota 3).

²²⁰ (...) talvez não tenhamos experimentado nunca algo tão terrível como a Guerra dos Trinta Anos da Alemanha (1618-1648). Cerca de dois terços da população local desapareceram, a miséria dos que sobreviveram era extremamente grande. Cinco sextos das aldeias do império foram destruídos. Lemos de uma delas, no Palatinado, que em dois anos foi saqueada 28

Diante da diminuição da população e do aumento da oferta de trabalho os salários subiram. Na Holanda a falta de força de trabalho era tão dramática que os proprietários pagavam salários mais altos que seus próprios lucros. A Europa, em geral, portanto, presenciou uma significativa melhora nas condições de vida dos trabalhadores urbanos e rurais²²¹.

Outro fator determinante para essa situação foram as leis contra a imigração, que obrigavam os pobres a retornarem a suas casas mesmo quando não havia trabalho. Essa política impedia uma distribuição racional da força de trabalho²²².

Os proprietários dos meios de produção enfrentavam um duro revés. Ao mesmo tempo em que a demanda pelos bens de consumo aumentava exigindo grandes investimentos e acúmulo de capital para expansão do comércio e das manufaturas, o trabalho passou a ser um bem escasso só acessível mediante o pagamento de altos salários e oferta de condições favoráveis de trabalho.

Os empreendedores apelaram ao governo e várias medidas foram adotadas para resolver o problema da falta de mão-de-obra. Em toda Europa passou a ocorrer um estímulo às taxas de natalidade e a idéia de que a riqueza, saúde e segurança de um país dependiam de um grande número de habitantes passou a ser difundida.

Na Inglaterra, diz Pribram, os Stuarts favoreceram as festividades populares do *May Day*, com todo seu divertimento bucólico e hilaridade, pois a consequência era o crescimento da população. Mesmo que as donzelas perdessem suas virtudes, o rei ganhava novos súditos-particularmente soldados. Nessas ocasiões, ele próprio, provavelmente, ajudava no crescimento da população, de forma a fazer jus ao título de “pai do país”. (...). Na França, Colbert oferecia redução de impostos para casamentos precoces e famílias numerosas. O incentivo sistemático para o crescimento da taxa de natalidade era, também, significativo para os alemães. As consequências da Guerra dos Trinta Anos e as dimensões pequenas do território, em comparação à sua

vezes. Na Saxônia, alcatéias de lobos vagavam livremente, pois ao norte cerca de um terço da terra havia sido abandonado.” (HUBERMAN, 1986: 98).

²²¹ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 45.

²²² Cf. Idem, ibidem: 47.

demanda, exigiam que o governo adotasse uma ampla e efetiva política, de tal forma que o mercantilismo na Alemanha tem sido presentemente chamado de populacionista. Em 1746 o clero prussiano foi proibido de punir as mães solteiras. O objetivo dessa medida era reduzir o número de infanticídios. Em 1747 promulgou-se um decreto contra o costumeiro ano de luto das viúvas. Os éditos de Frederico II da Prússia, de 17 de agosto de 1756 e de 8 de fevereiro de 1765, proibiam considerar as mães solteiras como sem reputação e as medidas relacionadas à moralidade pública foram abolidas. As opiniões de Frederico II sobre esse assunto foram expressas numa carta a Voltaire: *Penso neles (o povo) como um rebanho num grande pátio senhorial; sua única função é povoar e prover suas reservas*²²³.

Nas guerras os nacionais eram poupados e em seu lugar passaram a ser usados mercenários estrangeiros²²⁴. A falta de homens era tão grave que criminosos passaram a integrar o exército. Juizes e carcereiros eram consultados sobre a adequação dos condenados para o serviço militar, sendo auferida a capacitação física e não a moral. “O exército foi considerado um tipo de organização penal, apropriado para errantes, extravagantes, ovelhas negras e ex-condenados”²²⁵.

Os criminosos passaram a ver no exército uma alternativa às punições bem mais severas como as galés. Era comum o recrutamento e posterior deserção. A execução de um soldado já treinado era evitada e muitos crimes eram perdoados na expectativa de que tais homens ocupassem posições de alto risco nas batalhas. Essa tolerância influenciou negativamente a moralidade militar e trouxe insegurança para a vida e propriedade em geral²²⁶.

²²³ Idem, ibidem: 49-50

²²⁴ A Inglaterra travou suas guerras coloniais praticamente com mercenários estrangeiros, com o argumento de que sua população podia ser melhor ocupada em ofícios e artes da paz.

²²⁵ Idem, ibidem: 52.

²²⁶ Cf. Idem, ibidem: 52.

Todavia, a principal preocupação continuava a ser a necessidade de uma grande reserva de força de trabalho para o crescimento continuado da indústria. Era interesse comum do governo e dos donos dos meios de produção a existência de força de trabalho a baixo custo e uma legislação definindo regras para o trabalho nas fábricas. Por esse motivo o Estado passou a proibir com vigor a emigração de trabalhadores²²⁷ e tabelou salários máximos para conter a alta nos preços da mão-de-obra.

Nesse contexto surge a ideologia segundo a qual o homem teria inclinação natural para o ócio e o prazer e que se não houvesse necessidade ele não trabalharia; assim a riqueza de um país dependia da existência de uma grande quantidade de habitantes empobrecidos forçados a trabalhar para sobreviver²²⁸.

O trabalho infantil era incentivado de todas as formas e eventualmente o Estado criava seus próprios estabelecimentos para empregar os órfãos. Isso afetava diretamente a educação, cujo principal objetivo passou a ser treinar as crianças para a indústria²²⁹.

A Inglaterra foi o primeiro país que vivenciou a revolução industrial e a decadência do absolutismo, de modo que seu capitalismo nascente detinha mais poderes para influir nas decisões políticas e econômicas. Durante um bom tempo, o açoite, o desterro e a pena de morte foram os principais instrumentos que a política social inglesa utilizou para coibir a mendicância e a vadiagem, mas a idéia do trabalho obrigatório e da disciplina logo combinou com os interesses da época em que imperava a falta de mão-de-obra.

²²⁷ “Um decreto francês de 1669 estabelecia o seqüestro e o confisco da propriedade do trabalhador emigrante, e um último decreto de 1682 ia mais longe, introduzindo a pena de morte aos emigrantes e aprisionamento ao incitamento à emigração.” (Idem, ibidem: 54).

²²⁸ Conforme RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 55.

²²⁹ Conforme HUBERMAN, 1986: 109-117.

“Por solicitação de alguns expoentes do clero inglês, alarmados com proporções alcançadas pela mendicância em Londres, o rei autorizou o uso do castelo de Bridewell para acolher os vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância. O objetivo da instituição, que era dirigida com mão de ferro, era transformar os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina. Além disso, ela deveria desencorajar outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, e assegurar o próprio auto-sustento através do trabalho, a sua principal meta. O trabalho que se fazia era, em grande parte, no ramo têxtil, como o exigia à época. A experiência deve ter sido coroada de sucesso, pois, em pouco tempo, *houses of correction*, chamadas indistintamente de *bridewells*, surgiram em diversas partes da Inglaterra²³⁰.

Na Inglaterra, portanto, o problema acabou sendo enfrentado com as casas de correção, que ofereciam trabalho aos desempregados ou obrigava a trabalhar aqueles que se recusasse a fazê-lo. Eram instituições inspiradas na primitiva *Bridewell* e que atendiam ao espírito de considerar criminosa a recusa ao trabalho²³¹. Na história do cárcere esse tipo de instituição foi o primeiro exemplo de detenção laica sem a finalidade de custódia²³².

Nessa época era freqüente na Europa a existência de estatutos estabelecendo um limite máximo de salário, de modo que estava proibido, sob pena de sanção penal, pagar mais do que o estabelecido. O trabalho era oferecido em condições difíceis, com o claro objetivo de explorar ao máximo a força de trabalho. As “*houses of correction*” ou “*workhouses*”, com seu trabalho forçado, era uma forma bastante contundente de forçar o trabalhador a aceitar as cruéis condições de trabalho existentes na época.

²³⁰ MELOSSI e PAVARINI, 2006:36

²³¹ “A recusa ao trabalho parece ter sido o único ato ao qual se atribuía uma verdadeira intenção criminosa, uma vez que na lei de 1601 – considerada equivocadamente como o estatuto principal da Old Poor Law, quando de fato ela não fez mais do que completar a legislação anterior – era facultado ao juiz enviar para a prisão comum (common gaol) os ociosos capazes de trabalhar.” (Idem, ibidem: 36)

²³² Cf. Idem ibidem: 39.

Em 1547, na Inglaterra, os vagabundos que se recusassem a trabalhar ou fugissem seriam entregues aos senhores como escravos por dois anos. Reincidência pela segunda vez ensejava escravidão pelo resto da vida, na terceira vez era aplicada a morte. A França procurou ocupá-los em obras públicas, na construção de fortalezas, estradas e na limpeza pública²³³.

Apesar dos esforços, o problema da mendicância persistiu na Europa. Muitas vezes os trabalhadores se tornavam mendigos para terem férias ou procurar emprego melhor. Mas a política do século XVI procurava impedir que os pobres se recusassem a oferecer seu trabalho por baixos salários, preferindo mendigar.

Um decreto de Bruxelas de 1599 estabelecia penalidades para mendigos aptos, serviçais domésticos que abandonassem seus senhores, e trabalhadores que deixassem seus empregos para se tornarem mendigos. Um decreto francês de 1724 justificava a punição à mendicância apta com base na idéia de que eles de fato privavam os pobres de pão, pois privavam as cidades e vilas de seu potencial de trabalho. As definições de arruaceiro, vagabundo e mendigo inveterado num estatuto inglês de 1597 constituem evidência maior de mudança na atitude, pois tais definições abrangiam todos os trabalhadores que se recusassem a trabalhar²³⁴.

A casa de correção foi criada justamente para resolver a questão, conforme vimos, a primeira surgiu em Londres no ano de 1555. Mas seu desenvolvimento máximo ocorreu na Holanda no final do século XVI, pois foi nesse país que o sistema capitalista estava mais desenvolvido na Europa sem a adequada reserva de força de trabalho²³⁵.

Mas as casas de correção não foram lançadas sozinhas para realizar a função de domesticar a força de trabalho disponível. Outras medidas políticas e paralelas a ela foram tomadas pelo governo: a limitação por lei do teto salarial, o prolongamento das jornadas de trabalho, a proibição da livre associação do trabalhador e assim por diante.

²³³ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 65.

²³⁴ Cf. Idem, ibidem: 67.

²³⁵ Cf. Idem, ibidem: 68.

Na Holanda os salários eram altos e a jornada de trabalho pequena, mas não era bom para a indústria que as pessoas se contentassem com os ganhos de uma semana de quatro dias de trabalho, preferindo passar o resto do tempo descansando. Além disso, a redução do custo da produção era uma necessidade econômica real. Através do Calvinismo os trabalhadores foram instados a acreditar que o dever para com o trabalho é a essência da vida e, portanto, espontaneamente deviam trabalhar mais por menos²³⁶. Todavia, nem mesmo a disciplina do catecismo conseguiu resolver os problemas sociais e medidas mais radicais como as casas de correção tiveram que ser usadas para conter os mais relutantes²³⁷.

É interessante observar a tese principal sobre a vagabundagem de um autor holandês chamado D.V. Coornhert, conforme escrito datado de 1567. Ele afirma que se “na Espanha os escravos valem de cem a duzentos florins, os homens livres holandeses, a maior parte dos quais conhecia um ofício, deviam valer mais vivos do que mortos, e, portanto, o mais conveniente seria fazê-los trabalhar quando cometessem um delito”²³⁸. Parece que seus argumentos foram ouvidos, porque em julho de 1589 os magistrados da cidade de Amsterdã decidiram construir uma casa com esse objetivo. O novo estabelecimento foi inaugurado em um antigo convento em 1596.

A criação dessa nova e original modalidade de sonegação punitiva responde mais a uma exigência conexas ao desenvolvimento geral da sociedade capitalista do que a genialidade individual de algum reformador – como frequentemente uma história jurídica entendida como história das idéias ou ‘história do espírito’ tenta convencer-nos. Isso fica evidente no fato de que, ao que parece, nenhuma influência direta foi passada das experiências inglesas anteriores (*bridewells*) para os holandeses do século VII. A criação holandesa do *Tuchthuis* corresponde ao mais alto grau de desenvolvimento atingido pelo capitalismo neste período²³⁹.

²³⁶ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 68.

²³⁷ “O exemplo de Amsterdã foi estudado e seguido em toda a Europa, particularmente nos países de língua alemã”. (Idem, *ibidem*: 69).

²³⁸ Cf. MELOSSI e PAVARINI, 2006: 42.

²³⁹ Idem, *ibidem*: 39.

A casa de correção é essencialmente uma casa de assistência aos pobres, uma oficina de trabalho e uma instituição penal. Seu principal objetivo é transformar a força de trabalho do indesejável em utilidade. A correção ocorreria se, quando em liberdade, o interno procurasse o mercado de trabalho espontaneamente²⁴⁰.

O público das casas de correção eram os mendigos aptos, vagabundos, desempregados, prostitutas e ladrões. No começo apenas agentes de pequenos delitos eram recebidos, depois foram também inseridos nesse sistema os flagelados, marginalizados e sentenciados com penas longas. Com a boa reputação da instituição os cidadãos começaram a internar nas casas suas crianças rebeldes e seus dependentes dispendiosos²⁴¹.

O interesse econômico envolvido garantia a queda nas condições de vida dos prisioneiros aos níveis mais baixos possíveis. Contra as acusações de concorrência desleal com empresas privadas, a casa de correção ocasionalmente aceitava encomendas ou emprestava o trabalho forçado²⁴².

A capacidade de trabalho dos internos era utilizada de duas maneiras: as próprias autoridades administravam as instituições, ou os reclusos eram entregues a um empregador privado. Ocasionalmente, toda a instituição era entregue a um contratante. Os internos do sexo masculino eram utilizados principalmente no trabalho de raspar as madeiras duras, destinadas à tintura de tecidos, uma prática primeiramente introduzida em Amsterdã. Este era um trabalho especialmente difícil, que requeria força e resistência física consideráveis. Os prisioneiros trabalhavam em pares com uma serra e a produção semanal normal de dois homens era de 300 libras de madeira. Cem libras deviam ser despachadas todos os dias. No século XVIII, os holandeses consideravam a manufatura de lã mais promissora e a introduziram em várias casas de correção. As internas geralmente prostitutas e mendigas, eram empregadas nos teares²⁴³.

²⁴⁰ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 69.

²⁴¹ Idem, *ibidem*: 69

²⁴² “Em resposta às acusações de competição desleal com a empresa privada, uma casa de correção ocasionalmente aceitava realizar encomendas utilizando suas instalações e pagando seus baixos salários. A empresa privada, por sua vez, não hesitava em utilizar o trabalho forçado de modo a destruir a competição. A honrada legião dos moleiros de Nuremberg, por exemplo, adotou a estratégia de vender a preços abaixo de seus competidores de Fürth através da exploração do trabalho em *Lochgefängnis*.” (Idem, *ibidem*: 73)

²⁴³ Idem, *ibidem*: 70.

É interessante observar que enquanto os portugueses desbravavam o Brasil implantando o trabalho escravo na colônia, na Holanda nosso pau-brasil era matéria-prima para o trabalho forçado nas Casas de Correção.

Tendo em vista que os ricos pagavam os custos e recolhiam impostos destinados a essas casas de correção, existem dúvidas sobre a real lucratividade dessas instituições. Todavia, é certo que a possibilidade de lucros era um fator decisivo para a instituição desses estabelecimentos. Era comum o argumento de que a pena de morte poderia ser mais barata imediatamente, mas a longo prazo ela se tornaria mais cara, pois a nova forma de punição faria com que os delinqüentes trabalhassem para o Estado. Restava claro que o confinamento sem trabalho não seria punição²⁴⁴.

Importa observar, contudo, que essas instituições foram mais lucrativas naqueles locais em que havia efetivamente e por mais tempo falta de trabalhadores, como a Holanda e a Alemanha. Nesses países o precoce desenvolvimento do capitalismo e o predomínio da ideologia calvinista de valorização do trabalho também eram maiores. Assim, na França onde a influência católica era preponderante, essas instituições tiveram um caráter mais assistencial e acumularam prejuízos. Da mesma forma, em Portugal e na Espanha essa experiência não foi relevante²⁴⁵.

O exemplo da casa de trabalho de Amsterdã foi seguido em muitas outras cidades européias, especialmente de língua alemã. Também aqui a expansão da experiência advém, não por acaso daquelas regiões onde já havia um grande desenvolvimento de tipo mercantil-capitalista, ou seja, nas cidades da Liga-Hanseática (as Zuchthäuse), em Lubeck e Bremen (1613), Hamburgo (1622) Dantzig (1630). Uma outra região na qual a casa de trabalho se difundiu bastante poucos anos após a experiência holandesa foi a Suíça, em Berna (1614), na Basileia (1616) e em Freiburg (1617). Diferentemente da relação entre as casas de correção inglesas e as de Amsterdã, entre as quais pode-se apenas avançar uma influência indireta, a *rap-huis* holandesa foi visita muitas vezes por enviados das diversas cidades onde seriam implantadas instituições semelhantes. Também neste ponto é inegável que o mesmo tecido conectivo econômico e religioso, em especial calvinista, que ligava estas diversas regiões, exerceu um peso notável no favorecimento da expansão da experiência²⁴⁶.

²⁴⁴ Cf. Idem, *ibidem*: 79.

²⁴⁵ Cf. MELOSSI e PAVARINI, 2006: 83.

²⁴⁶ Idem, *ibidem*: 57.

Além disso, as casas de correção viabilizavam a produção de bens a baixos custos, com mão-de-obra barata. De modo que o treinamento de trabalhadores não qualificados e seus baixos salários foram fatores importantes para o desenvolvimento do capitalismo.

Tivemos ainda o trabalho compulsório nas galés, pois havia a necessidade de remadores e o trabalhador livre não aceitava o ofício. A deportação de trabalhadores para as colônias cessou com a escravidão negra nas últimas décadas do século XVII. “Uma tal oferta de trabalhadores aliviou consideravelmente a “fome de trabalho” nas colônias, e a deportação de condenados deixou de ser vantajosa, pois a escravidão negra tendeu a manter um lucro maior que o trabalho dos criminosos, disponíveis por um período limitado de tempo”²⁴⁷.

Na Inglaterra, a casa de correção concorreu com uma série de medidas assistenciais que transformaram a caridade privada em pública, organizando os benefícios sociais. A chamada *Old Poor Law* recebeu duras críticas, pois enfraquecia o poder de intimidação das *workhouses*, demonstrando a necessidade de manter a vida no cárcere em condições bem mais difíceis que a carente sobrevivência fora dele²⁴⁸.

O mesmo motivo levou as *rap-huis* holandesas a diminuir gradativamente as lâminas utilizadas no penoso trabalho manual de raspagem do pau-brasil. Com a volta da ampla oferta de mão-de-obra as casas de correção perderam sua possibilidade de produzir lucro direto e passaram apenas a exercer a função de punição e intimidação e condicionamento para o trabalho²⁴⁹.

É certo que o uso da religião como meio de inculcar a disciplina e a disposição para o trabalho duro foi essencial nessas instituições, mas a motivação econômica foi determinante²⁵⁰.

²⁴⁷ Cf. RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 93.

²⁴⁸ MELOSSI e PAVARINI, 2006: 62.

²⁴⁹ Idem, ibidem: 79.

²⁵⁰ “O decreto de 1687, que fundou a casa de correção de Spandau, anunciava abertamente que o objetivo da instituição era promover a produção têxtil e combater a falta de tecelões no país.” (RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 71).

Escrevendo na primeira metade do século XIX, Füsslin deu aos produtores dos Países Baixos o crédito de haverem introduzido as casas de correção no início do século XVI, embora as motivações tivessem sido menos éticas que materiais. Causava-lhe pesar, ele pensava, mas era muito comum ao longo da história o fato de que o progresso de uma nação ou mesmo de toda a humanidade em geral não se impulsiona sem o estímulo de alguma vantagem. A barbaridade do sistema penal tornara-se mais e mais odiosa para a civilização avançada, mas o que a filantropia e a difusão da ilustração não puderam implantar foi conseguido num dado momento através de investimentos financeiros nas casas de correção²⁵¹.

Essa fala de Füsslin merece uma reflexão especial, pois nos leva a concluir que as penas corporais e as inúmeras penas de morte foram abolidas de fato pelo interesse econômico em preservar a força de trabalho necessária ao desenvolvimento do capitalismo. Sem esse interesse econômico determinante, os humanistas não teriam encontrado espaço para seus argumentos. A vida humana efetivamente passou a ter um valor: o econômico.

Passado o momento de falta de mão-de-obra suficiente para a revolução comercial, as casas de correção, que já tinham se tornado verdadeiras prisões perderam sua função relacionada ao trabalho forçado e passaram a desenvolver atividades inúteis. O proletariado inclusive protestava sustentando que além de tirar trabalho dos homens livres, as prisões muitas vezes ofereciam condições de sobrevivência melhor do que a usufruída pelo pobre honesto mais carente.

Essa situação gerou o endurecimento do tratamento carcerário e aumentou o número de mortes entre os internos. Contudo, a pena de prisão estava consolidada. Veremos que as idéias penais defendidas pelo iluminismo contribuiram para a solidificação do instituo.

Cumpre, antes de encerrar esse capítulo destacar que na transformação dos métodos de punição do absolutismo para o capitalismo, foram determinantes os interesses econômicos da elite da sociedade que estabeleceu uma mudança fundamental na política criminal. O crime e o criminoso passaram a ser destacados, analisados em todos os seus detalhes e expostos, enquanto a punição é a mais discreta possível. É melhor que o povo tenha alguma sensação de impunidade e

²⁵¹ RUSCHE e KIRCHHEIMER, 2004: 79.

constantemente exija mais controle social do Estado e mais rigor nas punições, do que perceba que seus membros são gravemente punidos por esse controle. A insegurança em que vive a sociedade é divulgada, mas seus atores são trocados na propaganda ideológica. O perigo não está mais no uso arbitrário da máquina estatal, está no criminoso, no indisciplinado, no desempregado, no vadio, no inútil, naquele que não consome nem colabora com o bem-estar que supostamente usufrui com a vida em sociedade. A violência vem daquele que rompeu com o contrato social que o favorecia.

E acima dessa distribuição dos papéis se realiza a negação teórica: o essencial da pena que nós, juízes, infligimos não creiais que consista em punir; o essencial é procurar corrigir, reeducar, “curar”; uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores²⁵².

²⁵² FOUCAULT, 2001: 13.

Capítulo IV – O ILUMINISMO PENAL

O movimento iluminista teve sua maior expressão na França no século XVIII, em função do acirramento das contradições do antigo regime naquele país. Também conhecido como Ilustração ou Época das Luzes, esse movimento intelectual defendeu o predomínio da razão sobre o teocentrismo que dominava a Europa desde a Idade Média. Os iluministas acreditavam que seu pensamento seria capaz de iluminar as trevas em que vivia a sociedade. Segundo eles o pensamento racional deveria substituir as crenças religiosas e o misticismo que impediam a evolução do homem, que, por sua vez, deveria encontrar respostas lógicas para as questões que até então apenas a fé solucionava. A Revolução Francesa proclamou seu lema: *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, sendo certo que o movimento também influenciou a Revolução Americana e a Inconfidência Mineira no Brasil²⁵³.

O iluminismo foi um movimento da burguesia que, carente de garantias e liberdades, desejava impor limites ao Estado e eliminar as regalias da nobreza. Seriam proclamados os direitos naturais do indivíduo e a igualdade entre todos os homens perante a lei. O súdito seria substituído pelo cidadão, titular de direitos diante do Estado e contra ele²⁵⁴.

A não ser Montesquieu, que era aristocrata, o movimento se expressou através do pensamento de filósofos burgueses cujas críticas às instituições existentes prepararam o caminho à onda revolucionária que destruiu o Antigo Regime²⁵⁵.

²⁵³ A história anglo-saxônica nos forneceu marcos importantes. Na Inglaterra temos as célebres cartas ou pactos limitando o poder do soberano e protegendo os súditos: a *Carta Magna* (1215), o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689). Nos Estados Unidos diversas declarações antecederam a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

²⁵⁴ Cf. FREITAS, 2001: 49.

²⁵⁵ ALQUINO, ALVARENGA, FRANCO e LOPES, 1983: 109.

Os iluministas eram otimistas, acreditavam no progresso constante do homem e defendiam uma sociedade justa e com direitos iguais para todos. Eles criticavam a intolerância religiosa, as práticas mercantis, o absolutismo e os privilégios da nobreza, favorecendo assim os interesses burgueses que desejavam maior participação política e liberdade econômica²⁵⁶.

Como movimento burguês, o iluminismo ressaltou a proteção à propriedade privada, tornando-a um direito sagrado e inviolável e, defendendo a liberdade mercantil de contratar²⁵⁷ acabou por encontrar seu fundamento para o novo Estado: o contrato social. A justificativa para o exercício do poder deixou de ser o direito divino e passou a ser o contrato social.

Esse processo adquire consistência a partir do século XVII, por obra de filósofos como Thomas Hobbes (dito filósofo do absolutismo, entendimento que foi revisado magistralmente por Hans Welzel), John Locke, Samuel Puffendorf, Charles Secondat de Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, dentre outros. Na concepção desses pensadores, ditos genericamente iluministas, embora pesem diferenciais, o homem deixa de ser súdito, e passa a ser cidadão. É agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. Revivendo a teoria do contrato social – mas dando-lhe uma feição heurística estes autores entendem que o Estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato²⁵⁸.

Voltaremos à questão do contrato social ao finalizar o capítulo apresentando as duas principais teorias da pena: preventiva e retributiva. Por enquanto fica apenas o registro da transformação do fundamento do Estado: o direito divino de governar é substituído pelo contrato burguês. Essa transformação trará conseqüências na justificativa do direito de punir em prejuízo das classes mais baixas da população.

²⁵⁶ Cf. BURNS, 2007, 460-469.

²⁵⁷ “Todas as revoluções – escreveu Nicolau Berdiaeff – têm os seus demônios- que corroem suas entranhas. E a revolução iluminista também os teve. É possível localiza-los no artigo 17 da Declaração Francesa de 1789, ao consagrar a propriedade como direito sagrado e inviolável e o seu apêndice, a absoluta liberdade de contratar.” (LUISI, 2003: 105).

²⁵⁸ Idem, ibidem: 102.

No direito penal, o iluminismo se destacou pelo seu humanitarismo, propondo a revisão dos Códigos Criminais, caracterizados pela crueldade, e um tratamento mais generoso aos prisioneiros. Em nome da igualdade e contra os privilégios de nascimento, os iluministas criticaram o julgamento dos homens de acordo com sua condição social e se posicionaram contra a escravidão. Enfim, surgiu uma preocupação com os direitos e garantias do indivíduo frente ao Estado²⁵⁹.

No iluminismo há uma redefinição das relações entre os indivíduos e o Estado que pode ser sintetizada em quatro vetores principais: o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; a fundamentação racional da pena que exige proporcionalidade com o fato cometido; a diferenciação entre delito e pecado levando a um tratamento diferenciado dos crimes contra a religião e a moral e, finalmente; a humanização das penas, com a preponderância da pena privativa de liberdade²⁶⁰.

Muitos filósofos, hoje consagrados, participaram desse movimento, mas serão abordados apenas os mais relevantes para o estudo da prisão e da justificação do direito de punir: Cesare Beccaria (1738-1774), John Howard (1725-1790), Jeremy Bentham (1748-1832) e Immanuel Kant (1724-1804).

Pelas datas de nascimento dos intelectuais e diante do estudo já realizado sobre as primeiras casas de correção, percebemos que os autores do iluminismo penal citados, defensores do direito penal moderno e da fundação do Estado em novas bases, surgiram quando as casas de correção já estavam consolidadas. Conforme vimos, a primeira casa de correção surgiu na Inglaterra no ano de 1555 e seu desenvolvimento máximo ocorreu pouco depois, na Holanda, no final do século XVI.

²⁵⁹ Cf. BURNS, 2007, 464-465.

²⁶⁰ Cf. LOPES, 1999: 47 e 48.

Isso demonstra que não foi o iluminismo o responsável pela criação das prisões modernas, mas o enfraquecimento da questão econômica envolvendo esses estabelecimentos, diante da renovada oferta de mão-de-obra, com períodos, inclusive, de escassez de empregos, fez com que a prisão precisasse de um apoio para persistir ou a economia poderia impor imediatamente o retorno às penas capitais e às penas cruéis.

Foi o iluminismo que, ao combater as penas cruéis, conseguiu encerrar, ao menos formalmente, esse capítulo da história. A realidade da prática penal nos mostra que os direitos garantidos em lei nem sempre são cumpridos, mas é inegável que as garantias penais constitucionais são uma conquista e um avanço que os estudiosos precisam manter, ainda que o poder econômico deseje o contrário.

Nesse ponto, também é mais que provável que a experiência da Igreja católica com suas penas privativas de liberdade tenha influenciado positivamente os reformadores, embora essa mesma experiência não tenha participado das primeiras casas de correção, pois elas ocorreram em países protestantes, em sintonia com os ideais calvinistas. Assim, o ideal de penitência da Igreja com o arrependimento e a recuperação do criminoso coincide com as novas teorias mais humanistas que criticavam abertamente o sadismo do direito penal do absolutismo.

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras idéias sobre a reforma do delinqüente. Precisamente do vocábulo “penitência”, de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológico-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

Sobre a influência do Direito Canônico sobre os princípios que orientaram a prisão moderna, afirma-se que as idéias de fraternidade, redenção e caridade da Igreja foram trasladadas ao direito punitivo, procurando corrigir e reabilitar o delinqüente. Os mais entusiastas manifestam que, nesse sentido, as conquistas alcançadas em plena Idade média não tem logrado solidificar-se, ainda hoje, de forma definitiva, no direito secular. Entre elas, menciona-se a individualização da pena conforme o caráter e temperamento do réu.

Seguindo a tradição canônica, na qual se fazia distinção entre pena vindicativa e pena medicinal, pode-se encontrar as iniciativas penitenciárias de Filippo Franci e as reflexões de Mabillon durante o século XVII, as realizações dos Papas Clemente XI e Clemente XII²⁶¹.

O trabalho realizado por John Howard foi de extrema importância para a melhora das condições das prisões na Europa. Pois como vimos no capítulo próprio, as prisões começaram a piorar suas condições de dignidade humana assim que o desenvolvimento do capitalismo conseguiu dominar a economia e impor suas condições para o proletariado. Se a vida fora do cárcere era difícil, a intimidação dos trabalhadores só ocorreria se no cárcere as condições de sobrevivência fossem ainda piores. Os relatos de Howard sobre as condições das prisões revelaram essa situação permitindo sua crítica construtiva.

Seu interesse pelo cárcere foi despertado por uma dramática experiência pessoal. Em 1775, Howard deixava a Inglaterra para socorrer vítimas de um terremoto em Lisboa, quando seu barco foi retido por corsários e os passageiros encaminhados ao fétido calabouço. Ao regressar à Inglaterra foi eleito *sheriff* do condado de Bedford e passou a ocupar-se das reformas do estado das prisões²⁶².

Para o bom encaminhamento dos trabalhos o humanista visitou inúmeras instituições penais em vários países, sendo que em 1777 revelou os valiosos resultados de suas pesquisas. Howard constatou que, em função das prisões terem perdido sua relevância econômica com o trabalho dos presos, a maioria das instituições penais se apresentava decadente e oferecia péssimas condições de vida e até de sobrevivência para os presos.

²⁶¹ BITENCOURT, 2000: 28.

²⁶² Cf. DOTI, 1998: 37.

Seus alertas procuravam conscientizar sobre a importância da fiscalização da vida carcerária por magistrados, além da necessidade de humanização das prisões, com alimentação, saúde e higiene viáveis. Ele também destacou a prioridade de reforma do delinqüente em detrimento da retribuição. Embora ele não tenha conseguido alterações substanciais na reforma dos estabelecimentos de seu país, conseguiu influenciar positivamente mudanças desejadas.

Um acontecimento importante para o progresso do sistema penitenciário resultou na criação do Conselho Superior das Prisões, por ato de Luiz XVIII, em 1819. Muitos inquéritos foram instaurados para averiguar as misérias dos cárceres e outros estabelecimentos destinados a recolher réus acusados ou condenados ou pessoas mentalmente enfermas. Em 1828 surgiu a obra de Charles Lucas (*La reforme pénitentiaire em France*) que tanto contribuiu para a revisão e a estrutura dos estabelecimentos penais²⁶³.

Immanuel Kant e Jeremy Bentham merecem uma atenção especial, pois suas reflexões originaram as duas principais teorias da pena: retribuição e prevenção. As teorias da pena pretendem justificar o direito de punir do Estado e dessa forma podem legitimar ou não o sistema punitivo.

Já vimos que, se durante o absolutismo os pensadores aceitavam e defendiam o direito divino dos reis como fundamento do exercício, por vezes arbitrário, de seu poder. A decadência desse regime tornou imprescindível uma construção racional capaz de substituir o argumento religioso que justificava os atos do soberano. Nessa busca por respostas, Bentham e Kant escolheram caminhos opostos, mas a correta compreensão de seus argumentos exige uma contextualização histórica e espacial de cada pensador.

Bentham nasceu em 1748, em Londres, na Inglaterra e isso já nos diz muita coisa.

A Inglaterra foi o país que primeiro vivenciou a revolução industrial e a decadência do absolutismo, antes de 1789, graças à política, economia e religião. Já na Idade Média o Parlamento atuava como barreira aos excessos do monarca. Quando, em 1215, o rei João-Sem-

²⁶³ Idem, ibidem: 39.

Terra (1119-1216), já desgastado pelas guerras, pretendeu a elevação dos impostos e a tributação das propriedades eclesiásticas, a nobreza se organizou em protesto e exigiu a assinatura do rei em um documento: a Magna Carta²⁶⁴. Esse documento remodelou o papel do rei. Entre outras disposições a lei vedava a criação de impostos sem a consulta ao Grande Conselho (formado pelo clero e a nobreza, futuro Parlamento) e nenhum súdito poderia ser condenado à prisão sem antes passar por um processo judicial.

A religião foi a principal causa da revolta contra o absolutismo inglês. Os radicais protestantes não toleraram a política religiosa do rei e transformaram essa oposição em causa para a guerra civil. A crise se iniciou com a dinastia Stuart, segunda e última dinastia absolutista da Inglaterra. Imprudentemente o monarca impôs a seus súditos a doutrina francesa do direito divino dos reis e em sua alocução de 1609 declarou que “os reis são com justiça chamados deuses, pois exercem na terra uma espécie de poder divino”²⁶⁵.

A oposição do povo diante dessa ridícula pretensão de autoridade divina era previsível, pois a Inglaterra já contava com tradições de liberdade que não seriam superadas²⁶⁶.

²⁶⁴ A Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês), é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra impedindo o exercício do poder absoluto. Resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses sobre as prerrogativas do soberano. A Magna Carta foi o primeiro passo para o surgimento do constitucionalismo. (Cf. HOWARD, 1997).

²⁶⁵ Cf. BURNS, 2005: 428.

²⁶⁶ “But the influence the Magna Carta goes deeper than its contents. The very fact that the King was forced to agree to this declaration of rights and liberties set an example that could never be erased. In a later century when Stuart Kings, to cloak their tyranny, involved the doctrine of “Divine Right”, men could look back to Magna Carta as a reminder that free man are not obliged to allow themselves to be ground into the dust.

Magna Carta is important, too, because of the doctrines which it launched on the mainstream of western political thought. However unarticulated, there is in the Charter the principle that we today would call the “rule of law”. This is the thrust of Chapter 39’s “Law of the land” and of the Chapters which guarantee accessible justice, punishments to fit the crime, the appointment of men who know and will keep the law, and freedom from arbitrary acts by both monarchy and lesser officials. So basic even to popular discourse are such terms as “due process of law” and “law of the land” that we can readily say that no contribution of Magna Carta surpasses the impetus which it gave to the development and acceptance, within and without England, of the concept of the rule of law.”(HOWARD, 1997: 23)

De 1611 a 1621, Jaime I governou praticamente sem Parlamento, mas em 1613, Edward Coke foi nomeado presidente do supremo tribunal e se tornou o paladino dos direitos do povo, pois era defensor do direito consuetudinário aplicado pelos juristas, bem como defensor das liberdades básicas inferidas na Magna Carta. Jaime morreu em 1625 e foi substituído por seu filho Carlos I, que alimentava as mesmas idéias tirânicas de seu pai. Ele logo entrou em conflitos políticos e religiosos e quando precisou de recursos financeiros em função de uma guerra travada com a França, desrespeitou decisão do Parlamento e instituiu empréstimos compulsórios, punindo a oposição com a invasão de suas residências com soldados e a imposição de prisão sem processo. O Parlamento se organizou e exigiu a assinatura do rei na Petição de Direitos de 1628²⁶⁷.

Mas Carlos não aprendeu com o ocorrido e continuou desrespeitando seus súditos. Sem nenhuma sensibilidade política ou religiosa, seus atos arbitrários acabaram por desagradar os calvinistas que organizaram uma rebelião armada, iniciando uma guerra civil generalizada. A guerra civil durou de 1642 a 1649 e terminou sob o comando de Oliver Cromwell, que assumiu o poder depois de eliminar a monarquia. Julgado pela Alta Corte de Justiça Especial, Carlos foi decapitado em 30 de janeiro de 1649. Pouco depois foi abolida a Câmara do Lordes e a Inglaterra tornou-se uma república oligárquica. A Revolução puritana completava sua primeira fase. Contudo a Inglaterra ainda estava longe de vivenciar tranquilidade política e religiosa, que só foi alcançada com a Revolução Gloriosa (1688-1689), quando o trono inglês foi declarado vago e oferecido ao príncipe Guilherme de Orange e sua esposa.

Em 1689 o Parlamento aprovou inúmeras leis para proteger os direitos dos ingleses e proteger seu próprio poder contra intromissões da coroa. A primeira lei aprovada determinava que as verbas do tesouro fossem fixadas para o período de um ano. Em seguida foi publicada a Lei de Tolerância que estabelecia liberdade religiosa a todos os cidadãos, menos aos católicos e unitários.

²⁶⁷ “O fruto dessa tirania foi a petição de direitos que os líderes do Parlamento obrigaram Carlos a assinar em 1628. Esse documento declarava ilegais todos os impostos não aprovados pelo Parlamento. Condenava também o abotamento de soldados em casa particulares e proibia as prisões arbitrárias e a aplicação da lei marcial em tempo de paz.” (BURNS, 2007: 430)

Por fim, no dia 16 de dezembro, foi aprovada a famosa *Bill of Rights* (lei dos direitos dos cidadãos). Estipulava o julgamento por júri e afirmava o direito de recurso ao governo para reparação de injustiças. Condenava a fiança excessiva, as punições cruéis e as multas exorbitantes. Proibia ao rei suspender leis ou lançar impostos sem permissão do Parlamento. Essa lei, mais ampla em suas determinações que a Petição de Direitos de 1628, era sustentada por um Parlamento que tinha agora o poder de se fazer obedecido²⁶⁸.

A importância da Revolução Gloriosa foi enorme, pois terminou definitivamente a monarquia absoluta na Inglaterra e estabeleceu o governo do Parlamento. Ela também contribuiu para as revoluções americana e francesa nos fins do século XVIII, bem como uma parte considerável da *Bill of Rights* foi incorporada à Declaração dos Direitos do Homem de 1789, na França e às primeiras dez emendas à Constituição dos Estados Unidos.

Pois bem, quando Jeremy Bentham²⁶⁹ nasceu, em 1748, na Inglaterra, o Parlamento, e não o rei, comandava o país. Os ingleses desfrutavam de inúmeras cartas de direitos e a burguesia não ansiava tantas mudanças estruturais, pois de certa forma já as tinha conquistado. O poder do rei já tinha sido recusado pelo Parlamento de forma consistente, sem necessidade de quaisquer outros argumentos além daqueles expressos e impostos pelas cartas que garantiam direitos e liberdades individuais aos ingleses.

Certamente, tantas circunstâncias políticas favoráveis deram condições a Bentham para criticar os contratualistas²⁷⁰ e desenvolver sua teoria da pena com base em uma máxima hedonista e consequencialista.

²⁶⁸ Idem, ibidem: 434

²⁶⁹ Jeremy Bentham nasceu em 15 de fevereiro de 1748, em Londres, Inglaterra. Sua família tinha recursos financeiros suficientes para propiciar aos filhos uma vida de estudo. Jeremy começou cedo e em suas biografias são narradas proezas dignas de uma criança prodígio. Consta, por exemplo, que “aos três ou quatro anos de idade já sabia ler em grego e latim; quando contava cinco, era chamado “Jeremy, o filósofo”.

Ele realizou seus primeiros estudos na escola de Westminster e em 1760 ingressou no Queen’s College em Oxford, onde permaneceu até 1763, quando foi para o Lincoln’s Inn estudar Direito, profissão de seu pai. A prática jurídica não o cativou, mas as incongruências do sistema judicial e das leis passaram a ser sua principal preocupação.(Cf. BENTHAM, 1984).

²⁷⁰ Pensadores que fundamentam o estado em um pacto social, como Hobbes ou em um contrato social com Rousseau e Kant.

Como princípio orientador para a política pública, Bentham assumiu uma máxima que surgiu no início do século XVIII através de um filósofo escocês-irlandês chamado Francis Hutcheson: “A melhor ação é a que proporciona a maior felicidade ao maior número de pessoas”.

Helvetius, pensador francês também teve influência decisiva em seu pensamento.

(...) ligar o interesse geral com o pessoal. Essa união é o princípio fundamental que os moralistas devem propor a si mesmos. Se os cidadãos não pudessem buscar sua própria felicidade individual sem promover a felicidade pública, não haveriam de existir indivíduos maldosos, mas sim tolos; portanto, toda arte do legislador consiste em forçar (os homens) por meio do amor próprio, a serem sempre justos uns com os outros²⁷¹.

Segundo Bentham o destino e o anseio do homem é ser feliz. Para atingir tal objetivo, os homens agem buscando o prazer e evitando a dor. Bentham, como um verdadeiro empirista, constata isso e faz dessa experiência um princípio de sua ética utilitarista. A dor e o prazer são os fatores que estão sempre ligados ao certo e errado e às causas e efeitos. O pensamento de Bentham, portanto, é hedonista (busca o prazer e evita a dor) e consequencialista (considera a consequência dos atos para reprová-los ou não) e tem seu fundamento no princípio da utilidade ou princípio da maior felicidade para o maior número, sistema que coloca a felicidade nas mãos da razão e da lei²⁷².

Com o princípio da utilidade conseguimos aprovar ou desaprovar qualquer ação, de acordo com a tendência que ela tem de aumentar ou diminuir a felicidade dos envolvidos. Determinado comportamento será certo ou errado tendo em vista as consequências boas ou ruins que ele pode trazer às pessoas. Se no resultado do cálculo das consequências ele aumentar o prazer ou a felicidade, ou diminuir o sofrimento, então é o comportamento certo a ser realizado,

²⁷¹ HELVETIUS, 1759: 120-121

²⁷² “Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, *pain* and *pleasure*. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. (...). The *principle of utility* recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law.” (BENTHAM, 1988: 1).

caso contrário, deve ser evitado. Por utilidade Bentham entende a capacidade de qualquer objeto de produzir prazer, felicidade ou prevenir dor ou sofrimento.

O princípio da maior felicidade para o maior número deve ser aplicado ao comportamento individual e aos atos do governo, pois o interesse da comunidade é a soma dos interesses de seus vários membros²⁷³.

Conforme Bentham, a conduta estará correta ou errada conforme tenha como consequência o sofrimento ou o prazer das pessoas envolvidas. É uma construção racional extremamente vigorosa para a superação de valores culturais e preconceitos. Isso talvez explique o fato do Bentham ter defendido o voto das mulheres e os direitos dos homossexuais já naquela época!

El ensayo de Bentham *Offences Against One's Self* redactado em 1785 y solo recientemente publicado, puede considerarse com el primer texto moderno que presenta una argumentación filosófico-jurídica favorable a la despenalización de las relaciones homoeróticas privadas entre adultos consintientes. Em la Europa del momento, estos actos eran considerados como delitos de 'sodomia' y castigados com la pena de muerte. Esta preceptiva penal se habia extendido por todo el mundo occidental desde la baja Edad Media, y solo a partir del siglo XVIII y por iniciativa de los reformadores penales ilustrados comenzará a verse cuestionada²⁷⁴.

Segundo seu raciocínio, não existia justificativa racional para considerar crime a homossexualidade. Assim, enquanto em toda Europa a sodomia era punida com a morte, Bentham conseguia defender racionalmente essa liberdade. A importância disso na teoria da pena é enorme, pois limita a atuação punitiva do Estado laico. Só pode ser considerado crime aquilo que efetivamente causa lesão a bem jurídico indispensável para a manutenção da vida em

²⁷³ Contudo, é possível mostrar que qualquer outro princípio diferente da utilidade não subsiste a uma análise mais rigorosa e é exatamente isso que Bentham faz no segundo capítulo de *Os princípios da Moral e da Legislação*, afirmando que um princípio pode estar errado e diferente da utilidade de duas formas: sendo seu oposto, como o princípio do ascetismo ou sendo às vezes seu oposto e às vezes não, como o princípio da simpatia e da antipatia.

²⁷⁴ Cf. GARCIA, in BENTHAM, 2002: 15.

sociedade. Tudo mais é arbítrio, excesso de poder e desrespeito às liberdades e garantias individuais.

Essa limitação de conteúdo do direito penal, a teoria retributiva de Kant não consegue oferecer.

Diferente de Bentham que é um empirista, Kant é um idealista e sua teoria da pena tem fundamento em uma ética deontológica (ética do dever), onde a liberdade é o agir moral, agir de acordo com o dever. Quem realiza a conduta ética não está buscando prazer, felicidade ou qualquer outro interesse. Trata-se do cumprimento do dever pelo dever. Quem não cumpre seu dever merece sua pena. Não dar a pena a quem merece é desrespeitá-lo como agente racional.

Essa singela descrição da ética Kantiana já nos revela o quanto ela está próxima da ética calvinista presente na Alemanha: a ética do dever, a ética do trabalho e da sobriedade. Kant baseia sua ética em seu imperativo categórico: *age segundo uma máxima tal que possas querer, ao mesmo tempo, que se torne lei universal*. Estaríamos assim comprometidos com a universalização de nossas ações, de modo que os outros podem nos tratar como nós os tratamos. Isso explicaria a idéia retributivista de que o infrator “deseja sua própria punição” ou que ele “impingiu uma punição a si próprio”²⁷⁵.

A teoria da retribuição compensa a culpabilidade do autor com a imposição de um mal. A pena aqui não tem nenhuma finalidade que ultrapasse a realização da idéia de justiça. A pena não serve para nada, pois é um fim em si mesma. É famoso o exemplo da ilha de Kant onde mesmo diante da inutilidade da punição o ideal de justiça deve ser preservado. A fórmula dialética de Hegel também é consagrada e propõe a pena como a negação da negação do direito. A negação do crime pelo sofrimento restabelece o direito lesado assim como na teologia cristã.

²⁷⁵ LYONS, 1990: 147:148.

A coincidência entre o idealismo filosófico e a tradição cristã garantem a esta corrente o maior número de seguidores na Alemanha. Porém, a teoria da retribuição não esclarece quando se deve punir; ela deixa sem resposta a questão: “Sob que pressupostos a culpa humana autoriza o estado a castigar?” Assim ela não estabelece um limite quanto ao conteúdo do poder punitivo estatal, concedendo de certo modo um cheque em branco ao legislador. Não surpreende que tenha sido aplicada desde o absolutismo até hoje, configurando um evidente perigo prático²⁷⁶.

Segundo Kant a finalidade da pena é o restabelecimento da justiça e isso é conseguido impondo ao infrator um mal. Nenhum outro objetivo existe além deste: o império da justiça. Portanto a finalidade da teoria da retribuição é teórica e não prática. Trata-se de um ideal a ser preservado²⁷⁷. Aliás, essa é uma das críticas que o sistema kantiano recebe, sua abstração excessiva distante das necessidades práticas do cotidiano, principalmente quanto à pena.

A teologia segue pelo mesmo caminho, considerando a justiça uma ordem divina e a pena uma execução da função judicial divina. Portanto, na teoria retributiva temos a tradição filosófica do idealismo e a tradição religiosa, que penetram de inúmeras maneiras na cultura burguesa ocidental.

Kant defende que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, jamais um meio. Enquanto a coerção que impede o crime é justa, a pena posterior não pode ter qualquer outro fim que a transcenda ou torna-se imoral, pois usa o homem como meio, ainda que seja para melhoramento próprio. Com sua teoria dedutiva Kant pretende legitimar a pena sem mediatizar o ser humano, usando o talião para encontrar o seu limite.

²⁷⁶ ROXIN, 1998:17.

²⁷⁷ “Mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se (v.g. o povo que vive numa ilha decida separar-se e dispersar-se por todo o mundo), teria antes de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que seus atos merecessem, e para que a culpa do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo. (Idem, ibidem: 16).

Já vimos que com o confisco dos conflitos pelo Estado, o crime não é uma lesão apenas à vítima, mas também à sociedade, de modo que ele traz um desequilíbrio no plano individual e social. A reparação visa o plano individual e a retribuição o social. Portanto, a pena não é a reparação dos danos causados pelo delito, já que o crime deflagra duas idéias diferentes: reparação e retribuição²⁷⁸.

Nietzsche questiona como pode o fazer sofrer ser uma reparação e os adeptos da teoria retributiva respondem que o fazer sofrer da pena não visa reparar, mas castigar²⁷⁹. Não é razoável pagar um mal cometido com um segundo mal, a pena. A única justificativa é a vingança humana ou um ato de fé e nenhum dos dois pode ser imposto pelo Estado²⁸⁰. Portanto, a retribuição, na verdade, recorda o arcaico princípio de talião e não basta para justificar a pena.

A teoria do contrato social tem papel central na teoria da pena retributiva, sendo certo que Rousseau exerceu profunda influência em Kant. Assim, o contrato social substitui racionalmente a justificativa divina do Estado absolutista, dando fundamento para o Estado da era da revolução industrial. Muda o poder dominante, mas a necessidade de conformismo continua a mesma. A fé sede lugar à razão, mas a abstração é tanta que o dogma parece continuar a reinar.

Se antes os miseráveis precisavam se conformar com a desgraça terrena para garantir um lugar no paraíso celeste e evitar o inferno, agora, tendo feito um contrato hipotético, ainda que desvantajoso, devem cumpri-lo por dever, sem nenhum interesse além deste: o dever cumprido. Por pior que seja a situação o homem deve conformar-se, pois a aceitou por contrato e se quebrar as regras merecerá sua pena. Fica a questão: se o contrato inicial é injusto, como a pena pelo descumprimento do contrato pode ser justa²⁸¹?

²⁷⁸ Cf. MESSUTI, 2003: 21.

²⁷⁹ Cf. Idem, ibidem: 21.

²⁸⁰ Cf. ROXIN, 1998: 18.

²⁸¹ CHIAVERINI, 2006: 63.

Kant considera o ser humano um ser racional, capaz de responder pelos próprios atos, sendo que a idéia de liberdade está diretamente ligada à idéia de autonomia.

Ora à idéia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na idéia está na base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos²⁸².

Contudo, A liberdade humana pressupõe liberdade de vontade ou livre arbítrio e sua existência é indemonstrável. Ainda que se pudesse afirmar a liberdade de vontade, nada poderia garantir que determinado homem poderia ter atuado de outra maneira em uma dada situação concreta. Portanto meras suposições não podem justificar intervenções tão graves nos direitos individuais²⁸³.

Enfim, a influência religiosa no pensamento de Kant sobre a teoria retributiva da pena deixa o ser humano a mercê de regimes totalitários e não ajuda a diminuição da crueldade nem humaniza o cárcere.

Vimos que Kant viveu praticamente na mesma época que Bentham, vejamos agora a posição dele quanto a homossexualidade e o crime de sodomia, diante da aplicação da teoria retributiva da pena.

Más allá de las diversas éticas naturalistas que, ancladas en la orden de lo sensible, no podrían aspirar em ningún caso a la universalidad, Kant formula, en el campo específico de la moral sexual, lo que podría designarse como um ‘contractualismo transcendental’. Em los *Principios metafísicos del Derecho* (1796) y en las *Lecciones de Ética* se pueden encontrar las claves de esta justificación.

Em el argumento kantiano, la relación sexual implica la posesión del outro; se actúa ante el outro como si fuera uma cosa, um objeto utilizado para lograr la propia satisfacción (*‘usus membrorum et facultatum sexualium*

²⁸² KANT, 1991: 102.

²⁸³ Cf. ROXIN, 1998: 19.

alterius’) (Kant, 1873, pág. 112). Como puede ser legítima esta práctica que lleva a usar como médio a quien, em tanto ser racional, solo puede ser tratado como fin? Qué tipo de relación contractual se tiene que establecer para que la libertad de los *partenaires* no quede anulada? Debe tratar-se de um acuerdo em el que el ajuste de lãs vontades sea completo, perfectamente simultâneo. Há de ser um contrato abstraído de toda contingência, esto es, emplazado más aça del plano fenomênico, estipulado entre voluntades perfectamente libres. Este pacto noumênico, que opera como condición trascendental em el orden de la razón práctica es el matrimonio.

Sin duda, el matrimônio expresa por una parte una realidad natural: la inclinación biológica a la reproducción y a la crianza de la prole. La sodomia, como la masturbación, em este orden de cosas, equivaldría a un comportamiento antinatural. Sin embargo, el critério último de la ética sexual kantiana no es naturalista sino trascendental. El derecho conyugal no solo pose uma legitimidad natural, sino también racional, válida a *priori*, como ya se señaló. Por eso, la fornicación entre um varón y uma mujer solteros, o el adultério, aunque no atenten contra la Naturaleza, si implican uma transgresión de los limites de la razón práctica, identificados com el contrato trascendental del matrimonio (Kant, 1873, págs. 112-116). La sodomia y toda falta contra la Naturaleza (*crimen carnis contra naturam*) son también lesivas para la razón. Por eso, señala Kant, tienen la condicion de delitos ‘innombrables’ (*Unnenbar*), ‘no pueden justificar-se, como lesión de la humanidad em nuestra propia persona por ninguna restricción o excepción, contra la reprobación universal’ (Kant, 1873, págs. 112)²⁸⁴.

A retribuição, portanto, não se sustenta racionalmente e principalmente não oferece as garantias necessárias ao indivíduo frente ao Estado punitivo. A retribuição endossa a vingança e não limita o conteúdo material do direito penal, sendo realmente perigosa e útil aos Estados totalitários. Vale mencionar que Bentham, ao contrário de Kant, não era religioso, mas ateu; foi um autentico radical reformador.

Ao criticar o princípio do ascetismo Bentham menciona um procedimento punitivo como o kantiano e afirma sarcasticamente que, nesse caso a proporcionalidade é aplicada quando estabelecidas quais condutas desagradam. A punição dos infratores será proporcional ao grau de desagrado. Se uma conduta for muito odiada será punida com severidade, se pouco odiada com menos severidade, pouco importando a utilidade da punição. Bentham ironiza:

²⁸⁴ Conforme GARCIA, in BENTHAM, 2002: 15.

(...). In that same *proportion* also is it meet for punishment: if you hate much, punish much: if you hate little, punish little : punish as you hate. If you hate not at all, punish not at all: the fine feelings of the soul are not to be overborne and tyrannized by the harsh and rugged dictates of political utility²⁸⁵.

Ironias a parte, segundo Bentham castigar é “impor o mal a uma pessoa com intenção direta relativamente ao mal, em razão de alguma ação que parece que se fez ou deixou de fazer”²⁸⁶.

Punishment may be defined – an evil resulting to an individual from de direct intention of another, on account of some act that appears to have been done, or omitted²⁸⁷.

A definição do eminente utilitarista apresenta dois elementos importantes: a imposição de um mal intencional direto e o motivo, que é um anterior comportamento impróprio do castigado. Portanto, para que a noção de castigo se apresente precisamos ter obrigatoriamente um comportamento inadequado por parte daquele que será punido, lembrando que esse comportamento pode ser comissivo ou omissivo; além de um mal imposto intencionalmente em decorrência da falta praticada.

Pode parecer redundante esclarecer que não temos castigo sem a imposição de mal intencional ligado a uma falta anterior, mas esse pormenor tem sua serventia. Bentham, com esses elementos do conceito, consegue seu intento de diferenciar a ação de castigar de outras idéias próximas.

Se não pratiquei qualquer comportamento anterior inadequado que justifique o mal que recebi, não há castigo, mas *pura hostilidade ou malícia*. Também não há castigo, mas *vingança* quando a razão do mal que me causa é um ato que pratiquei e te escandalizou. Será apenas *pura antipatia* quando me punes apenas porque descobriu alguma qualidade em mim que te desagrada.

²⁸⁵ BENTHAM, 1984:17.

²⁸⁶ BENTHAM. *Teoria das Penas Legais e Tratados dos Sofismas Políticos*, 2002:17.

²⁸⁷ BENTHAM, 2004: 2.

Nos três casos acima citados, percebemos que a falha está no motivo, pois só se pode falar em castigo quando existe efetivamente um comportamento anterior reprovável, danoso, ou formalmente impróprio. A ausência do motivo (pura hostilidade) ou sua deturpação (vingança ou antipatia) fazem desaparecer a noção de castigo.

Enfim, embora a ética utilitarista de Bentham possa trazer inúmeras garantias ao direito penal, as críticas radicais e o desconhecimento do autor tem nos privado desse benefício. Hoje, ainda prevalece a maior aceitação da teoria retributiva da pena.

Contudo, a obra mais conhecida de Bentham é o *Panóptico*²⁸⁸, divulgada pelas críticas de Foucault em seu *Vigiar e Punir*. No *panóptico* Bentham sustenta uma arquitetura penitenciária capaz de viabilizar uma vigilância constante embora oculta de todos os detidos. Foucault o acusa de ser o mentor intelectual da sociedade de vigilância que se dissemina a cada dia.

No presente trabalho é especialmente importante mencionar o *panóptico* de Bentham porque ele comprova tudo o que temos falado até aqui a respeito da origem das prisões. Ou seja, os métodos punitivos vão sendo desenvolvidos em busca da maneira mais econômica de controlar os menos favorecidos, sejam eles criminosos ou simplesmente pobres.

Para dizer tudo em uma palavra, verse-á que ele é aplicável, penso eu, sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas. Não importa quão diferentes ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de *punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a*

²⁸⁸ O *panóptico* foi escrito em 1787 quando Bentham estava na Rússia, em companhia de seu irmão menor Samuel, arquiteto e parceiro no *Panóptico*, que estava a serviço de Catarina, a Grande. A obra é um conjunto de cartas enviadas por Bentham à Inglaterra, descrevendo a arquitetura da prisão ideal, suas vantagens e possibilidades de aplicação.

raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas.”²⁸⁹

A arquitetura do panóptico permite que o condenado, doente, operário, louco ou escolar esteja perfeitamente individualizado e constantemente visível. O princípio da masmorra que tranca, priva de luz e esconde, é invertido. Só o trancar permanece, pois agora há plena luz e a suposição de um olhar constante do vigia. “A visibilidade é uma armadilha”²⁹⁰.

Os detentos não tem possibilidade de contato entre si, são vistos mas não vêem. São objeto de uma informação, nunca sujeito de numa comunicação. Com isso, não há violências recíprocas, más influências, planos de fuga, “cola”, contágio, etc. A multidão, onde as trocas acontecem é substituída por várias individualidades separadas. Aos detentos resta uma “solidão seqüestrada e olhada”.

O efeito mais importante do panóptico é “induzir ao detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder.” O poder se torna visível e inverificável. A relação de poder se mantém, ainda que na realidade ela não esteja ocorrendo naquele momento. Não é preciso que o preso esteja efetivamente sendo vigiado, mas apenas que ele pense que está. “O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto”²⁹¹.

Não é mais necessário recorrer à força para conseguir o comportamento desejado dos detentos. É o fim das grades, das correntes, das fechaduras pesadas; o vigiado incorpora as limitações do poder e as faz funcionar espontaneamente sobre si mesmo. Com o poder interno sendo o princípio de sua própria sujeição, o poder externo pode aliviar-se.

²⁸⁹ BENTHAM, 2000: 17.

²⁹⁰ FOUCAULT, 2001: 166.

²⁹¹ Idem, p. 167

Foucault insinua que Bentham talvez tenha se inspirado no zoológico construído por *Le Vaux* em Versalhes, que tinha uma arquitetura parecida com o panóptico. “O Panóptico é um zoológico real; o animal é substituído pelo homem, a distribuição individual pelo grupamento específico e o rei pela maquinaria de um poder furtivo. “. Além disso, permite fazer diferenças e classificações: nos estudantes, distinguir o que é “preguiça e teimosia” da “imbecilidade incurável”, nos operários constatar o tempo que cada um leva para fazer um serviço e calcular seu salário em função disso.

Cesare Beccaria (1738-1794), profundamente influenciado pelas obras dos racionalistas franceses, publicou em 1764 seu famoso tratado *Dos delitos e das penas*. Beccaria condenou as penas severas para dissuadir criminosos e ponderou que a intimidação seria melhor garantida pela certeza de punição. Recomendou a abolição da tortura e condenou a pena capital, que, segundo ele, não poderia ser revogada em caso de erro judiciário. Ele defendeu ainda a legalidade, a proporcionalidade da pena e sua humanização. O livro de Beccaria foi traduzido para várias línguas e influenciou positivamente diversas legislações, tendo importância vital na reforma penal dos últimos séculos²⁹².

Beccaria lançou as bases do direito penal moderno e, talvez seu principal mérito ainda não tenha sido bem compreendido: sua teoria da pena. Beccaria era contratualista e utilitarista. A aparente contradição em unir dois sistemas opostos funciona perfeitamente na teoria da pena de Beccaria.

Assim sendo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em por no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.

²⁹² BITENCOURT, 2000: 33-34.

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e a maior liberdade que o soberano propiciar aos súditos²⁹³.

Conforme podemos perceber, Beccaria, como Bentham, foi influenciado por HELVETIUS, não é retribucionista, é utilitarista e contratualista. Com o contrato ele consegue remediar a ausência de uma teoria da justiça no utilitarismo, e com o utilitarismo limita o direito penal justificado pelo contrato. Uma opção teórica a merecer maiores estudos em outra oportunidade.

Por aqui importa apenas observar que o prevalecimento das teorias contratualistas e retributivas impõem um fundamento para o Estado e seu direito de punir irracional e dogmático, baseado na imposição de vingança coletiva e sofrimento. Eventuais paradoxismos do sistema podem ser explicados porque as reformas burguesas foram feitas quando ela se via na situação de oprimida e não de titular do poder político e econômico. Agora, há notícias que assustam demonstrando o interesse em voltar atrás em direitos que já foram formalmente garantidos a todos os homens.

Para punir um homem retributivamente é preciso injuriá-lo. Para reformá-lo, é preciso melhorá-lo. E os homens não são melhoráveis através de injúrias²⁹⁴.

²⁹³ BECCARIA, 1998: 15.

²⁹⁴ THOMPSON, 2000: 5, citando Bernard Shaw.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada, é possível tirarmos algumas conclusões sobre a origem da pena de prisão. Cada conjunto de idéias vem apresentado em tópicos para facilitar a reflexão.

1. Antes do nascimento do capitalismo a pena de prisão não existia nos moldes atuais nem merecia destaque, mas já estava presente na história do homem e no inconsciente coletivo. A pena de prisão pressupõe a existência de um Estado e retira o condenado do tempo e do espaço da sociedade e o coloca em um tempo e espaço próprios, institucionais.

2. Com o desenvolvimento histórico do direito penal, houve uma uniformização da sanção que estabeleceu a pena de prisão como regra para a resposta ao crime. O tempo de prisão é utilizado para refletir a gravidade do crime, o que demonstra o caráter principal da pena (aflictivo, imposição de um mal, de um sofrimento), a proporcionalidade baseada no talião e a adoção da teoria retributiva da pena com caráter de vingança pública.

3. A preocupação com a reintegração social do infrator está em segundo plano, pois a lei fixa um tempo mínimo de prisão, independente da realidade e das circunstâncias de cada caso concreto. Não há uma preocupação prioritária com a individualização da pena.

4. A pena pública surge com a formação do Estado e como resultado de uma evolução da culpa coletiva para a culpa individual e da vingança privada para a pública, sendo que a Lei de Talião, aplicada em várias civilizações antigas teve o aspecto positivo de reduzir a abrangência da ação punitiva.

5. Na Idade Média, a falta de um poder central fez prevalecer a solução regrada do conflito pelas próprias partes, com a vítima tendo uma participação ativa. A composição e a transação não tinham um caráter reparatório ou indenizatório, mas consistiam em uma compensação pela renúncia da vítima ao seu direito de vingança. As penas corporais surgem com a carência financeira do infrator. A diferença de poder econômico já determina uma consequência penal mais severa aos pobres.

6. Embora procurasse humanizar as práticas penais, a Igreja, fortalecendo seu poder religioso, político e econômico foi a primeira a subtrair da vítima o direito de fazer justiça.

7. A decadência moral dos membros da Igreja e sua postura crítica às práticas mercantis, viabilizaram a Reforma protestante, que alterou os valores da sociedade adaptando-os aos desejos da burguesia nascente. O princípio da predestinação de Calvino justificou a acumulação de capital e a indiferença em relação ao sofrimento alheio. Pobreza passou a ser pecado e mendicância, crime.

8. O desenvolvimento do comércio favoreceu a centralização do poder e a unificação do direito. Houve uma retomada do poder punitivo pelo Estado e o conceito de crime começa a se distanciar da idéia de pecado. Há o triunfo da concepção pública da pena (*Constitutio Criminalis Carolina* de 1523) e o confisco definitivo do conflito penal pelo Estado em prejuízo dos direitos da vítima. A justiça penal se torna um meio de explicitar o poder do soberano sobre a comunidade, intimidando a população.

9. A urbanização repentina da sociedade e o controle do tempo como medida de produção acompanharam a multiplicação de vagabundos e mendigos e fizeram proliferar os crimes contra a propriedade. Com essas transformações a maior parte da população perdeu seu tempo e espaço originais e se tornaram objeto de controle social pelo direito penal, através da proliferação da pena de morte.

10. O absolutismo, também conhecido como “Idade dos Mendigos”, adotou uma política criminal para conter a ameaça da miséria. A vida humana perdeu seu valor e as penas de morte se tornam a regra da resposta penal, exercendo a função de controle do crescimento populacional, através da eliminação do desajustado.

11. A prática penal do absolutismo tem por objetivos a intimidação da massa miserável e a afirmação do poder do monarca. A apuração do crime é discreta, na verdade sigilosa, mas a aplicação da pena é um espetáculo em que o povo participa e testemunha. A proporcionalidade entre o crime e a pena é conseguida através do tempo do suplício, pois a morte é certa.

12. Essa política criminal de dor e espetáculo, em uma sociedade marcada por injustiças sociais, criou uma identificação perigosa entre o carrasco e o criminoso e gerou revoltas sociais, com o recrudescimento da violência e insegurança.

13. Ao mesmo tempo, a revolução comercial coincidiu com uma queda na população européia, o que recuperou o valor da vida humana. Faltava mão-de-obra e sobrava trabalho, os salários subiram e logo prevaleceu o entendimento que a utilização do trabalho do criminoso era mais útil à sociedade que sua morte.

14. Disciplinar o pobre e o criminoso para o modelo mercantilista se tornou a nova missão do direito penal. Com esse objetivo foram criadas as primeiras casas de correção no século XVI, primeiramente na Inglaterra e depois na Holanda, onde o capitalismo estava mais desenvolvido. As penas de morte e corporais diminuíram e a idéia da prisão com trabalho se espelhou pela Europa.

15. Atenta às transformações sociais, a justiça se adapta. O espetáculo não é mais a punição, mas o crime e o criminoso. A apuração do crime, que antes era sigilosa, passa a ser notícia, antecipando a execração social do suspeito. Já a punição, antes espetáculo, passa a ser discreta, distante do espaço público. Como se fosse possível separar a responsabilidade por um ato da responsabilidade por sua conseqüência, a justiça não assume mais publicamente a parte de violência que está ligada ao seu exercício. A justiça revela o crime, expõe o criminoso, mas oculta o castigo.

16. O juiz não é um carrasco, é um educador. É preferível que o povo tenha alguma sensação de impunidade e constantemente exija mais controle social do Estado e mais rigor nas punições, do que perceba a violência sofrida e causada por esse controle. A insegurança em que vive a sociedade é divulgada, mas seus atores são trocados na propaganda ideológica. O perigo não está mais no uso arbitrário da máquina estatal, está no criminoso, no indisciplinado, no desempregado, no vadio, no inútil, naquele que não consome nem colabora com o bem-estar que supostamente usufrui com a vida em sociedade. A violência vem daquele que rompeu com o

contrato social que o favorecia. Em seguida vem a negação teórica. O juiz não castiga, apenas corrige, reeduca, cura.

17. O iluminismo foi um movimento da burguesia que, carente de garantias e liberdades desejava impor limites ao Estado e eliminar os privilégios da nobreza. Com esse objetivo em mente, foi defendida a igualdade entre os homens e construídos os direitos do cidadão. Esse processo coincidiu com a queda da função econômica das prisões, pois o capitalismo já estava se consolidando e não precisava mais intimidar e disciplinar trabalhadores já adaptados aos meios de produção. Contudo, o discurso humanista garantiu a manutenção da prisão e impediu o retrocesso às penas corporais e à pena capital.

18. A experiência da Igreja com as penas privativas de liberdade também influenciou os países de maioria católica a adotarem a prisão.

19. O discurso jurídico punitivo se mantém contraditório na construção das teorias da pena pelos pensadores iluministas. A preponderância das teorias retributivas, que endossam concepções de vingança pública impedem uma abordagem mais lúcida da questão.

21. As teorias contratualistas não conseguem justificar a punição pelo argumento do descumprimento do contrato original em uma sociedade injusta. A teoria retributiva kantiana não oferece um limite ao conteúdo punitivo do Estado, favorece abusos de poder e deixa desprotegido o cidadão. Se a intenção de sua aplicação é eliminar pessoas indesejadas pelo sistema, exatamente como foi no absolutismo, então, é o discurso adequado. Contudo, se a intenção é a reinserção social do infrator, parece que o melhor caminho é buscarmos soluções humanas e racionais que coincidam com os interesses econômicos, pois esses são sempre preponderantes.

(...) ligar o interesse geral com o pessoal. Essa união é o princípio fundamental que os moralistas devem propor a si mesmos. Se os cidadãos não pudessem buscar sua própria felicidade individual sem promover a felicidade pública, não haveriam de existir indivíduos maldosos, mas sim tolos; portanto, toda arte do legislador consiste em forçar (os homens) por meio do amor próprio, a serem sempre justos uns com os outros²⁹⁵.

²⁹⁵ HELVETIUS, 1759: 120-121

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi, 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- AQUINO, Rubim Santos Leão de; ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1983.
- ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*. 2ª reimp. da 3ª ed. Trad. João Roberto Martins Filho. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, E. Raúl, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 11ª ed. 5ª reimp. Trad. Torrieri Guimarães, São Paulo: Hemus, 1998.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*, trad. Luiz João Baraúna; São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- _____. *The principles of Morals and Legislation*. New York, Prometheus Books, 1988.
- _____. *O panóptico*. Org. e trad. Tomaz Tadeu da Silva, Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- _____. *De los delitos contra uno mismo*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002.
- _____. *Teoria das Penas Legais e Tratados dos Sofismas Políticos*, EDIJUR, Campinas: 2002.
- _____. *The Rationale of Punishment*, University Press of the Pacific, Honolulu, Hawaii: 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOULOS JÚNIOR, Alfredo. *Coleção história: sociedade & cidadania*. São Paulo: FTD, 2004.
- BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental*. Vol. 2. Trad. Donaldson M. Garschagen. 43ª ed., São Paulo: Globo, 2005.

- CHIAVERINI, Tatiana. *Apontamentos sobre a pena em Immanuel Kant*. In Phrónesis, Revista de Ética, vol. 8 nº 2, julho-dezembro, Campinas: PUC, 2006.
- CRÉTÉ, Liliane. *Os homens que desafiaram o papa. Os protestantes*. História Viva, grandes temas. Edição especial temática nº 20.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FARGETTE, Séverine. *A crise da Igreja antes da Reforma. Os protestantes*. História Viva, grandes temas. Edição especial temática nº 20.
- FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes, supervisão final de texto Lea Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- _____. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2001.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão & Sensibilidade: Fundamentos do Direito Penal Moderno*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- FREUD, *Totem e Tabu*. Trad. Órizon Carneiro Muniz, Rio de Janeiro: Imago 1999.
- _____. *O mal-estar na civilização*. Trad. José Octávio de Aguiar Abreu, Rio de Janeiro: Imago, 2002.
- FROM, Erich, *Psicanálise da sociedade contemporânea*. 10ªed. Trad. L.A. Bahia e Giasone Rebuá, Rio de Janeiro: Zahar, 1983.
- GONZAGA, João Bernardino. *O Direito Penal Indígena*. São Paulo: Max Limonad, s.d.
- GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GUY, John. *Romanos – vida cotidiana*. São Paulo: Melhoramentos, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

- HOWARD, A. E. Dick. *Magna Carta. Text and commentary*. Virginia: Virginia University, 1997.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. 21ª ed., revista. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1991.
- _____. *Crítica da razão prática*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989.
- LE GOFF, Jacques. *A civilização do ocidente medieval*. Trad. José Rivair de macedo. Bauru: EDUSC, 2005.
- _____. *Para um novo conceito de Idade Média*. Lisboa: Estampa, 1997.
- _____. *Mercadores e banqueiros da Idade Média*. Trad. Orlando Cardoso, revista por Margarida Sérvulo Correia. Lisboa: Gradiva, 1982.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Trad. Luís Alberto Peluso. Campinas: Papyrus, 1990.
- MAQUIAVEL. *O Príncipe*. 4ª ed. Revista da tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e a fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003.
- MIRABETI, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., vol. I, São Paulo: Atlas, 2003.
- MORE, Thomas. *A utopia*. São Paulo: Martins Claret, 2007.

- MOTA, Carlos Guilherme. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Ed. Moderna, 1986.
- MORRIS, Norval e ROTHMAN, David. *The Oxford History of the prison. The practice of punishment in Western Society*. Oxford: Oxford USA Trade, 1997.
- OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *História do trabalho*. São Paulo: Ática, 1995.
- PISTORI, Gerson Lacerda. *História do direito do Trabalho. Um breve olhar sobre a Idade Média*. São Paulo: Ltr, 2007.
- PLATÃO. *Górgias*. Trad. Jaime Bruna, 3ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S/A, 1989.
- REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia: Do Romantismo até nossos dias*. Vol III. São Paulo: Paulus, 1990.
- _____ *História da Filosofia: Do Humanismo a Kant*. Vol. II. São Paulo: Paulus, 1990.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. Sentido e limites da pena estatal.
- RUSCHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Cortez, 2007.
- SCHMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo, Martin Claret: 2007.