

4 — ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

UM POUCO DA HISTÓRIA LUSO-BRASILEIRA

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal
Membro da Academia Paranaense de Letras

1. A pauta das Antiguidades

Normalmente, a pauta dos temas versados nesta seção de *Antiguidades de Direito Criminal* é preenchida com a reposição de fatos e de julgamentos que, não obstante a passagem dos anos, ainda conservam relevo humano e social. Por eles desfilam os atores principais e todos os coadjuvantes do processo criminal rememorando as passagens célebres. São exemplos da aplicação concreta das normas do Direito Penal e do Direito Processual segundo um tempo e um lugar determinados.

Mas existem dentro do universo das *Antiguidades* alguns assuntos de grande importância e que devem ser lembrados às gerações de estudiosos do presente e do futuro para que não se percam os referenciais sobre as pessoas e as coisas, bem como a noção dos valores estabelecidos entre elas. Afinal, como já foi dito com propriedade, o povo que esquece a sua História é obrigado a repeti-la.

O nosso país vive um momento de profunda contradição no campo legislativo em matéria penal e processual penal. Enquanto o Governo ou entidades representativas instituem grupos de trabalho ou comissões de especialistas para se dedicarem à tarefa de revisão do sistema positivo,¹ novas leis

vão surgindo sem os cuidados científico e técnico que geralmente informam as atividades dos grupos ou comissões no debate das idéias, na preocupação com a substância das propostas e no zelo com a forma de redação. São *leis de ocasião*, produzidas para tentar suprir erros clássicos do sistema penal ou graves vícios dos procedimentos investigatórios. Seus respectivos projetos são concebidos e alimentados com a infidelidade de princípios já consagrados na doutrina e na jurisprudência.

Um exemplo recentíssimo dessa proliferação aberrante se contém na recente Lei n.º 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que dispõe sobre o patrimônio genético, técnicas de engenharia genética e liberação, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados. Analisando as erronias das normas incriminadoras constantes do pródigo art. 13 desse diploma, Alberto Silva Franco acentua com propriedade: "Já há algum tempo, o pouco apuro técnico tem produzido, na área criminal, leis de péssima qualidade, mas nenhuma delas atingiu o nível de degradação da Lei 8.974/95. (...) Construir um tipo é como erguer

Ministro Evandro Lins e Silva, e dos anteprojetos de reforma do Código de Processo Penal, sob a coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (cfe. Portaria n.º 581 de 10.12.1992, DOU de 14.12.1992, seção II, p. 7881, Portaria n.º 145, DOU de 30.03.1992, seção II, p. 1960; e Portaria n.º 349, DOU de 17.09.1993, seção II, p. 5277).

1. Assim como ocorreu com os trabalhos do Esboço do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, sob a coordenação do

uma casa. Sem alicerces, paredes e telhado, sem essa estrutura mínima, de casa não se trata”².

Aproveitando essa oportuna imagem a respeito da elaboração dos tipos legais de ilícito, vale a pena recordar algumas passagens históricas do Direito Penal luso-brasileiro para se concluir que, apesar de séculos de distância, ainda existem “legisladores” que praticam verdadeiros atentados contra a cultura e a civilização das ciências penais.

Quando não fosse pelo *background* do festival de abusos e erronias, as referências históricas a seguir indicadas poderão valer como reflexão para que os mestres e os discípulos da nobre ciência e arte do Direito Penal possam, declarar, no foro de suas consciências e nas atividades a que se dedicam, a *inconstitucionalidade* de material das leis de ocasião posto violarem o princípio da dignidade humana, declarado como um dos fundamentos da República Federativa.

É minha intenção publicar três textos dentro desta seção, abordando o desenvolvimento histórico de nosso sistema positivo. O primeiro, desde os tempos da descoberta até a edição do Código Criminal do Império (1830); o segundo, abordando a legislação extravagante até o advento do Código da Primeira República, e o último, tratando das alterações produzidas nesse Código, passando pela Consolidação das Leis Penais e pelos diplomas que antecederam a entrada em vigor do Código de 1940.

E, assim pensando, vão algumas notas comemorativas do sistema criminal luso-brasileiro³ antes e após o advento do Império.

2. O período colonial (1500-1822)

2.1. As Ordenações Afonsinas

Ao tempo da descoberta do Brasil, o regime jurídico dos portugueses era fundado nas *Ordenações Afonsinas* (de D. Afonso V), promulgadas em 1446, além de textos do direito Romano, do Direito Canônico e do direito costumeiro.

O Livro V daquelas *Ordenações* tratava do Direito Penal e do Direito Processual Penal constituindo um vasto “acervo de incongruências e maldades”, muitas delas incompatíveis com o relativo progresso daquele tempo⁴.

No tocante às medidas que afetam a liberdade, a *servidão penal* raramente aparece como pena no regime das *Ordenações*. Ela no entanto era admitida como, por exemplo, no caso de um mouro ou um judeu que pretendia se fazer passar por cristão. Em tal hipótese, o rei poderia determinar a sua entrega como escravo a qualquer pessoa: “fazer mercê dele a quem nos aprouver, assim como de cousa nossa” (Tit. 26)⁵.

A *prisão*, embora prevista com frequência, tinha em regra um caráter preventivo e consistente em evitar a fuga do autor do crime até ser julgado.

Essa mesma e antiga característica da detenção física como espécie da prisão provisória dos dias presentes, era comum na Antiguidade e no direito Romano. Louvando-se em passagem do Digesto, Carrara informa que os romanos utilizavam o cárcere como *custódia* mas não como sanção autônoma⁶. Assim

do em *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, vol. III, p. 1857 e s.

4. Cesar Trípoli, *História do Direito Brasileiro* - Época Colonial, SP, 1936, v. I, p. 67 e 68.

5. Eduardo Correia, *Estudo sobre a evolução das penas no Direito Português*, Coimbra, 1980, v. I, p. 38.

2. “Por favor, sr. Ministro da Justiça — A criminalização das técnicas de engenharia genética”, artigo publicado em *Boletim IBCCrim*, n.º 26, fev. 1955, p. 1.

3. O texto a seguir reproduz, em grande parte, o meu artigo “Notas para a história das penas no sistema criminal brasileiro”, publica-

também ocorria nas práticas penais indígenas no Brasil ao tempo da descoberta: a privação da liberdade era imposta para se deter os inimigos em seguida à captura ou nas horas que precediam de imediato o seu sacrifício.⁷

Ao lado, porém, de uma função preventiva, a prisão também era aplicada no regime das *Ordenações Afonsinas* como um meio de coerção para obrigar o autor ao pagamento da pena pecuniária. Mas ela em raros casos surgia como típica reação de natureza repressiva, imposta, por exemplo, por uma noite para aqueles que presenciassem jogos (Tit. 41.º, 8); por quinze dias para quem jogasse ou fizesse tavolagem; por três dias para quem violasse, pela segunda vez, as leis sobre as coisas de uso proibido (Tit. 43.º, 4). Em algumas situações, a quantidade da pena de prisão não era certa, ficando a sua aplicação ao critério do rei.⁸

2.2. As Ordenações Manuelinas

Poucos anos após a descoberta, o Brasil passou a ser regido pelas *Ordenações Manuelinas* (1514 a 1603 - de D. Manuel, o Venturoso). Consolidando o Direito de Portugal, aquele diploma era distribuído em cinco livros. No último deles constam as matérias de Direito Penal e Processual Penal.

Também ao tempo das *Manuelinas* a chamada *servidão penal* é rara como nas hipóteses em que se submetia o infrator à situação de cativo (Tits. 77.º e 82.º). A prisão é encontrada como medida de coerção pessoal até o julgamento e a condenação (Tit. 42.º), sendo menos

freqüente a prisão por dívida enquanto que a privação da liberdade como sanção propriamente dita é pouco utilizada. Em alguns casos, como pena, é fixada em quinze ou trinta dias, sem desconto; em outras vezes, a sua duração é arbitrária (Tits. 14.º, 1; 37.º, 6 e 103.º; 78.º; 88.º; 11; 10.º, 9, 72.º e 101.º).

Alguns dispositivos regulavam problemas da execução como a proibição de que os presos se ferissem entre si; o cumprimento da detenção em lugares ou em situações especiais (castelos, em casa própria ou de outrem, sob menagem, etc.) (Tit. 67.º), bem como a forma de se aplicar a pena como ocorre com a *prisão em ferros* (Tit. 53.º).⁹

2.3. As leis extravagantes

Depois das *Ordenações Manuelinas* foram divulgadas várias leis, decretos, alvarás, cartas-régias, resoluções, provisões, assentos da Casa de Suplicação, regimentos, estatutos, instruções, avisos e portarias que foram compilados por determinação de D. Henrique. Foi incumbido de tal tarefa, Duarte Nunes de Leão a fim de se ordenar a multiplicidade dos éditos em vigor. A *coleção* tratou na sua IV parte “dos delitos e do acessório a eles”.

Na opinião autorizada de Eduardo Correia, a leitura das leis extravagantes mostra que elas nem alteraram fundamentalmente o sistema penal anterior, nem suavizaram o seu caráter violento.¹⁰ A prisão continuava a ser prevista como um meio para obrigar ao pagamento de dívidas (natureza coercitiva) e também como expressão retributiva, com fixação em tempo certo: dez, vinte, trinta dias ou dois meses.

Evoluindo no quadro da execução, as leis extravagantes continham muitas regras sobre o cumprimento da pena privativa de liberdade.

6. *Programma del diritto criminale, Parte generale*, Firenze, 1924, v. II, p. 56, nota n.º 1 ao § 670.

7. João Bernardino Gonzaga, *O Direito Penal indígena*, SP, s.d., p. 128. No mesmo sentido, Nilo Batista, *Práticas penais no direito indígena*, em *Revista de Direito Penal*, RJ, 1982, v. 31, p. 85.

8. Eduardo Correia, ob. cit., p. 39, 40.

9. *Idem, ibidem*, p. 49, 50.

10. Ob. cit., p. 53.

2.4. As Ordenações Filipinas

Quando D. Felipe II, de Espanha, foi empossado no trono português, sob o tratamento de Felipe I (1581-1598) mandou logo reformar as *Ordenações Manuelinas*, atualizando-as assim como se fez com a legislação de outros períodos. Durante o reinado de D. Felipe III (em Portugal, Felipe II), no ano de 1603, foram editadas as *Ordenações Filipinas* que passaram a vigorar por força de lei a partir de 11 de janeiro daquele ano.

Um levantamento histórico revela que além do reforço do poder central, as *Filipinas* em nada se distinguiam das *Manuelinas* acrescidas pelas leis extravagantes. As denúncias contra a ferocidade das sanções corporais e infamantes e a multiplicidade absurda de "ilícitos" constituem passagem necessária na história das práticas penais daquele tempo. Narram os cronistas que o catálogo de infrações era tão vasto que um rei africano estranhou, ao lhe serem lidas as *Ordenações*, que nelas não se cominasse pena para quem andasse descalço.¹¹

O Brasil-Colônia sofreu, desde a sua descoberta até que se completasse o período da dominação portuguesa, as consequências graves de regimes fantásticos de terror punitivo. Sobre o corpo e o espírito dos acusados e dos condenados se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da

ira dos deuses. As *Ordenações Filipinas* - assim como as anteriores - desvendaram durante dois séculos a *face negra* do Direito Penal. Contra os hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores de cães e demais bichos, sem autorização do rei, e muitos outros tipos pitorescos de autores, eram impostas as mais variadas formas de suplícios com a execução das penas de morte, de mutilação e da perda da liberdade, além das medidas infamantes.

Mas, em contraste com uma tipologia de agentes marcada por *ferro em brasa*, existiam as categorias privilegiadas de sujeitos que gozavam de imunidade ou especial tratamento punitivo: fidalgos, cavaleiros, desembargadores, escudeiros, etc.

O suplício, como os rituais do século XVIII o demonstram, foi um poderoso agente político e segundo Foucault "ele entra logicamente num sistema punitivo em que o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve, e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime. Em toda infração há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um pequeno regicida em potencial".¹²

As *Ordenações Filipinas* e toda a legislação promulgada durante o domínio filipino, subsistiram após a Restauração da Independência de Portugal (1640). O Alvará de 29 de janeiro de 1943 "houve por bem de revalidar, confirmar, promulgar e de novo ordenar e mandar que os ditos cinco livros das ordenações e leis que neles andam, se cumpram e guardem como até ao presente se praticaram e observaram".¹³

Durante o reinado de D. José manifestou-se um extraordinário rigor na repressão, especialmente para os delitos de lesa-majestade, conforme a Carta Régia de 21 de outubro de 1757, o

11. Cf. José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, SP, 1964, v. I, p. 85, 86. Sobre uma análise crítica do Livro V das *Ordenações Filipinas*, ver, entre outros, Augusto Thompson, *Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro*, SP, 1976, p. 98 e s.; Melo Freire (Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1737-1798), *Instituições de Direito Criminal Português*, trad. do latim pelo Dr. Miguel Pinto de Menezes, em *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n.º 155, abril de 1966, p. 48; Melo Freire, *Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I*, Coimbra, 1844, p. 18).

12. *Vigiar e punir*, Petrópolis, 1977, p. 49, 50.

13. Eduardo Correia, ob. cit., p. 62.

alvará de 17 de janeiro de 1759 e a Lei de 3 de agosto de 1770.

E foi sob a inspiração e o comando daquele *direito penal do terror* que se processaram e condenaram os mártires da *Inconfidência Mineira*, tendo à frente Joaquim José da Silva Xavier, o *Tiradentes*. As penas corporais e infamantes (morte, esquartejamento, açoites, degredo e declaração de infâmia) eram aplicadas sob o fundamento e o pretexto de uma *ideologia da salvação* dos costumes sociais, políticos e religiosos ditados pelos poderosos, como se poderá ver pelo acórdão da Relação de 18 de abril de 1792.

3. As tendências de reforma

É certo, porém, que as influências da filosofia iluminista e das idéias liberais irradiadas pelos movimentos da Revolução francesa e proclamadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), já se faziam sentir não apenas na Europa como também na América em razão da independência dos Estados Unidos (1776).

A perspectiva de progresso no campo das relações humanas e sociais tendo à frente as generosas *petitions of rights* e o humanismo refletido na obra de Beccaria (1764) determinaram o movimento para reformar a legislação portuguesa. Em 1778 foi constituída uma Comissão à qual se juntou Pascoal de Mello Freire em 1783 e que foi encarregada de elaborar os projetos de códigos de Direito Público e de Direito Criminal. Os trabalhos foram apresentados em 1789 e continham revolucionárias mudanças do sistema vigente.

Muito embora o projeto Mello Freire fosse abandonado¹⁴, a história do Direito

Penal luso-brasileiro consagrou os esforços daquele jurista que tanto lutou contra a "carnífica tortura" alimentada pelo Livro V das horrendas *Ordenações*. Relativamente às reações penais, o projeto de Código Criminal de Mello Freire destaca: a) a proporcionalidade da sanção tendo em vista a quantidade e gravidade do delito e a maldade do delinqüente; b) o caráter utilitário das penas (revelando, assim, a influência da teoria do contrato social de Rousseau e da doutrina de Beccaria); c) o fim de prevenção das penas além de sua natureza repressiva; d) a injustiça das penas inúteis ou cruéis; e) a atrocidade das penas gerando a impunidade e a indulgência do delito, "que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública"¹⁵.

4. O período imperial (1822-1889)

4.1. A nova ordem jurídica

O Brasil conquistou a sua independência de Portugal em 7 de setembro de 1822. As notáveis mudanças que se operaram nos diversos campos de existência da nossa grande nação se projetariam também nas práticas do Direito Criminal.

Mas a revogação das *Ordenações Filipinas* não foi imediata. Uma lei promulgada pela Assembléia Constituinte, em 20 de outubro de 1823, determinou que se observasse ainda a legislação portuguesa, enquanto se aguardavam a elaboração do novo Código e a revogação dos diplomas em vigor. No entanto, já se manifestavam os ideais de uma Reforma a se colocar em harmonia com a nova sociedade brasileira que se desenvolvia sob o manto da liberdade nacional. Alguns princípios fundamentais ao Direito Penal europeu do último quartel do *Século*

14. Sobre as diversas razões pelas quais o projeto Pascoal de Melo Freire não se converteu em lei, ver Eduardo Correia, ob. cit., p. 71 e s., e Augusto Thompson, ob. cit., p. 105.

15. Em Augusto Thompson, ob. cit., p. 107, 108.

das Luzes já ganhavam defensores entre os juristas brasileiros como Fernandes Pinheiro, José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos. A irretroatividade da lei penal, a igualdade de todos perante a lei, a personalidade da pena e a utilidade pública da lei penal, foram alguns desses princípios que mais tarde iriam basear a legislação criminal propriamente brasileira.

4.2. A legislação do Regente D. Pedro I (1821-1822)

O Príncipe D. Pedro I recebeu de D. João VI, à véspera de retornar para Portugal e pelo Decreto de 22 de abril de 1821, as *instruções* para governar o Brasil em sua substituição. O período da Regência iniciou-se em 26 daquele mês, no mesmo dia em que o pai deixou o porto do Rio de Janeiro. A regência de D. Pedro, entretanto, sob o ponto de vista da formação do direito brasileiro, foi caracterizada, principalmente, pela continuação da atividade legislativa destinada a proporcionar uma nova Carta Política ao nosso país. Segundo qualificada fonte, pode-se mesmo dizer que essa atividade se caracterizou como uma segunda fase de elaboração constitucional.¹⁶

4.3. As bases da Constituição portuguesa

As *Bases da Constituição Portuguesa*, decretadas pelas Cortes Extraordinárias e Constituintes de Lisboa, em 10 de março de 1821, serviram de inspiração e roteiro para a segunda etapa da elaboração constitucional brasileira. Essas *Bases* foram juradas no dia 5 de junho de 1821, no Teatro São João Batista, no Rio de Janeiro, e, nos dias seguintes, na sessão continuada do Senado e da Câmara, por todas as autoridades, civis, militares, eclesiásticas e empregados públicos.

Um fato, entretanto, merece especial relevo, segundo o registro de César Tripoli¹⁷: contrariamente ao que sucedera com o reconhecimento platônico celebrado por D. João VI à Carta Política portuguesa, *in fieri*, em 26 de fevereiro de 1821, e ainda, com a adoção da Constituição espanhola, pelo brevíssimo espaço, aliás, de 24 horas, a adoção das *Bases* em questão, pelo Príncipe D. Pedro I, assumiu excepcional importância histórica em nossos costumes jurídicos. Estando as *Bases* reduzidas a escrito e na forma de um documento legislativo, a sua acolhida pelo Príncipe caracterizou autêntica recepção pelo sistema nacional, em face do disposto no item 21.º. Realmente, em face de tal dispositivo, as *Bases* como Constituição para Portugal e Algarves, tornaram-se obrigatórias para os portugueses residentes no Brasil, embora o mesmo não ocorresse com os nacionais que não eram e nem poderiam ser tidos como portugueses. Segundo aquele mesmo historiador, o ato de juramento das *Bases* deve ser tido como similar à adoção da Carta Política espanhola em abril de 1821.¹⁸

Tendo as *Bases* vigorado em nosso País, independentemente da hipótese formal de recepção, é importante destacar os princípios essenciais daquele importante documento, consubstanciados em 37 itens e divididos em duas seções: a primeira sobre os *direitos individuais do cidadão* e a segunda, sobre a *organização e os limites dos poderes políticos do Estado*. Foram declarados como direitos individuais do cidadão: a) liberdade individual, segurança pessoal, direito de propriedade, segredo epistolar e direito de petição; b) liberdade de pensamento, com as seguintes especificações: quando exercida através da imprensa, submetia-se ao

16. Cesar Trípoli, ob. cit., vol. II, p. 127.

17. Ob. cit., vol. II, p. 128.

18. Cesar Trípoli, *idem*, *ibidem*.

controle de um Tribunal especial destinado a coibir os abusos e quando envolvesse dogmas da religião católica e aspectos morais, ficavam sob a censura dos bispos; c) igualdade de todos perante a lei, salvo determinadas exceções que iriam confirmar a regra visando eliminar privilégios; d) as penas somente poderiam ser estabelecidas nos casos de absoluta necessidade e deveriam ser proporcionais à gravidade do delito; e) eram abolidas todas e quaisquer penas infamantes e cruéis, tais como a declaração de infâmia, a tortura, os açoites, o baraço e o pregão e a marca de ferro em brasa; f) acesso aos empregos públicos, atendendo-se ao critério do merecimento em função do talento e das virtudes do candidato.

4.4. Princípios para as novas leis penais

Antes de reordenado o sistema positivo através da compilação de leis harmonizadas com os novos tempos políticos e institucionais, a Carta de 25 de março de 1824 proclamara importantes princípios que deveriam informar as novas leis penais e de processo penal. O art. 179, § 18, determinava que se organizasse o quanto antes, “um código civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e equidade”. Através de outros parágrafos, o mesmo dispositivo proclamou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Além das garantias gerais no campo das liberdades públicas e dos direitos individuais, a Carta Política declarou, formalmente, a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis; proibiu o confisco de bens e a declaração de infâmia aos parentes do réu em qualquer grau; proclamou que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente e que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas

para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes” (§§ 19, 20 e 21).

Por outro lado, foram solenemente declarados: a) a proibição de perseguição por motivo religioso (§ 5.º); b) a inviolabilidade do domicílio (§ 7.º); c) a proibição de prender e conservar na prisão alguém sem prévia culpa formada (§§ 8.º, 9.º e 10.º); d) o princípio da personalidade da pena (§ 20).

De relevo acentuar que alguns dos princípios penais, consignados na Constituição, foram expressamente desenvolvidos na legislação penal posterior, compreendendo o Código Criminal e o Código de Processo. Vale destacar alguns deles pela sua repercussão social e humana: a) o princípio da irretroatividade da lei penal declarado juntamente com o da irretroatividade de qualquer outra espécie ou natureza de leis (§ 3.º). Tal detalhamento tornava-se indispensável para garantir o novo regime de garantias. A nova ordem constitucional, repugnava a rotina da lei ter eficácia retroativa, de modo a sacrificar a liberdade e a segurança jurídica; b) o princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 179 § 13.º). A legislação anterior desconhecia inteiramente tal princípio, ficando ao arbítrio do juiz aplicar ou desconsiderar a lei conforme a natureza e a condição das pessoas. Por exemplo, a lei cominava a pena de morte para os criminosos contra a honra da mulher, quando o autor fosse peão, e, pelo contrário, adotava a alternativa da pena de degredo quando o autor fosse um fidalgo ou outra pessoa detentora de prestígio ou dignidade social ou política; c) o princípio da individualização da responsabilidade, em virtude do qual “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja” (art. 179 § 20). Segundo a legislação

anterior, a pena de infâmia pelo crime praticado pelos pais se transmitia aos filhos e netos. Os descendentes dos réus do crime de lesa-majestade eram declarados infames para sempre e submetidos a múltiplas perdas e restrições de direitos. O Título VI, do Livro V das *Ordenações Filipinas* tratava do referido delito e impunha terríveis sanções: os filhos eram excluídos da herança paterna; condenava-se o autor à pena de perpétua infâmia; proibia-se-lhe a honra da cavalaria e outras dignidades. Nada mais expressivo em tal sentido que a sentença imposta contra Joaquim José da Silva Xavier, o *Tiradentes*: "Accordão em relação os da Alçada, etc. Vistos estes autos que em observancia das ordens da dita Senhora se fizeram summarios aos vinte e nove Réus pronunciados (...) Mostra-se que na Capitania de Minas alguns Vassallos da dita Senhora, animados do espirito de perfida ambição, formaram um infame plano, para se subtrahirem da sujeição, e obediência devida á mesma Senhora; pretendendo desmembrar, e separar do Estado aquella Capitania, para formarem uma republica independente, por meio de uma formal rebellião, da qual se erigiram em chefes, e cabeças (...) Portanto condemnam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o *Tiradentes* Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baração e pregação seja conduzido pelas ruas publicas ao lugar da força e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja coryada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio de Varginha e das Sebolas aonde o Réu teve as suas infames praticas, e os mais nos sitios nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo tambem os consuma; *declaram*

*o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os ...*¹⁹" d) o princípio da utilidade pública da pena, (art. 179 § 2.º), apesar da falta de uma compreensão homogênea em torno da expressão utilidade pública.

Os historiadores admitem que a mudança verificada no Brasil após 1821 e desenvolvida nos anos seguintes, não se limitou a conduzir o país à Independência; ela proporcionou as condições fundamentais para a aquisição de uma soberania nacional. Daí porque falar-se de uma verdadeira "revolução liberal"²⁰.

5. O Código Criminal do Império

5.1. Os projetos Vasconcellos e Clemente Pereira

Em 4 de maio de 1827, o Deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos apresentou um projeto de Código Criminal. Idêntica iniciativa foi adotada pelo Deputado Clemente Pereira, 12 dias após. Ambos os textos foram encaminhados a uma Comissão da Câmara que emitiu parecer, em 14 de agosto daquele mesmo ano. Enaltecendo a qualidade dos trabalhos, a comissão os reuniu em um só projeto "coligindo o que de melhor escolha se achasse espalhado em ambos, adotado o método seguido por Clemente Pereira, e que supria na clareza e ordem a falta de novidade que oferecia o texto de Vasconcellos"²¹.

A Comissão propôs à Câmara que distinguisse com louvores os dois par-

19. Em *Autos de Devassa da Inconfidência Mineira*, publicação autorizada pelo Dec. n.º 756 A, de 21.4.1936, ed. Ministério da Educação, Biblioteca Nacional, RJ, 1938, vol. VII, p. 145 e s. e 194. (Grifos meus).

20. Célia de Barros Barreto e outros, *O Brasil Monárquico*, 1.º v. (*O progresso da emancipação*), SP - RJ, 1976, p. 135.

21. Em Galdino Siqueira, *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*, José Konfino, Editor, RJ, 1947, Tomo I, p. 69.

lamentares e que ordenasse a impressão dos projetos para que os demais Deputados pudessem conhecê-los. Além disso, recomendou que na pauta dos trabalhos para discussão se preferisse o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos, "por ser aquele que, mais amplo ao desenvolvimento das máximas jurídicas razoáveis e equitativas, e por mais munido na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorria para a bem regulada distribuição delas, poderia mais facilmente levar-se a possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe dera, de acordo com seu ilustre autor"²².

5.2. A Comissão Mista

A Comissão Mista do Senado e da Câmara dos Deputados ao emitir parecer sobre o projeto do Código Criminal, salientou que as *Ordenações Filipinas* não passavam de um "acervo de leis desconexas, ditadas em tempos remotos, sem conhecimento dos verdadeiros princípios e influenciadas pela superstição e prejuízos, igualando as de Dracon na barbárie, excedendo-se na qualificação obscura dos crimes, irrogando penas a faltas que a razão humana nega existência e outras que estão fora dos limites do poder civil"²³.

Aquela Comissão foi integrada pelos seguintes parlamentares: Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, José Antonio da Silva Maia, Manoel Caetano de Almeida Albuquerque, Visconde de Alcântara, José da Costa Carvalho e João Candido de Deus e Silva que apresentou um projeto substitutivo em 31 de agosto de 1829, calcado especialmente no de Pe-

reira de Vasconcellos, levando também em consideração o de Clemente Pereira, introduzindo modificações reputadas convenientes. Os membros daquela Comissão consideravam ser mais nocivo o dano da demora que o das imperfeições, que com vagar se poderiam corrigir.²⁴ Submetido a discussão, com as emendas apresentadas, decidiu-se preliminarmente pela adoção das penas de morte e de galés perpétuas, aquela por pequena maioria, excluída dos crimes políticos e aplicável como grau máximo dos crimes de homicídio qualificado, latrocínio e insurreição, e que o projeto e emendas fossem submetidas ao exame de uma comissão de três membros, que deveria apresentar o projeto definitivo para a discussão e votação.

Esta nova comissão, eleita em 11 de setembro de 1829, foi integrada por A.P. Limpo de Abreu, F. de Paula e Souza e Luiz Cavalcanti. Na sessão de 19 de outubro apresentou seu parecer e texto final do projeto.

Conservando o método pelo qual fora organizado o projeto que estudou,

introduziu-lhe modificações e alterações, quer por emendas que organizou, quer pelas emendas oferecidas que lhe pareceram necessárias, especialmente suprimindo alguns delitos, mudando a classificação de alguns outros, e quanto a penalidades, sensíveis foram as alterações na qualidade e quantidade das penas, para melhor proporção com a natureza dos delitos, em todos estes estabelecendo graus.

5.3. A aprovação do projeto definitivo

Em sessão de 22 de outubro de 1830, com uma pequena alteração de redação proposta pela comissão das emendas, foi aprovado o projeto e remetido ao Senado onde foi igualmente logo aprovado.²⁵

22. Galdino Siqueira, ob. cit., tomo I, p. 70.

23. Raja Gabalia, "As ciências jurídicas e sociais no Brasil", em *Livro do Centenário*, p. 47 e 48, ref. por Cesar Trípoli, ob. cit., I, p. 210, 211.

24. Galdino Siqueira, ob. cit., tomo I, p. 70.

25. Galdino Siqueira, ob. cit., tomo I, p. 71.

Em 16 de dezembro de 1830 foi sancionado Pelo Imperador D. Pedro I o documento legislativo que se tornaria famoso além das fronteiras nacionais: o Código Criminal do Império Brasileiro.

A Carta de Lei que mandou executar o decreto sancionando o Código foi publicada através da Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça em 8 de janeiro de 1831. O Visconde Alcantara, que respondia pelo Ministério, referendou o decreto.

5.4. *Um novo tempo de teoria e prática penais*

Florescendo em “bases de justiça e equidade”, constituiu um documento de admirável síntese de forças plasmadas pelas lutas contra Portugal, pelo reconhecimento das idéias liberais que dominavam a Inglaterra, a França, os Estados Unidos e outros países. As profundas modificações ocorrentes na Europa repercutiam nos trabalhos de elaboração do diploma nacional os quais se projetavam à luz de novas correntes do pensamento. Com efeito, a Constituição estabeleceu a necessidade da fundação de colégios e universidades para o ensino da ciência e das artes (art. 179, § 33). E assim os cursos jurídicos foram instituídos através da lei de 11 de agosto de 1827, criando as academias de Direito de São Paulo e de Olinda.

O ensino do Direito Criminal - ao qual se integrava a teoria do processo criminal - visava um sistema de maior conteúdo filosófico e regulado pelos elementos de uma crítica bem apurada. O professor demonstrava o que é de justiça e utilidade nas penas, acentuando a máxima elementar num sistema de legislação criminal: não ficar impune o delito, nem ser castigada a inocência pois a justa medida das penas está na

razão composta da gravidade do delito e do dano por ele causado à sociedade.²⁶

As *Ordenações Filipinas* cominavam a pena de morte em mais de setenta casos, porém o Código Imperial reduziu as hipóteses a somente três infrações (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio). Mas desde 1855 não foi aplicada a sanção capital.

5.5. *Fontes de inspiração e reflexão*

A elaboração do Código Criminal do Império teve a inspirá-la não somente os princípios consagrados na Constituição e já aludidos (irretroatividade da lei penal, igualdade de todos perante a lei, etc.) mas também a melhor doutrina e a mais atualizada legislação compendiadas nos códigos criminais do primeiro quartel do século XIX como os da Áustria (1803), França (1810), Baviera (1813), Nápoles (1819), Parma (1820) e da Espanha (1822).

O modelo francês constituiu-se na mais importante fonte não apenas pela doutrina libertária da Revolução como também pelo notável relacionamento entre as nações francesa e brasileira.

O Código Criminal do Império brasileiro ilustrou a redação do Código espanhol de 1848 e os posteriores de 1850 e 1870 além de subsidiar reformas dos sistemas penais latino-americanos. Foi uma obra muito prestigiada por juristas europeus como Haus e Mittermayer e mereceu traduções contemporâneas ao tempo de sua edição como a procedida por Victor Foucher.²⁷ Mais recentemente, dois outros grandes penalistas de nomeada internacional,

26. Cesar Trípoli, ob. cit., v. II - *Época Imperial*, p. 194, 195.

27. *Code Criminel de l'Empire du Brésil*, edição impressa por autorização real, Paris, MDCCCXXXIV.

como Jiménez de Asúa²⁸ e Zaffaroni²⁹ analisaram o diploma sob perspectivas gerais e destacaram as suas qualidades.

5.6. O elenco geral das penas

O Código Imperial previu onze classes de penas: 1.^a morte (arts. 38 a 43); 2.^a galés (arts. 44 e 45; §§ 1.^o e 2.^o); 3.^a prisão com trabalho (art. 46); 4.^a prisão simples (art. 47); 5.^a banimento (art. 50); 6.^a degredo (art. 51); 7.^a desterro (art. 52); 8.^a multa (art. 55); 9.^a suspensão do emprego (art. 58); 10.^a perda do emprego (art. 59); 11.^a açoites (art. 60). Esta última espécie de sanção foi abolida pela Lei de 15 de outubro de 1886.

O movimento de reforma do sistema criminal teve como característica básica no quadro das sanções, a redução das hipóteses da pena de morte e a eliminação da crueldade de sua execução, bem como a supressão das penas infamantes, exceto a de açoites, aplicada aos escravos. E assim ocorreu tanto no Brasil como em Portugal. Neste último país, uma comissão de juristas encarregada pelos decretos de 10 de dezembro de 1845, e 8 de agosto de 1850, apresentou o seu *disegno di legge* em 30 de setembro de 1852, subscrito por Manoel Duarte Leitão, José Maximo de Castro Neto Leite e Vasconcelos e José Maria da Costa Silveira da Motta. Na Exposição de Motivos a Comissão lamenta não ter condições para propor a eliminação absoluta da pena de morte. Admite-a, no entanto, em muitos raros casos "em que a justiça, e indispensável necessidade não podem ser razoavelmente contestadas"³⁰.

28. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1964, tomo I, p. 1330 e s.

29. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1980, vol. I, p. 373.

30. Em F.A.F. da Silva Ferrão, *Theoria do Direito Penal*, Lisboa, 1856, v. I, p. LXX. No

A privação da liberdade passaria a ser uma autêntica e própria sanção penal para substituir as penas corporais, de largo espectro nas *Ordenações*. E assim ocorreu também no Código Penal português de 1852 como em tantos outros sistemas fundados na doutrina do Iluminismo.

No Código Criminal do Império a chamada *pena de prisão com trabalho* poderia ser perpétua como em algumas hipóteses de crimes políticos (arts. 68, 71, 85). Mas as poucas situações em que tal limite era estabelecido demonstram a liberalidade do regime no tratamento de infrações que antes eram castigadas com a morte de forma tormentosa. Alguns fatos de tal natureza passaram a ser sancionados através da prisão com trabalho, fixada em vinte anos no seu grau máximo.

A pena de *prisão com trabalho* obrigava os réus a se ocuparem diariamente no labor que lhes fosse imposto, dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos dos presídios.

A pena de *prisão simples* obrigava os réus a permanecerem reclusos nas prisões públicas pelo tempo marcado na sentença.

Os problemas atinentes à execução das penas privativas de liberdade já concitavam as atenções dos juristas daquele tempo³¹, diante das regras a serem obedecidas. Algumas delas eram previstas no próprio Código com o cumprimento da pena "nas prisões públicas que oferecem maior commodidade e segurança, e na maior proximidade que for possível dos lugares dos delitos" (art. 48). Também a substituição da pena de prisão com tra-

aludido documento a comissão realça a abolição da pena de morte para os delitos políticos conforme o Ato Adicional à Constituição.

31. Por todos, C. F. Marques Perdigão, *Manual do Código Penal Brasileiro*, RJ, 1882, t. 1.^o, p. 251 e s.

balho pela prisão simples “enquanto se não estabelecerem as prisões com as commodidades e arranjos necessários para o trabalho dos réos” (art. 49) era uma importante demonstração legal de harmonia com o texto da Constituição ao ordenar que “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” (art. 179, § 21).

A prisão como autêntica pena³² ingressava nos costumes brasileiros não como um simples instrumento de proteção da classe dominante mas também passaria a ser vista como “fone de emenda e de reforma moral para o condenado”. A preocupação em torno do regime penitenciário mais adequado traduziu o empenho de acompanhar o progresso revelado em outros países.

Três notáveis alternativas à pena privativa de liberdade foram introduzidas: a multa, a suspensão do emprego e a perda do emprego. A primeira delas, considerada por Zaffaroni como uma

das instituições mais interessantes e visionárias³³, era assim definida pelo art. 55: “A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou industria, quando a Lei especificadamente a não designar de outro modo”. A segunda alternativa foi prevista pelo art. 58: “A pena de suspensão do emprego privará os réos do exercício dos seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não poderão ser empregados em outros, salvo sendo de eleição popular”. E a última modalidade de pena sem prisão ou caráter corporal foi assim definida pelo art. 59: “A pena de perda de emprego importará a perda de todos os serviços que os réos houverem prestado nelle. Os réos que tiverem perdido os empregos por sentença, poderão ser providos por nova nomeação em outros da mesma, ou de diversa natureza, salvo havendo expressa declaração de inhabilidade”³⁴.

32. O artigo 37 do Código Criminal do Império declarava: “Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fuga...” Separavam-se portanto, as idéias da prisão como *meio processual* de impedir a fuga (prisão preventiva) da prisão como *sanção penal*. Em França, até o advento do Código Penal de 1791, a detenção não era reconhecida como pena, mas exclusivamente um meio para impedir a fuga do réu (Carrara, ob. e v. cit., p. 53, nota n.º 1 ao § 669).

33. Ob. cit., vol. 1.º, p. 374.

34. A propósito da aplicação de tais respostas penais aos casos concretos, ver a obra do Desembargador V. A. de Paula Pessôa, *Código Criminal do Império do Brazil - Annotado* (com “leis, decretos, jurisprudencia dos tribunaes do Paiz e avisos do Governo até o fim de 1876”), ed. Livraria Popular, RJ, 1877, p. 100 e s.