

UMA BREVE INTRODUÇÃO À PUNIBILIDADE NA ESFERA PÚBLICA E PRIVADA

*Lívia Menezes Simão
Isael José Santana*

Resumo

Este esboço visa perscrutar brevemente, através de pesquisa bibliográfica, a diferença histórica punitiva, até o liberalismo, entre aqueles que cometeram crime contra a coisa pública e aqueles que o fizeram entre particulares. Efetivamente, os povos primitivos não distinguiam o público do privado, inexistia Estado, seguia-se preceitos costumeiros por temores imaginários e, portanto a autotutela era regra. Essa vingança privada perdurou até a Antiguidade, quando por necessidades prementes, devido as infundáveis guerras; antigas civilizações passam a adotar concepções teológicas a fim de fundamentar e concentrar o poder punitivo, começa-se a gerenciar ilegalidades toleradas e intoleradas. Faz-se oportuno considerável salto até o absolutismo, perfeitamente ilustrado na frase do monarca francês Luís XIV: “O Estado sou eu”; em que o monarca encontra-se acima de qualquer controle, portanto, não lhe cabia prestações atinentes à gerência da coisa pública, inexistindo, portanto, qualquer punibilidade. Diferentemente, os súditos encontravam-se totalmente subjugados, sem qualquer prestação de serviços públicos, constituíam-se nos verdadeiros destinatários das normas, onde a vingança pública era uma forma de reafirmar o poder soberano. No entanto, com o aumento do domínio econômico pela burguesia, também o movimento iluminista, culminando na Revolução Francesa; contrário a arbitrariedades, onde o Estado está para o povo, gradativamente suprimiu-se os suplícios; deveria haver uma forma humanitária e proporcional na punição. Com efeito, os representantes do povo passam a ter obrigação de prestar contas à sociedade, sem, contudo responderem criminalmente por atentarem contra o bem público, “não se enxergar” naqueles um criminoso, devido à construção social deste. Entretanto, mesmo não sendo mais subjugados à proporção que o foram no absolutismo; as classes populares eram em quantidade e intensidade, mais punidas que os extratos mais elevados da sociedade, devido a estereótipos, bem como a maior ofensa produzida por seus crimes. Parcialmente conclui-se que mesmo com mudanças no Estado e sua estrutura punitiva, o homem cultural fez distinções e não sentiu-se lesado com a mesma intensidade, no referente aos crimes públicos, quando comparados aos crimes privados de menos lesividade social e punidos com mais rigor.

Palavras-chave: Punibilidade. Primitivo. Absoluto. Liberal.

INTRODUÇÃO

Nesse princípio de Iniciação Científica, provido pelo Programa Institucional de Iniciação Científica (PIBIC), proveniente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) buscou-se explicar um breve histórico acerca da fundamentação da punibilidade nas esferas supracitadas, a partir de uma sucinta descrição do revolver histórico entre o primitivismo e início da contemporaneidade.

1. PÚBLICO-PRIVADO

Conforme Cunha, privado vem do latim *privatus* – favorito. (2007) Neste, prevalece a relação *inter partes*, na qual, segundo Bobbio “a esfera do indivíduo singular autônomo [tem prevalência] com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público”. Efetivamente, seu maior expoente foi com o liberalismo, no qual imperava a intervenção mínima do Estado em todos os âmbitos da sociedade; prevalecia interesses econômicos em detrimento dos sociais, dentre outros. (2009, p.23-24).

Assevera Cunha que, público do latim *publicus-a-um* - se refere ao “relativo, pertencente ou destinado ao povo à coletividade”. (2007) Deveras, o Estado deve gerir a coisa pública através de seus representantes escolhidos pelo povo, em que na esteira de Aristóteles deve haver a supremacia do todo sobre as partes. No entanto, pondera Bobbio que, no Estado contemporâneo, com a industrialização das sociedades surge dois processos:

[...] de publicização do privado e de privatização do público, [que] não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem de aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos [...] (2009, p. 27).

2. PRIMITIVISMO

Nas sociedades primitivas, o homem mantinha ao extremo o laço entre os membros do seu grupo, pois era a única forma de tentar manter-se seguro, frente ao ataque de outros grupos e aos perigos da natureza. Deveras, a condição de indivíduo, estava condicionada ao vínculo com determinada tribo.

Ressalta-se que nessas organizações primitivas, onde inexistia Estado nem ordenamento jurídico positivado, obedecia-se a preceitos metafísicos, em que conforme Aníbal Bruno,

Nessas formas primárias de comunidade, a que falta um órgão que exerça a autoridade coletiva, a vigência das normas resulta do hábito e sua obrigatoriedade assenta no temor religioso ou mágico, sobretudo e relação com o culto dos antepassados, cumpridores de normas, e com certas

instituições de fundo mágico ou religioso, como o tabu. (apud MARQUES, 2008, p. 10).

A existência de “vínculo jurídico” era determinado pelo vínculo de sangue; nesse sentido, assente Rogério Greco: “Essa vingança podia ser exercida não somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que encontrava inserido”. (2011, p. 126).

Tais grupos embasavam-se em totens e tabus na “gerência” da vida social, em Freud temos por totem, “[...] um animal... e mais raramente um vegetal ou fenômeno natural... que mantém relação peculiar com todo clã... é o passado comum do clã... seu espírito guardião e auxiliar”. (2006, p.7). Como base social, o totem direcionava através do medo, moral e penalmente os indivíduos, de forma que todos aqueles que descumprissem os preceitos receberiam uma punição, a fim de que a entidade não voltasse contra a coletividade.

No que concerne ao tabu, ainda na esteira de Freud, está vinculado a

[...] proibições e restrições... As restrições do tabu são distintas das proibições religiosas ou morais. Não se baseiam em nenhuma ordem divina, mas pode-se dizer que se impõem por sua própria conta. Diferem das proibições morais por não se enquadrarem em nenhum sistema que declare de maneira bem geral que certas abstinências devem ser observadas e apresente motivos para essa necessidade. (2006, p. 18).

Assim, toda vez que descumpria-se esse “código não escrito”, o transgressor tornar-se-ia o novo tabu, caso não fosse repreendido de forma adequada, influenciando negativamente aos outros membros, tornando-se insegura a ordem comunitária.

Resta asseverar que tal prática vingativa tornou um entrave ao próprio desenvolvimento comunitário, pois era ceifada a vida de inúmeras pessoas, devido a intermináveis guerras entre famílias, reduzindo-se consideravelmente a população e, portanto, sua capacidade de proteção contra interferências externas. Todavia, como observa Gilberto Ferreira, muitos autores posicionam-se em ser essa vingança, na sua essência, uma forma defensiva, ainda que punitiva; não podendo se falar em pena antes, seu introito. (2004)

De fato, tal prática privada de punição perdurou até sua substituição pela via pública na Antiguidade, com interesse na gerência e não abrandamento das penas, como se segue em Oswaldo Henrique:

[...] a transferência da punição para um poder central não teve por fundamento abrandar a vingança em si, mas sim manter certa ordem social e

evitar guerras infindáveis entre grupos, que enfraqueciam a própria comunidade. (2008, p. 12)

3. ANTIGUIDADE

Aos poucos o poder de punir centralizou-se em determinados indivíduos, e com os povos orientais da Antiguidade, regidos por preceitos religiosos, a pena passou a ser regulada pelos sacerdotes. Com efeito, era crime tudo aquilo que contrariasse a vontade divina, portanto, a pena tinha por objetivo aplacar a ira dos deuses para com a comunidade, já que a não punição do criminoso, necessariamente incorria na responsabilização e sofrimento de toda comunidade. (MARQUES, 2008)

Os egípcios tinham por tão alta a religiosidade, que o faraó era considerado a personificação de Deus. Destarte, gerenciavam a justiça, os sacerdotes, que julgando determinada pessoa culpada, mantinham-na prisioneira até o faraó prolatar sua pena, no entanto, devido à grande exposição negativa do faraó; passível de conluio, a partir de Ramsés III, destaca-se uma comissão de sacerdotes, com discricionariedade para vida e morte sobre todos aqueles tidos por culpados. Para Cantu,

as penas mais utilizadas eram o abandono do condenado à voracidade dos crocodilos, estrangulamento, decapitação, fogueira e embalsamento em vida. Quando se tratava de réus das classes dominantes, era permitido o suicídio, para que fosse evitada a vergonha da cerimônia pública. (apud MARQUES, 2008, p. 26).

Entre os hindus, vigora a partir do século X a.C., a religião bramânica, a qual fornecia os preceitos sociais a serem seguidos, muito embora tais mandamentos foram grandemente completados por costumes. Sua carta punitiva encontrava-se no livro de Manu, no qual “Brama criou o gênio da penalidade, atribuindo-lhe a proteção de todos os seres e, os ensinamentos da justiça”. (MARQUES, 2008, p.27)

Ressalta-se que o objetivo das penas era manter a reciprocidade obrigacional entre as castas. Para tanto, o juiz deveria ser inflexível, a fim de inspirar medo e proteger os necessitados. Em tal direito havia três espécies repressivas: “purificação, expiação e pena propriamente dita”; esta consistia nas penas corporais, ao passo que a pena capital era alocada aos crimes mais graves, tida por quem seria infligido por ela como purificação necessária a fim de que fosse perdoado pela divindade. Salienta Gilberto Ferreira, que no Código de Manu, sob o fundamento da purificação, ordenava

[...] o corte de dedo dos ladrões, evoluindo para os pés e mãos em caso de reincidência. O corte da língua para quem insultasse um homem de bem; a queima do adúltero em cama ardente; a entrega da adúltera para a cachorrada. (2004, p.8).

Não diferente, os hebreus também regiam-se pela religião; segundo consta, os regramentos divinos (Leis) foram ditados divinamente à Moisés, que deveria expô-las a toda a comunidade a fim de sua absoluta observação, pois consistia em um compromisso da comunidade com Deus, não para com um poder terreno. Assim, “nascia um pacto de obediência em troca de proteção divina; e, quando o povo desobedecia a lei, incorria em penalidade tanto por contrariar a vontade de Deus, como por romper um pacto solene”. (GETTEL apud MARQUES, 2008, p. 29)

No Pentateuco, é descrito a Lei de Talião, do latim *talis* – igual, semelhante; bem como o controle sobre a vingança de sangue, em que se observa a admissibilidade da pena capital àqueles que cometeram homicídio; com a ressalva, conforme Greco, de ser conduzido à cidade refúgio aquele, que “houvesse praticado um homicídio involuntário... de natureza culposa. Se, no entanto, o homicida viesse a sair dos limites da cidade refúgio, poderia ser morte pelo vingador”. (2011, p. 127).

Na Grécia Antiga, assevera Oswaldo Henrique, havia os clãs patriarcais (*génos*), todos encontravam-se submetidos ao poder discricionário, sobre vida e morte, do sacerdote, responsável pelo cumprimento dos preceitos divinos presentes “no código misterioso e sagrado da justiça familiar (*themistés*)”. Cabia ao descumpridor dos regramentos a *ordalia* ou juízo de Deus. (2008, p.31).

Ainda que fosse preponderante a vingança de sangue entre as famílias, as quais se encontravam em guerras perpétuas, poderia haver a reconciliação através de um casamento entre as famílias, pena pecuniária, seguidas por tratado de amizade. Porquanto, passou-se a um direito interfamiliar que acabou por findar-se no público.

No heroísmo grego, em face de impureza daqueles que cometiam homicídio, devido ao seu premente contágio à comunidade, era uma mácula contra a comunidade e os deuses; para tanto, os heróis, autores de inúmeros crimes, deveriam ser purificados em um ritual pelos reis, desde que não fossem perdoados antes da morte por suas vítimas, fato este, que dispensava a purificação. (MARQUES, 2008).

Cabe mencionar que entre os séculos VIII e VI a.C., decaiu na Grécia o Estado Teocrático, através do desenvolvimento do pensamento político, necessita-se então de leis escritas, seu maior expoente foi o Código de Dracon em 621 a.C. Desse modo, houve um maior equilíbrio entre o poder público e a esfera privada, evitando-se as

penas divinas. Enfaticamente, os sofistas afirmam haver verdadeiro conhecimento somente no âmbito racional.

Nessa esteira da evolução do pensamento, Sócrates estabelece taxativamente, que o direito deveria ser pautado na racionalidade humana, distante, portanto, de qualquer fundamento sobrenatural. Pois, conforme o filósofo Duek, as funções jurídicas tendiam ao bem comum, alcançável somente com o culto às virtudes do homem. Contribui para modificação paulatina da ofensividade penal; se antes o crime atingia a divindade, agora é um mal realizado contra a comunidade. (2008).

Platão pondera ser a lei uma providência divina e a justiça, harmonia das virtudes da alma; assim seria iminente imunizar “[...] definitivamente a sociedade contra delinquentes não passíveis de correções externas. Por isso, os incorrigíveis deveriam ser afastados da sociedade ou submetidos a pena de morte”. Quanto aos corrigíveis, tidos por “enfermos”, na linha de Sócrates que considera nenhum homem ser naturalmente injusto; cabia à lei o fim de curá-los, tendo por remédio a pena. Efetivamente, a sanção além de reconstituir as virtudes da alma, tem por objetivo intimidar possíveis criminosos. (MARQUES, 2008, p.32).

Dissonante de tal visão platônica, Aristóteles, consoante Duek, assevera que a pena, restabeleceria a igualdade entre os homens, desde que aplicada segundo uma proporção aritmética entre o justo e o injusto; seria portanto,

[...] um meio apto a atingir o fim moral pretendido pela convivência social. Por acreditar no poder de intimidação das sanções, sustentava que o delinquente que foge da dor deve ser castigado, já que as pessoas, em sua maioria, só se abstém da prática de más ações por temerem a punição e, não por causa da baixaza de tais ações. (2008, p. 38).

Roma em seus primórdios, era regida religiosamente, no entanto, Oswaldo Henrique ao mencionar Mommsen que, quando da sua postulação, a pena capital foi uma forma de expiação à divindade, tal sanção permaneceu, embora com o fulcro de reparar ofensa cometida à sociedade, portanto, pública. (2008).

Lembra Oswaldo Henrique, existir no período da realeza, a distinção entre crimes públicos (conspiração ou traição para como Estado e assassinato) e, crimes privados (ato contra o particular). Com efeito, enquanto nos crimes públicos, o Estado julgava e aplicava a pena capital caso houvesse culpabilidade; em âmbito privado, a responsabilidade pelo julgamento cabia à própria vítima, interferindo o Estado apenas em sua regulamentação. (2008).

Vê-se portanto, um resquício da vingança privada, a qual cessou com a evolução política, em que no período republicano, com a Lei da Doze Tábuas, estabelece a separação com a religião, manifestando o interesse terreno. Assim, o Estado passou a ser detentor do *jus puniendi* e, embora tenha perpetrado traços religiosos, tal documento previa uma punição proporcional a ofensa, bem como a facilitação de sua substituição pela pecúnia. Evidentemente, o fulcro de tais preceitos era manter a ordem social e conservar a mão de obra. (MARQUES, 2008).

4. MEDIEVO

Relata-nos Bretas, que

Na *Baixa Idade Média*, a estabilidade social, a distribuição de renda relativamente igualitária, as condições, de certo modo, favoráveis das classes subalternas possibilitavam o pagamento de penas pecuniária³ que, por isso mesmo, estancavam a cogitação de outras modalidades de pena... Na *Alta Idade Média*, a instabilidade social, a distribuição de renda absolutamente desigual, as condições, de forma, desfavoráveis das classes subalternas impossibilitavam o pagamento de penas pecuniárias que, por isso mesmo, deflagravam a cogitação de outras modalidades de pena. (2010, p. 152)

Não se deve olvidar que na Idade Média o Estado encontrava-se imbricado com a religião; conseqüentemente seu sistema punitivo refletia essa influência. De acordo com Aníbal Bruno, estabeleceram-se três construções jurídicas – Canônica, Romana e Germânica, as quais apesar de terem suas peculiaridades, não se repeliam e, em contrário muito se completavam, com uma certa primazia religiosa, assim uniformizaram as formas de punição em inúmeros locais da Europa. Aliás, no início da Idade Média era comum os juízos de Deus ou ordálios, o qual consistia em provas cruéis. (MARQUES, 2008).

Cabe lembrar que nessa sociedade religiosa, o homem passa a ser tido a imagem e semelhança, do agora, Deus único e, a fim de assegurarem a vida eterna, conforme Duek, deveriam os terrenos abrir-se ... “para os outros e para o próprio divino, como expressão de amor”; ou seja, amar ao próximo como a si mesmo. Para o medievo, tudo provinha de Deus, do qual também provinha a penalidade, que “consistia em uma espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação como forma de salvação da alma para vida eterna”. (2008, p. 48)

A Igreja Católica Apostólica Romana foi favorável a uma maior humanização das penas, portanto, contrária aos ordálios e outras práticas supersticiosas, desde que,

evidentemente, não se tratasse de um herege ou pagão. Com efeito, a ligação entre Estado e Igreja fez com que muitos crimes cometidos à Igreja também fossem considerados contra o poder público. Aliás, durante a Inquisição, o Estado usa-se dela para fins meramente políticos, a fim de manter o *estatus quo* social.

Imbuído desse sentido, Santo Agostinho pondera ser a justiça terrena uma parte infinitamente menor da divina e, almejando “a felicidade eterna”, reconhecia-se na pena aplicada aos infratores uma forma de penitência que conspurcava o arrependimento e futura salvação destes. Aliás, o supracitado filósofo assevera ser necessária a proporcionalidade da punição, não referente ao tempo, mas a intensidade, pois conforme o mesmo é necessário que “o mal da ação seja expiado pelo mal da pena”. (apud MARQUES, 2008, p.53).

Menciona Oswaldo Henrique, que Santo Agostinho estabelece três formas de pena: “[...] a condenação, a correção e a purgação. A primeira seria a condenação de todo gênero humano, a partir do pecado original... A segunda seria temporária nesta vida ou na outra, após a morte. A última... teria como objetivo a emenda do transgressor”. (2008, p.53).

Outro expoente da filosofia cristã, Santo Tomás de Aquino, também vislumbrava como Agostinho, a necessidade de uma conduta terrena sem mácula para que recebesse de Deus a graça eterna. No entanto, assevera, que “os pecadores seriam afastados eternamente da bem-aventurança e deveriam sofrer também penas terrenas, proporcionais à culpa decorrente da falta cometida”. (MARQUES, 2008, p.55).

Estabelece o mesmo: uma pessoa levada à prática do bem, ainda que precipuamente, por temor da represália, com tempo o fará voluntariamente. Entretanto, Aquino menciona ser necessária a pena de morte àqueles, considerados perigosos à comunidade, em prol da defesa social. Com efeito, não considerava a hipótese de emenda desses indivíduos, como afastabilidade da pena capital, pois para ele, “o perigo iminente que a vida deles traz é maior e mais certo que o bem esperado da emenda deles”. (MARQUES, 2008, p.57).

5. MODERNIDADE

Ainda que premente a evolução advinda com o Renascimento, não se encontra modificações no sistema penal, em verdade perdurava o modelo medieval. Assim, toda laicização da ciência, o pensar obras da Antiguidade diretamente, sem perpassar pela

interpretação da filosofia cristã, não obteve o mesmo êxito na assunção da jurisdição penal pelo Estado.

Faz-se necessária ponderações de alguns autores renascentistas no que tange à punibilidade. Nesse limiar, destaca-se a visão de Maquiavel, assim, cabe ao soberano buscar os meios adequados para se manter no poder. Porquanto, as penas aplicadas seria uma forma de coação social, ou seja, a permanência do *status quo* pelo medo. Conforme o mesmo,

[...] os homens receiam menos em ofender aquele que se faz amar do que aquele que se faz temer... fazer-se temer de modo a que, embora não adquira amor, possa evitar o ódio... Mas quando tiver de proceder contra o sangue de alguém, faça-o ele quando houver justificação conveniente e causa manifesta [...] (MAQUIAVEL, p. 108)

Thomas Hobbes posicionava-se contrário à vingança e defendia o princípio da reserva legal; em relação àquele menciona ser um mero ato cruel, reflexo da condição humana vil, sem nenhum benefício para a manutenção da ordem. No concernente à reserva de lei, somente poderia desaguar em pena, o que previamente estabelecido como ofensa ao Estado, portanto, ilógica a vingança.

No mais, o supracitado filósofo era favorável a proporcionalidade da pena, já que sua discrepância tornar-se-ia “ato de hostilidade” em detrimento da correção do indivíduo. Ainda, cabia o poder punitivo do Estado somente após a sentença. Hobbes obtemperava pertencer ao monarca a elaboração de penas suficientemente cruéis em que o medo fosse superior ao benefício da insubordinação; mesmo porque, consistia o crime em uma ofensa direta ao monarca. (MARQUES, 2008)

Thomas More se insurgia contrário à ideia da pena como forma de redução da criminalidade sem combater-se as causas. O mesmo preleciona ao governante

Vivei de vosso patrimônio, segundo a justiça; medi vossas despesas na proporção de vossas rendas; detei as torrentes do vício; criei instituições de benemerência, que previnam o mal e o estiolem no germe, ao (*sic*) em vez de inventar suplícios contra os infelizes que uma legislação absurda e bárbara impele ao crime e à morte. (p.23).

Expõe Tommaso Campanella no seu ideal de República, proveniente da racionalidade; ser a criminalidade contra o patrimônio, consequência das desigualdades sociais. Logo, com a distribuição proporcional das riquezas pôr-se-ia termo à criminalidade. (MARQUES, 2008)

Com o estabelecimento dos Estados Nacionais e a imposição do absolutismo, pode-se mesmo resumir a característica dessa fase na emblemática expressão de Luiz

XIV: “*L’État ces’t moi*” (O Estado sou eu). Nesse sentir Gilberto Ferreira postula: “A pena, pois, passou a ser regulamentada pelo ente soberano e aplicada de acordo com seus interesses. Naturalmente que, do ponto de vista humanitário, muito pouco mudou... Todavia, não mais ao critério e à vontade do ofendido”. (2004, p. 9).

Urge estabelecer que a pena tinha o condão de perpetrar a ordem. Instaurava-se o medo através dos suplícios, assim mantinha-se a estabilidade governamental do monarca, ou seja, um instrumento mantenedor do poder, mas tudo na religião.

Foucault menciona o reflexo divino dos suplícios, os quais, além de coagir a sociedade, era uma prévia do inferno, premente também a ideia de que tal sofrimento seria considerado por Deus no juízo final. Nesse sentido, “[...] o suplício antecipa as penas do além; mostra o que são elas; ele é o teatro do inferno; os gritos do condenado, sua revolta, suas blasfêmias já significam seu destino irremediável”. (2004, p. 40).

6. CONTEMPORANEIDADE

Deveras, em fins do Estado absoluto subleva-se uma corrente humanitária em pleno Iluminismo, consiste também no âmago do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, expõe Greco que, tal período

[...] teve fundamental importância no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na “razão”, o que outrora era praticado despoticamente, agora necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas [...]. (2011, p. 130).

Essa nova linha punitiva, conforme Duek, impõe que seja findo os suplícios públicos, bem como suprime a noção de o crime ser ofensa ao soberano, constituindo a partir de então, ofensa à sociedade. Aliás, afasta-se concepções religiosas das sanções; estas passam a ser estabelecidas conforme à razão. (2008).

Como marco desse novo pensar, há a obra de Cesare Beccaria, “*Dos Delitos e das Penas*”, com influências de Rousseau, Montesquieu, D’Alembert, Diderot, Buffon, Hume e Helvetius; na qual, ainda que tenha estabelecido duas exceções à contrariedade da pena capital, mencionando esta ser cruel, ineficaz (menos efeito coativo que uma pena privativa de liberdade com maior duração), e mesmo ilógica ao pacto social, pois, não pode se depreender que da liberdade cedida em prol do bem geral, coloca-se a vida alheia à discricionariedade estatal.

Destarte, a fim de estabelecer um nexos entre ressarcimento social e a privação da liberdade do criminoso, para não tornar-se a sanção um ato de vingança e, afastar a influência religiosa do âmbito penal é nevrálgico,

Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado. (p.30)

Não se deve olvidar a obra de Jean Paul Marat, na qual menciona ser o crime, fruto das desigualdades entre os homens, para reprimi-lo deveria possibilitar uma melhora na condição social do pobre através da educação e não puni-lo cruelmente, o que por si só é errôneo, tendo-se em vista que o criminoso também faz parte do pacto, o qual objetiva a felicidade geral. Todavia, as vantagens são distribuídas desproporcionalmente, restando ao pobre voltar ao seu estado de natureza para sobreviver. (MARQUES, 2008)

John Howard focalizou suas pesquisas, assente Gilberto Ferreira, no sistema carcerário, em que estabelece ser necessário:

a) higienização dos cárceres e alimentação adequada; b) um sistema disciplinar que fosse diverso para acusados e condenados; c) ensinamentos de educação moral e religiosa; d) obrigatoriedade de trabalho e ensino profissional. (2004, p. 15)

Jeremias Bentham pondera a ineficácia da pena senão observadas às causas da criminalidade, já que precipuamente a pena possui duas vantagens, primeira: o criminoso sofre consequências do que tenha praticado, a fim de não o repetir; segunda: intimidar a sociedade a evitar práticas criminosas através da punição alheia, além do mais, este consubstanciaria a vantagem estatal, pois com isso a criminalidade reduziria. Aliás, o autor supracitado é considerado o idealizador da estrutura arquitetônica do panóptico.

Em Kant, o crime é tido por transgressão à cidadania, assim, a pena impõe-se categoricamente, pois deve haver um retribuição ética contra a imoralidade de tal infração, premente a necessidade, inafastável, de justiça.

Hegel retoma Kant e, postula o crime como a negação do Direito, enquanto a pena, como negação do crime, reafirma o Direito; sob essa ótica, é justa, por reafirmar o Direito, e não por produzir um mal correspondente ao crime cometido, pois qualquer outra finalidade, ofenderia a dignidade da pessoa humana.

Na segunda metade do séc. XIX, tem-se a Escola Clássica, como seu expoente Carrara aponta os seguintes princípios dessa escola:

a) possibilidade de construir um sistema de normas penais universalmente válido, sobre base de um princípio de razão; b) distinção entre delitos ‘naturais’ e ‘políticos’; c) construção do delito como ente jurídico; d) validade geral das normas penais, independentemente da personalidade dos indivíduos singulares, como a única exceção da grande divisão entre imputáveis e inimputáveis; e) correlação necessária entre delito e pena. (FERREIRA, 2004, p. 14-15).

Sucintamente, o período científico do Direito Penal, redireciona o foco de análise da pena e do criminoso. Se no humanitarismo preocupava-se com os meios e intensidade pelos quais os indivíduos seriam punidos, culminando na retribuição proporcional ao dano causado à sociedade. Agora, com Cesare Lombroso e outros da Escola Positiva, como assente Gilberto Ferreira; consideram “[...] o delito... como um fato individual e social, representando um sintoma patológico de seu autor. Por isso, a pena passa a ser vista como um remédio, não mais como um castigo... é um meio de defesa social”. (2004, p. 16).

7. IMPROBIDADE

Cumprе estabelecer: o silêncio, proposital, no concernente à ingerência da coisa pública pelos governantes e/ou funcionários públicos, deve-se ao fato de que até a Revolução Francesa não havia uma distinção entre *res* pública e *res* privada. Com efeito, no primitivismo não observa-se citada separação, até mesmo porque não há que se falar em Estado. Na Antiguidade, sem clara distinção do público e privado, todavia, como observa Marcos Fernandes, no Império Romano houve certa separação entre a riqueza do imperador e as arrecadações fiscais, entretanto, devido ao caráter patriarcal e patrimonialista não se fez na prática. (1996)

Nos Estado absolutos são prementes algumas características, dentre as quais faz-se necessário citar:

i) ele é uma extensão da família real... e não existe uma clara separação entre o orçamento do rei e o orçamento público: os “dinheiros” do soberano se confundem com os do Estado; ii) é encarado como propriedade privada do soberano e de sua família; iii) é confundido com a sociedade, não existindo uma clara definição de sociedade civil [...] (SILVA, 1996, p.6)

Em fins do séc. XVIII, assente Marcos Fernandes que houve uma proliferação de sinecuras e propinas, dentre outras práticas. Na Inglaterra, implanta-se

aprimoramentos que culminam em um melhor delineamento entre os bens da realeza e do governo. Destarte, em 1782 introduz-se um sistema de controle dos gastos reais. Tal sistema aperfeiçoar-se-ia com uso de métodos contábeis e implementação do Auditor Geral, no mais; este e o *Comptroller* apropriariam e controlariam o orçamento. (1996)

Já contemporaneamente,

Em 1834 foram eliminadas as sinecuras e coibidas as vendas de cargos e o uso dos mesmo com fim de compra e venda de votos... em 1816 foi introduzido o assalariamento dos funcionários... em 1870 surge a obrigatoriedade do concurso público para a ascensão a cargos no Estado... pode-se dizer que, principalmente na Era Vitoriana, os resquícios formais do patrimonialismo e clientelismo dentro da máquina do Estado, foram paulatinamente eliminados e passa a existir de fato uma burocracia profissional [...] (SILVA, 1996, p.8)

Em 1854, há implementação do *Corrupt Practices Act*, o qual tentava impedir a compra de votos e propina. Posteriormente, em 1883, edita-se uma lei complementar a fim de controlar gastos em campanha e alocação de penas mais incisivas.

Nesse ínterim, Marcos Fernandes, afirma ser oportuno um esboço sobre o caso francês, pois o comércio de cargos públicos era corriqueiro no medievo e absolutismo. Conforme o mesmo,

O detentor de um cargo público renunciava e passava o posto a um parente (nepotismo) ou simplesmente vendia-o em troca de dinheiro ou bens. Esta prática tornou-se tão comum durante o séc. XVII que em 1604 foi instituído um imposto sobre vendas de cargos (*paulette*). Dada a habitual necessidade do Estado... em obter receita fiscal, a prática de venda de cargos públicos foi até incentivada pelo governo. (1996, p. 9)

Em tempo, era comum alocar-se a particulares o arrecadamento de impostos; havia mesmo um monopólio do setor, o *Ferme Générale*, em que geralmente expoentes da burguesia compravam o direito de arrecadação e, evidentemente absorviam, impropriamente uma parte considerável para si. Efetivamente, tal prática perdurou até a 1789. (SILVA, 1996)

Urge estabelecer que o marco da distinção público-privado foi a Revolução Francesa; a partir de então o governante deveria ser eleito pelos cidadãos, houve a separação entre bens públicos e o patrimônio do governante; reduziu-se a discricionariedade deste, aumentou-se a exigência por uma maior transparência na gerência das finanças públicas, acompanhada por um reclame de tecnicismo àqueles que fossem exercer algum cargo público. Consubstanciava-se, portanto, um maior desenvolvimento e afirmação das instituições públicas. Conseqüentemente, esse novo

“perfil” estatal espalhou-se pela Europa e Estados Unidos, principalmente entre os séc. XIX e XX.

CONCLUSÃO

Destarte, após perpassar-se, brevemente, por toda fundamentação histórica no que tange à punição, faz-se oportuno esclarecer que o proposital silêncio no concernente à distinção público-privado, do primitivismo à Idade Moderna, foi justamente com a intenção de demonstrar o quanto é grande o lapso temporal em que passou-se punindo determinados crimes privados, por vezes pífios e arbitrários, como o de lesa-majestade.

Com efeito, não se pode olvidar a evolução do sistema penal, ainda que premente a utilização deste para controle social e estabilização de governantes. Imbuídos em concepções metafísicas, do dirigente provindo divinamente praticou-se atrocidades, fatigou aquele que tanto contribuiu aos cofres públicos sem nada receber em troca, pois era unísono o patrimônio real e o bem público e, contestar o que, se o soberano e todos os seus atos eram influenciados divinamente.

Com a assunção do poder público pela burguesia, houve um melhor delineamento entre a coisa pública e privada, a separação dos bens públicos e do governante, bem como a necessária prestação de contas deste, além da publicidade de seus atos. Com efeito, um maior controle fiscal e a redução da discricionariedade governamental foram estabelecidas a fim de atender às demandas da insurgência industrial.

Por fim, pode parecer que pouco tenha se acrescido, no entanto é profícuo passar-se de uma vingança privada, ao controle paulatino pelo Estado da punição, inicialmente arbitrário e cruel, mais tarde, expressivamente menos degradante; conjuntamente à distinção público-privado, ainda que o uso e punição no concernente aquele não perfaz-se como o almejado e adequado, respectivamente. Deveras, houve escolhas quanto a quem, o que e de que forma punir.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Coleção Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>> Acesso em: 12 ago. 2013

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**; para uma teoria geral da política. Trad. por Marco Aurélio Nogueira. 15. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da criminologia crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 2. ed. rev. ac. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. por Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu e outros trabalhos** (1913-1914). 1. ed. vol. XIII. Rio de Janeiro: 2006. Disponível em <<http://soebooks.blogspot.com.br/2007/03/sigmund-freud-obras-completas-23.html>> acessado em 10 set. 2013.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. por Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 2006. Disponível em: <<http://freakshare.com/files/v8fwrj31/OPrin.pdf.html>> acesso em: 01 set. 2013.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008.

MORE, Thomas. **Utopia**. Trad. por Anah de Melo Franco. Brasília: UnB, 2004. Disponível <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/al000224.pdf>> Acesso em: 21 ago. 2013.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção**. 1996. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>> Acesso em: 20 set. 2013.