

CONCURSO DE DIREITO PENAL
A REALIZAÇÃO DO CONCURSO DE DIREITO PENAL
EM 1950
PROVA DE ATITUDE DO CANDIDATO
RUB. LAURO NUNES

PONTO Nº 49

A palavra "pena" vem do latim poena, de poenire que quer
dizer castigar, punir, e poena quer dizer o castigo, a pena.

DOCUMENTÁRIO

Uma pena é a sanção imposta pelo Estado ao infrator.
A pena consiste em privar o infrator de um bem, ou de uma liberdade, ou de uma honra.

Esta foi a primeira pena de morte imposta contra o crime de homicídio.
Em épocas anteriores havia a pena de morte para crimes mais graves, que se podia considerar.

O pensamento primitivo, mais castigo para tal crime, era a morte.
Sendo possível que se possa considerar o crime de homicídio como um crime de sangue?

A pena imposta ao crime de homicídio, em épocas anteriores, era a morte.
Esta pena era imposta ao crime de homicídio, em épocas anteriores, era a morte.

Quando em 1786, Beccaria, que foi um iluminista, mas um revolucionário, propôs a pena de morte, ele foi considerado um revolucionário.

Esta pena imposta ao crime de homicídio, em épocas anteriores, era a morte.
Esta pena imposta ao crime de homicídio, em épocas anteriores, era a morte.

Os pontos despartados.

CONCURSO DE DIREITO PENAL

(1ª CADEIRA)

PROVA ESCRITA DO CANDIDATO

BEL. LAURO NOGUEIRA

PONTO Nº 49

A palavra "pena" vem do latim *poena*, e, sendo sua origem mais remota o grego, onde dita palavra já tinha o significado de sofrimento.

Pena, na noção trivial, vulgar, é mesmo sofrimento.

As penas remontam a séculos e onde surgiu o crime, surgiu a pena.

Ela foi o primeiro grito da humanidade contra o delito.

Em épocas remotas, tomou a pena os aspectos mais terríveis, que se possa imaginar.

O pensamento humano, hoje voltado, para tais épocas, estarrece, sente-se confuso e como que quer duvidar.

Seria possível que os nossos antepassados chegassem a tanta barbaridade ?

As penas torturantes, as penas aviltantes, as penas infamantes foram apanágio daqueles tempos de barbaria, que nós mesmos hoje temos vergonha de recordar.

Quando em 1764, Beccaria que não era criminalista, mas um filósofo, publicou o seu *Dei Delitti e delle pene*, tudo revolucionou.

Este livro aparecido em Livorno, na Itália, sem nome de autor, imediatamente correu mundo, sendo traduzido em várias linguas.

Os povos despertaram...

As palavras do nobre doutrinador foram acolhidas como um bálsamo rasgando novos horizontes no sistema de penas, então aplicado.

Era ferro em braza sôbre o carcinoma da selvageria penal...

O doutrinador fez-se apóstolo e a vitória do seu apostolado foi a humanização da própria humanidade.

Beccaria protestou contra as penas infamantes, zurziu o excesso das punições, opoz-se à pena de morte, declarou-se contra os privilégios sempre imorais dos nobres, pugnou pela igualdade de todos, conclamou contra a interpretação analógica das leis penais, afirmou que a certeza das punições valia mais que o excesso dos castigos...

De Beccaria surgiu um marco inicial para a historia e a vida do direito penal.

O seu livro revolucionário foi o alicerce da escola clássica dêste direito, "gloriosa e imortal escola", no dizer insuspeito de seu maior destruidor, o incomparável Enrico Ferri.

Tal escola, firmando os seus pontos de vista doutrinários, teve uma concepção própria da pena.

A pena para ela é o castigo, a expiação, a culpa.

Grotius, no *De jure pacis et belli*, a definiu — *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*.

Quando Lombroso, com o ariete pesado e incomensurável de sua crítica, apareceu, o arrojo de suas teorias foi abalar todas as concepções da escola clássica, subvertendo-as, aluindo-as, destruindo-as.

O conceito de crime, de criminoso e de pena, os três objetivos fundamentais do Direito Penal, passaram por grande transformação.

O crime, de produto da vontade livre do homem, veio a ser um corolário de três ordens de fatores: o criminoso de ente normal considerou-se *varietas generis humani*; a pena, que era castigo, transformou-se num ato de defesa social.

A sociedade, ferida num de seus membros, ferida no seu

rítmo, na sua vida, na sua ordem, não desce ao desprimor do castigo; a sociedade defende-se...

A pena é, afinal, defesa.

Não valerá, de certo, falar-se, neste introito, do conceito de pena para a terceira escola, que Ferri, nos seus "Estudos de Direito Penal", chamou "meteóro de curta duração".

Além da terceira escola, ser apenas um esgalhamento da escola antropológica, pois que, a meu ver, as escolas penais giram apenas em derredor de dois pontos de vista — um metodológico (método de lógica abstrata e método positivo) e outro psicológico (a questão do livre arbítrio, que Du Bois Reymond chamou um dos enígmias do Universo, contra o que protestou Hæckel e diz Pedro Lessa que com razão, em sua "Filosofia do Direito"), acontece que a concepção da pena para a dita escola Sociológica em quase nada se diferencia da concepção da escola de Ferri, apenas em pontos secundários.

A pena aqui também é defesa, não regenera o criminoso e deve ser aplicada consoante a periculosidade do delinquente.

Quanto às novíssimas escolas penais — escola do tecnicismo jurídico, escola idealística, escola humanista, etc., não oferecem elas um conceito de pena e serão elas mesmo escolas?

Muniz Sodré contesta formalmente em seu livro "Direito Penal" e si escola é, como quer Bataglini, "o elenco das soluções típicas do problema criminal", estas escolas novíssimas não merecem de fato o nome de escolas.

Saindo, porém, do terreno da doutrina para entrarmos no terreno prático do ponto, queremos dizer que as penas no Direito Criminal Brasileiro não divergem das penas dos direitos dos mais povos civilizados, nas suas generalidades.

As penas de nossa legislação não são uma criação do génio brasileiro, incontestavelmente capaz de grandes surtos.

O Código Penal Brasileiro, hoje Consolidação das Leis Penais, enumera as penas adotadas para os crimes nele catalogados.

O mesmo se encontra no Código Penal da Armada, também do Exército, ou melhormente "Código Penal Militar".

Há penas catalogadas no primeiro, que não estão catalogadas no segundo, e vice-versa.

Dispõe o art. 43 da nossa Consolidação das Leis Penais :

"As penas estabelecidas são as seguintes :

- a) — prisão celular ;
- b) — prisão correccional ;
- c) — reclusão ;
- d) — prisão com trabalho obrigatório ;
- e) — prisão disciplinar ;
- f) — interdição ;
- g) — suspensão e perda do emprêgo público, com ou sem inabilitação para exercer outro ;
- h) — multa."

Outras penas há que não estão escalonadas na enumeração, *verbi gratia*, a deportação e a pena de morte e a prisão simples do art. 409 do Código Penal, perda de moeda, art. 239 da Consolidação, perda de maquinismos e objetos (arts. 242 da Consolidação), etc.

As penas civis, applicadas de acôrdo com os Códigos dos processos civís dos Estados, também não estão aí. Tampouco as penas administrativas.

Aliás, tais penas são hoje de existência muito contestáveis, em face do disposto no art. 113, nº 30, da Constituição de 16 de julho de 1934, que taxativamente dispõe :

"Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas."

Outras penas, que existiam no Código Criminal de 1830, ficaram implicitamente abolidas: pena de desterro e de degredo.

No Império o escravo, *res inhumana*, estava sujeito à pena de açoites, que lhe delimitavam o máximo de cinquenta vergastadas por dia.

Ainda na Monarquia havia a pena de banimento judicial.

Uma lei nossa, logo no início da República, aboliu, da parte do Governo Revolucionário, tal pena.

Consistia a mesma na expulsão do indivíduo do território nacional com a vedação de a êle voltar sob pena de trabalhos forçados e, salvo engano, até galés.

Mas a mesma República, no seu berço, estabeleceu a pena de banimento político para a dinastia aqui reinante até 1889.

Quando, no governo do Dr. Epitácio Pessoa, se cogitou da repatriação dos restos mortais do venerando D. Pedro II e Teresa Cristina, Rui Barbosa, em lindo discurso, defendendo a República do ato de expatriação do nosso venerando Monarca, declarou que a Constituição de 1891, em seus dispositivos e em seu espírito, havia revogado o banimento político da família imperial governante em nosso Brasil até a aurora de 15 de Novembro de 1889.

Há quem sustente que os dispositivos de duas leis nossas que proíbem correr prescrição da ação e da execução enquanto os delinquentes estiverem exilados do país, nos crimes de moeda falsa e nos dos Arts. 107 a 118 do Cód. Penal, importam em verdadeiros banimentos disfarçados, sendo, tais leis, neste ponto inconstitucionais (Art. 113, 29 da Const. de 16 de Julho de 1934).

A pena de galés, pena verdadeiramente infamante, existente no tempo da monarquia, deixou de existir pelo Código Penal da República, Art. 44.

Em face de tal pena, o condenado tinha que trazer ao pé amarrada a infame calceta, que era o máximo opróbrio da vida.

O sistema penitenciário do nosso Código é o sistema progressivo irlandês.

Faz-se nele por quatro períodos: pensilvânico, auburniano, penitenciárias agrícolas e livramento condicional.

As penitenciárias agrícolas, ao que eu conheço, estão por se construir em nosso país.

Houve, nalgum tempo, a idéia de se fazer a ilha de Fernando Noronha uma penitenciária agrícola modelar.

Estou pensando que isto se cogitou no glorioso Leão do Norte, Estado de Pernambuco, desde o govêrno do benemérito Barbosa Lima.

A idéia, porém, não chegou a vingar e Fernando de Noronha, na hora atual, é um depósito indesejável de criminosos políticos.

O Livramento Condicional já tivera ingresso no Código Penal de 1890, Art. 50 a 52.

Jazia, porém, na letra da lei, até que o decreto nº 24.351, de 6 de Junho de 1934 lhe deu vida e vigor.

Hoje, em plena execução, o livramento condicional vem produzindo ótimos frutos.

A Consolidação das Leis Penais, em seu Art. 73, prescreve que :

“A condenação suspende-se :

a) — pelo livramento condicional.

João Vieira de Araújo, o excelso criminalista pernambucano, criticando o dispositivo supra referido, salienta que o livramento condicional não suspende a condenação, mas sim a vida carcerária.

Há, assim, um êrro de técnica em nosso Código Penal, que João Monteiro considerava o pior do mundo e Gervásio Fioravanti “surdo à ciencia e cego à verdade”.

Muito poderíamos dizer a respeito do livramento condicional, estabelecendo sua diferença da anistia, do indulto, do *sursis*, do *probation system*, das medidas de segurança, etc., firmando os seus característicos, determinando o seu processo, a sua regulamentação, a sua aplicação, criticando a sua sistematização, si não tivéssemos, no extendermo-nos a tanto, o re-

ceio de nos desviarmos um tanto do ponto, atento a que há no programa um ponto referente exclusivamente ao livramento condicional.

Como *humour* e para encerrarmos a nossa divagação sôbre o livramento condicional: a revista carioca, de larga divulgação, "Vamos ler", em um de seus últimos números, o de 7 de Junho proximo passado, ocupando-se dos resultados do livramento condicional nos Estados Unidos da América do Norte, frizou que, na patria de Washington, um dos maiores efeitos do livramento condicional era aliviar as despesas do Estado com a manutenção de um bandido !

Quando Gervásio Fioravanti Pires Ferreira fez prova escrita na gloriosa Faculdade de Direito do Recife para a cadeira de Direito Penal, foi-lhe proposto o seguinte quesito :

"A prisão celular é *conditio sine qua* para um bom sistema penitenciário ?"

O meu egrégio e saudoso mestre respondeu o quesito, no sistema por que, naquela época, eram feitas as provas escritas, de um modo brilhante, de acôrdo, aliás, com o brilho incomparável de seu formoso talento.

Atacou fortemente a prisão celular, julgou-a incompatível com a civilização e terminou afirmando, peremptoriamente, que a prisão celular não era *conditio sine qua* para um bom sistema celular.

Na minha humildade e na minha pequenez, endosso o parecer do velho mestre, a quem quero, neste momento, render o tributo da mais viva saudade.

Ferri era um cérebro gigantesco.

Com êle combino em muitas teorias e dele discordo em muitas conclusões.

O porta-estandarte da escola positiva tem às vezes lampejos de gênio e, outras tantas extravagâncias de calino.

Haverá maior dispautério em letra redonda ou mesmo,

si o houver, em letra quadrada, do que aquele que a responsabilidade penal se funda na responsabilidade social ?

Então a responsabilidade do indivíduo é da sociedade e o indivíduo é a sociedade ?!

Quem não sabe que Laurindo Leão, na sua extraordinária "Filosofia do Direito", um dos livros mais pensados da bibliografia nacional, já evidenciou não haver relação possível entre o organismo individual, onde se nos deparam humores, células, tecidos, etc. e o organismo social, em que nada disto se encontra, em correspondência ?

E o grande Spencer, também, anteriormente, não traçara a diferenciação entre os dous organismos, um discreto, o social e o outro contínuo, o individual ?

Mas digamos o que iamoz dizendo de Ferri, com respeito às suas idéias sôbre o regimen celular.

Para êle, o regimen celular é uma das aberrações do Século XX.

Sou mais rigoroso. Vou além. Aqui como penso : o regimen celular é a maior ignonimia do Século XX, é a vergonha do século.

Além do sistema celular ter em si mesmo o vício, a torpeza, a miséria de sua origem no Brasil, para a agravação dele, há, *quod multo magis mirandum*, a sua deturpação.

Si nas Capitais de nossos Estados se encontram ainda alguns arremedos de penitenciárias, como em Fortaleza, Recife, Natal, etc., pelo nosso *hinterland*, se chega à máxima desolação: as prisões de nosso interior, sem higiene, sem ar, sem luz, até sem pão, degradam e, digamos com franqueza, menos os presos do que os representantes do Poder Público.

Parece, entretanto, que com referência à penitenciária, há entre nós, uma excessão, digna de elogios e onde o sistema penitenciário do nosso Código Penal vai tendo alguma applicabilidade.

Refiro à penitenciária da Capital de S. Paulo, a qual maravilhou Jimenez de Asúa.

No seu livro de observações — “Uma Viagem ao Brasil”, Asúa, o valoroso criminalista espanhol entôa um hino de louvor à Penitenciária de S. Paulo, derramando-se nos maiores elogios.

Pessoalmente honesto, Asúa não nos encomiaria, si não sentisse estar falando verdade.

Em nossa vizinhança, temos a República Argentina com penitenciárias-modelos, onde o regimen adotado é aplicado honestamente, como se pode ver no bellissimo relatorio apresentado à Faculdade de Direito de Recife, pelo Dr. Frederico Castelo Branco Clark, num dos números da Revista Acadêmica desta mesma Faculdade.

No Art. 45 da Consolidação das Leis Penais se determina o modo de execução da prisão celular.

Ei-lo, o Art. 45 : —

“A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento celular e trabalho obrigatório, observadas as seguintes regras :

- a) — si não exceder de um ano, com isolamento celular pela quinta parte da duração ;
- b) — si exceder dêsse prazo, por um período igual à quarta parte da duração da pena e que não poderá exceder de dois anos; e nos períodos sucessivos, com trabalho, em comum, segregação noturna e silêncio durante o dia”.

A pena que, no Código Penal, ou Consolidação das Leis Penais, se segue à celular é a prisão correccional (Art. 46).

É uma pena de autos fins morais e profundamente regeneradora.

Ela, em especial, visa erguer, pelo trabalho honesto e pela

instrução educadora, o moral entanguido e gasto dos mendigos, vagabundos, capoeiras e desordens”.

Infelizmente, no Brasil, estamos ainda esperando da bôa vontade dos dous governos, da União e dos Estados, a instalação das colônias, em que se devem executar as penas correccionais, tão claramente exigidas, aquelas, pelo citado artigo 46, nas seguintes palavras :

“A pena de prisão correccional será cumprida em colônias fundadas pela União ou pelos Estados para a reabilitação, pelo trabalho e instrução, dos mendigos válidos, vagabundos ou vadios capoeiras e desordeiros”.

Pelo Artigo 47 de nossa Consolidação, “a pena de reclusão será cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares”.

Esta pena, de reclusão, segundo Fernando Nery, tem como um de seus principais característicos, não exigir nenhum trabalho por parte do detento.

Si não nos falha a memória, ela é aplicada dentro dos dispositivos do Código Penal, unicamente, para os crimes do Art. 107, 108, 109, 111 e 115 do mesmo Código.

A prisão com trabalho obrigatório tem o seu assento no Art. 43, letra *d* de nosso Código Penal, ou, o que é o mesmo, de nossa Consolidação das Leis Penais.

Apografemo-lo :

“A pena de prisão com trabalho será cumprida em penitenciárias agrícolas, para êsse fim destinadas, ou em presídios militares”.

É uma pena mais grave das que as anteriores, forçando o detento ao trabalho.

Quanto à prisão disciplinar é a prisão dos menores, estabelecida hoje no Código dos Menores, um dos diplomas mais adiantados de nossa legislação.

Para Mendes Correia, o insigne criminalista português, em seu primoroso livro — “Criminosos Portuguezes” — “a questão dos menores é uma questão de educação”.

O Snr. Dr. Álvaro Fernandes, um nome bem conhecido no meio intelectual cearense, na sua tese de doutoramento na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, que mereceu de Francisco de Castro, o sábio brasileiro, os mais rasgados encômios, chamada dita tese “Moral insanity” — abordando, em geral, o problema da criminalidade, escalonou para êle três espécies, ou classes de terapêutica :

- a) — terapêutica moral ;
- b) — terapêutica jurídica ;
- c) — terapêutica médica.

A primeira espécie de terapêutica — a terapêutica moral — é a que entende diretamente com a menoridade, com os menores.

É, de fato, a terapêutica adequada à infância.

A infância se corrige é com medidas morais e é, certamente por isto que Ary de Azevedo Franco em seu “Direito Penal” salienta que as penas prescritas no Código dos Menores são especialmente medidas ou penas, de ordem verdadeiramente moral.

Pueris maxima reverentia debetur...

Pelo Código Penal de 1890, só os menores de 9 anos não tinham responsabilidade a apurar-se.

Os maiores de 9 e menores de 14 que agissem sem discernimento seriam igualmente irresponsáveis.

O discernimento era a questão sedicã do bem e do mal.

Quem, muito antes do Código dos Menores, agitou a questão do bem e do mal, a questão do discernimento, no parlamento nacional, foi o falecido Dr. Alcino Guanabara.

Neste primeiro projeto oferecido ao Senado do Brasil, em ano de que já me não mais recordo, o fulgurante jornalista frizou que a responsabilidade dos menores não deveria bitolar-se pelo critério elástico do discernimento, critério anti-científico, sem base e sem fundamento algum.

O trabalho de Alcino Guanabara não teve andamento na Câmara Alta da República, mas, anos depois, as suas idéias foram aproveitadas no nosso Código dos Menores.

A pena de interdição se vê estatuída no Art. 55 do Código Penal :

“O condenado à pena de prisão celular, maior de seis anos, incorre por tal fato em interdição, cujos efeitos são :

- a) — suspensão de todos os direitos políticos ;
- b) — perda de todo ofício eletivo, temporário ou vitalício, emprêgo público da Nação ou dos Estados e das respectivas vantagens e vencimentos ;
- c) — perda de todas as dignidades, condecorações e distinções ;
- d) — perda de todos os munus públicos”.

É, sem dúvida, uma pena gravíssima, que, além do mais, afeta direitos políticos do cidadão.

Além da interdição retro indicada, o Código Penal, na sua parte especial, ainda reconhece outra espécie de interdição.

São, entre outras, as dos Arts. 273, § único e 277, § único, alínea.

Não precisamos nos referir a interdição civil, que nada faz ao caso.

Exposta uma parte do ponto sorteado, já estando a hora bem avançada, desde que já expusemos a parte, repetimos, referente à pena e sua execução, entremos na aplicação da pena.

Pelo Art. 1º de nossa Consolidação das Leis Penais :

“Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime e nem por penas que não estejam previamente estabelecidas”.

É o velho apophtegma do *nullum crimen e nulla poena sine lege*, hoje tão abalado nas codificações modernas, como a russa e a dinamarqueza.

Aliás, entre nós, o projeto Sá Pereira, que é um trabalho de vulto, quero esclarecer, o projeto do Código Criminal de Sá Pereira, admitiu grandemente a analogia.

É a tendência moderna, tanto mais que aquele projeto, inspirado nos postulados da política criminal e que mereceu os maiores gabos do valoroso criminalista Gatti, joeirou o que havia de melhor, no momento de sua confecção, para adaptação ao Direito Penal Brasileiro.

No Art. 38 de nosso Código Penal, prescrevem-se as regras atinentes à aplicabilidade das circunstâncias agravantes e atenuantes.

Deixo de reproduzi-las em minha prova, porque a hora desta se aproxima de seu termo.

A questão das agravantes e atenuantes é das mais complexas no Direito Penal.

Ary de Azevedo Franco chama-a “*vexato questio*” e Fernando Nery “das mais difíceis”.

João Vieira ataca acerbamente a teoria das agravantes e atenuantes no seu “Código Penal Interpretado” por incompatível com os postulados do novo Direito Penal, mas, incongruentemente, incoerentemente, contraditoriamente, procurou depois determinar agravantes e atenuantes, de acôrdo com o lugar, o tempo, a pessoa, etc..

É de se lamentar a contradição, partida, aliás, de um grande luminar da ciência do Direito Penal entre nós.

O Art. 66 do Código Penal aplica as penas nos crimes comuns em seus quatro parágrafos.

Foi êle objeto de uma tese do Dr. Olavo Oliveira, um dos maiores criminalistas da nossa geração.

No § 1º se determinam as penas para o cumulo material dos delitos: *quot delicta, tot poenae*.

No § 2º há o critério da exasperação da pena: *major poena cum exasperationem*...

No § 3º há o da absorpção: *poena major minoren absorbet*.

No § 4º, há o critério do cumulo jurídico das penas, que é um sistema conciliador dos demais.

O primeiro parágrafo poderá dar a perpetuidade da pena. O critério do § 2º não deveria existir porquanto, na opinião de alguns, o aumento da sexta parte da pena não deveria existir.

É opinião, repito o vocábulo, de Fernando Nery.

O critério do § 3º é impolítico e anti-juridico.

É verdadeiramente jurídico o critério do § 4º, que prescreve o máximo da pena aplicado ao criminoso.

E o máximo da pena aplicado ao criminoso é de 30 anos, nos termos do art. 66, § 4º do Código Penal.

Atualmente, onde é postulado do Direito Criminal moderno, segundo Jiminez de Asúa, a maior agravação do crime político com atenuação do crime comum, na Rússia, por exemplo, no crime comum de homicídio a pena máxima é de 10 anos, enquanto que os delitos anti-revolucionários como espionagens, sabotagem, etc., pelo art. 21 do Código Soviético de 1.926, são punidos com o fuzilamento.

Mas a pena mais grave de nossa legislação é a pena de morte, que a Constituição de 10 de Novembro adotou em nosso Direito para os crimes comuns cometidos "com extremos de perversidade e por motivo fútil", isto é, no crime de homicídio.

Infelizmente o tempo está vencido e não posso ocupar-me do tema — a pena de morte — de que aliás tratei em minha tese largamente, tese de concurso — “Do Crime Político”.

Termino a minha prova, ao aviso de que o tempo está vencido, com a mesma expressão com o Dr. Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas terminou uma das provas escritas de um seu concurso, na Faculdade de Direito do Recife, — prova publicada na “Revista Acadêmica daquela Faculdade.

Hora caedit.

Fortaleza, 17 — Julho — 1939.

Lauro Nogueira