

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E NATURAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA SOCIAL DAS RELAÇÕES  
POLÍTICAS

MAIARA CALIMAN CAMPOS FIGUEIREDO

**O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1830:  
Combinando tradição com inovação**

VITÓRIA

2015

MAIARA CALIMAN CAMPOS FIGUEIREDO

**O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1830:  
Combinando tradição com inovação**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em História do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em História, na área de concentração História Social das Relações Políticas.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Adriana Pereira Campos.

VITÓRIA  
2015

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)  
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

---

F475c Figueiredo, Maiara Caliman Campos, 1990-  
O código criminal do Império do Brasil de 1830 : combinando  
tradição com inovação / Maiara Caliman Campos Figueiredo. –  
2015.  
227 f.

Orientador: Adriana Pereira Campos.  
Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal  
do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais.

1. Brasil - [Código criminal (1830)]. 2. Direito - História. 3.  
Direito - Portugal – História. 4. Iluminismo. 5. Liberalismo. 6.  
Brasil - História - Império, 1822-1889. I. Campos, Adriana Pereira.  
II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências  
Humanas e Naturais. III. Título.

CDU: 93/99

---

MAIARA CALIMAN CAMPOS FIGUEIREDO

**O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1830:  
Combinando tradição com inovação**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em História do Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em História na área de concentração História Social das Relações Políticas.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Adriana Pereira Campos

Universidade Federal do Espírito Santo

Orientadora

---

Prof. Dr. Ricardo Alexandre Ferreira

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Érica Cristhyane Morais da Silva

Universidade Federal do Espírito Santo

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Patrícia Maria da Silva Merlo

Universidade Federal do Espírito Santo

Ao meu marido Paulo Rodrigo, aos meus  
pais Márcio e Néia e à minha irmã  
Ludimila.

## AGRADECIMENTOS

Nas primeiras linhas desta página não poderia deixar de reconhecer a grandeza daquele que me deu o fôlego de vida. Deus foi aquele que me permitiu trilhar caminhos inimagináveis, vencer batalhas e conquistar o impossível. Não sei o que seria da minha vida sem a sua paz e sabedoria, que conheci por meio dos ensinamentos de Jesus, e que me fizeram ser quem sou hoje, uma pessoa feliz e realizada.

Sou muito agradecida ao meu marido Paulo Rodrigo, um dos grandes incentivadores desta empreitada. Pelo ombro amigo e palavras de ânimo. E, principalmente, pelo amor que me conforta.

Agradeço a dois mestres, de quem recebi as primeiras lições de História do Direito: Alinaldo Faria de Souza, amado e amigo, que com sua simplicidade inspiradora me ajudou a criar uma sensibilidade jurídica que carregarei por toda vida; e Adriana Pereira Campos, minha querida orientadora, que com sua admirável sabedoria e conhecimento me fez encarar meus medos, me mostrando que eu era capaz de vencer os desafios com confiança.

Registro ainda minha gratidão aos professores do Programa de Pós-Graduação em História da UFES e aos meus companheiros de mestrado. Todos os ensinamentos e debates dentro e fora de sala de aula foram essenciais para a realização deste trabalho. E ainda, sou grata às professoras Patrícia Merlo e Érica Cristhyane pela generosidade de seus julgamentos e pelas observações formuladas.

Aos meus pais Márcio e Néia agradeço pelo carinho e dedicação que tiveram na minha educação e por ainda me mostrar o verdadeiro caminho em que devo andar. A minha irmã Ludimila devo a proeza de me incentivar a estudar História, dando-me conselhos e sugestões riquíssimas. Por correções sou devedora de minha sogra Regina Figueiredo, que prontamente se dispôs a me ajudar na conclusão de minha dissertação.

Sou ainda agradecida à FAPES, pela ajuda financeira que permitiu minha dedicação integral à pesquisa.

“Bem-aventurado o homem que acha sabedoria, e o homem que adquire conhecimento. Porque melhor é a sua mercadoria do que a mercadoria da prata, e a sua renda do que o ouro mais fino. Mais preciosa é do que os rubis; e tudo o que podes desejar não se pode comparar a ela.”

Provérbio de Salomão

## RESUMO

Esta dissertação tem como objeto o estudo da história do direito penal brasileiro com ênfase no Código Criminal de 1830. Os objetivos são trabalhar com a tradição jurídica portuguesa, as principais ideias e mudanças no direito durante o século XVIII, a conjuntura política da década de 1820 e o processo de codificação do direito penal no Brasil. Para tanto, faremos um levantamento das principais fontes do direito vigente até o fim do Antigo Regime em Portugal e argumentaremos a partir das *Instituições* de Mello Freire o papel do novo direito penal português proposto pelos iluministas. No decorrer da pesquisa, também faremos uma investigação nos anais da Câmara dos Deputados e do Senado, a fim de entendermos como se configurou o processo de criação do Código Criminal de 1830 e, para identificarmos suas possíveis influências, analisaremos os códigos penais modernos que o precederam, sem nos afastar da hipótese da originalidade da obra legislativa nacional. Dentre as conclusões devemos destacar a força do Iluminismo na alteração do sistema penal, as circunstâncias políticas e sociais que não afastaram do código alguns postulados retrógrados e o novo papel desempenhado pelos crimes públicos e suas penas, como parte de um projeto maior de oposição política.

Palavras-chave: História do Direito; Iluminismo Jurídico-Penal; Império do Brasil; Código Criminal de 1830.

## ABSTRACT

This Master's Thesis has as object the study of the history of Brazilian criminal law with emphasis on the Criminal Code of 1830. The objectives are to work with the Portuguese juridical tradition, the principal ideas and changes in the law during the eighteenth century, the political circumstances of the 1820s and the process of codification of penal law in Brazil. In order to do so, we will search the main sources of law in force until the end of the Old Regime in Portugal and argue from the *Instituições* of Mello Freire the function of the new criminal law proposed by the Portuguese Enlightenment. During the research, we will also make an investigation in the Annals of the House of Representatives and the Senate in order to understand how did set up the process of creating the Criminal Code of 1830 and, to identify possible influences, we will analyze the modern criminal codes that preceded, without ruling out the hypothesis of the originality of the national legislative work. Among the conclusions we should highlight the strength of the Enlightenment in the amendment of the penal system, the political and social circumstances that didn't remove some retrograde postulates and the new function of public crimes and their punishments, as part of a larger project of political opposition.

Keywords: History of Law; Legal Penal Enlightenment; Empire of Brazil; Criminal Code of 1830.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAGC	Anais da Assembleia Geral Constituinte
ACD	Anais da Câmara dos Deputados
ACS	Anais da Câmara do Senado
CCIB	Código Criminal do Império do Brasil
CIB	Constituição do Império do Brasil
CPE	Código Penal Espanhol
CPF	Código Penal Francês
IHGB	Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro
OA	Ordenações Afonsinas
OF	Ordenações Filipinas
OM	Ordenações Manuelinas
OPM	Organizações e Programas Ministeriais

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 MARCAS DO DIREITO PENAL PORTUGUÊS.....</b>	<b>20</b>
1.1 INTRODUÇÃO.....	20
1.2 DIREITO ROMANO, GERMÂNICO E CANÔNICO .....	20
1.3 ENTRE A LEI E A RAZÃO .....	35
1.4 O NOVO DIREITO PENAL PORTUGUÊS PREGADO POR MELLO FREIRE.....	41
<b>2 UM ESTADO, UM CÓDIGO .....</b>	<b>46</b>
2.1 CONJUNTURA POLÍTICA.....	46
2.2 PROCESSO LEGISLATIVO .....	73
2.3 SISTEMA DO CÓDIGO .....	85
2.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	97
2.5 PRINCÍPIO DA UTILIDADE .....	104
2.6 AB-ROGAÇÃO DAS ORDENAÇÕES.....	120
<b>3 A LEI E O CRIME: RUPTURAS E CONTINUIDADES .....</b>	<b>128</b>
3.1 INTRODUÇÃO.....	128
3.2 A MITIGAÇÃO DA LESA-MAJESTADE E DOS CRIMES DE TRAIÇÃO ..	128
3.3 O MODELO DA EXPERIÊNCIA GADITANA PARA A REDAÇÃO DOS CRIMES POLÍTICOS E DE RESPONSABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS.....	137
3.4 A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO PENAL DE EDWARD LIVINGSTON PARA UM SISTEMA CORREICIONAL LEVE .....	152

3.5 A MATRIZ FRANCESA DOS CRIMES QUE ATINGEM A INDEPENDÊNCIA, INTEGRIDADE E DIGNIDADE DA NAÇÃO .....	172
3.6 AS MARCAS DO HUMANISMO DE BECCARIA E DO CÓDIGO DA TOSCANA NA MODERAÇÃO DAS PENAS .....	180
3.7 OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL: UMA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ABOLICIONISTA E A ANTECIPAÇÃO DE UM INSTITUTO PROCESSUAL .....	184
3.8 OS CRIMES CONTRA A MORAL E A RELIGIÃO: A CONTINUIDADE DA TRADIÇÃO PORTUGUESA .....	192
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>201</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>207</b>
<b>ANEXO I .....</b>	<b>220</b>

## INTRODUÇÃO

A história do direito penal é uma história de crimes morais, de tiranias, de horrores, de tormentos e de sangue, que fazem estremecer a humanidade que hoje contempla os fatos, e que não pode na presença deles deixar de recuar tremendo (FERRÃO, 1856, v. 1, p. 31).

A dor do corpo já deixou de ser elemento constitutivo da pena há séculos. “O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos” (FOUCAULT, 1999). Esta dissertação nasceu de uma investigação sobre a criação do Código Criminal do Império do Brasil, que sistematizou e atualizou o emaranhado legislativo referente à matéria penal no país recém-independente.

Até a aprovação do Código Criminal do Império do Brasil (CCIB) pelo governo de Dom Pedro I em 16 de dezembro de 1830, a base legal dos delitos e das penas no Brasil estava contida no temível Livro V das Ordenações Filipinas e nas Leis Extravagantes.<sup>1</sup> A legislação penal em vigor reproduzia diversos institutos dos tempos bárbaros, onde se sacrificava tudo à intimidação, à crueldade, aos gritos. Apesar de bastante modificada nos séculos XVIII e XIX, suas graves punições ainda se faziam sentir em diversas práticas punitivas da era liberal, inclusive pelo próprio Imperador, Defensor Perpétuo do Brasil. A exemplo disso está o famoso caso de Cypriano Barata, cujas críticas ao Império valeram sua detenção na Fortaleza da Lage, que, segundo Paiva (1899, p. 145) sofrera excesso na execução. Sobre este mesmo evento, Vasconcelos se manifesta com grande pesar: “Como em um século de luzes e no regime constitucional se ousa abreviar as fórmulas dos processos [...], mormente quando se ventila sobre a liberdade e a vida dos cidadãos?” (apud PAIVA, 1899, p. 04).

Os representantes das primeiras legislaturas do Brasil independente não viam a hora de deixar para trás os tempos de escuridão e viver uma nova história a partir

---

<sup>1</sup> Nas Ordenações do Reino não imperava o princípio da proporcionalidade. Elas prescreviam largamente as penas de morte, inclusive pelo meio mais cruel. Por exemplo, para o crime de lesa-majestade, a pena de morte permaneceu em vigor até a feitura do CCIB. O advérbio “morra morte natural cruelmente” (OF, V, 6) reclamava a pena mais atroz do que o simples homicídio. Para outras espécies de pena, ver o quadro dos delitos e das penas das Ordenações no Anexo I.

das Luzes. Este foi o sentimento das falas dos legisladores durante o processo de aprovação do primeiro código nacional, a exemplo daquela proferida pelo senador Visconde de Congonhas, para quem

O Brasil, havendo-se constituído independente, havendo-se estabelecido Império, e proclamado o seu governo constitucional, reclama a reforma da sua legislação criminal; pois que a existente no Livro 5º das Ordenações é bárbara e está em manifesta contradição com as luzes do século em que vivemos. As ideias ilustradas de hoje não consentem penas atrozes, e cruéis tormentos para extorquir confissões [...] (ACS, 23/11/1830).

O senador parecia não ver a hora de romper com a antiga ordem e poder dizer: “triumfa enfim o império da lei” (ACS, 23/11/1830). Discursavam constantemente pelo fim das arbitrariedades, opressões e impunidades.

Nosso trabalho, para além de uma análise do processo legislativo que criou o CCIB, pretende discutir algumas opções político-criminais de uma década marcada por condição política singular. Verificamos que o processo liberal brasileiro demarcou o sistema penal escolhido, fato bastante evidente na manutenção da escravidão.

No entanto, não podemos negligenciar o fato deste monumento legislativo também apresentar diversos dispositivos que expressam seus compromissos com o espírito liberal. O sistema legal se preocupou em diminuir os castigos, sobretudo, dos crimes por abusos da liberdade de imprensa, e eliminou antigas proibições contra faltas morais, como o concubinato. Suas cláusulas penais também foram, em parte, desenhadas para adaptarem-se às metas políticas de oposição ao imperador, que restringiam seu poder de perseguir inimigos políticos, favorecendo dissidentes e revolucionários (FLORY, 1986, p. 173; DANTAS, 2011, p. 33).

As mudanças nas causas de punir e na filosofia jurídico-penal como um todo se inserem no discurso iluminista estruturado, sobretudo no século XVIII, tendo como principal pleito a felicidade do homem e sua emancipação pelo uso da razão. Era requerido que o fardo do velho mundo fosse rejeitado e aplicado ao Direito um novo programa que reformulasse o sistema jurídico penal, de forma a deixar para trás os velhos costumes e livros e seguir rumo a um novo sistema claro, certo e compreensível pelo povo em geral.

Mas, essa tarefa não foi fácil. Muitos acreditam que ainda passamos por um processo de reformulação. Porém, uma coisa é certa. Um grande avanço cívico já marcou nossa sociedade e um dos expoentes foi o próprio CCIB.

Esta pesquisa se justifica na medida em que propõe uma busca renovada dos fatores que melhor expliquem a formulação da lei criminal de 1830. Pretendemos ainda contribuir com o acervo de pesquisas do Programa de Pós-Graduação em História Social das Relações Políticas da Universidade Federal do Espírito Santo, ao qual estamos vinculados, seguindo a linha de pesquisa “Estados e Políticas Públicas”, que inclui reflexões acerca da configuração material do Estado por intermédio de instituições burocráticas e judiciais.

A construção do complexo legislativo nacional no período pós-Independência tem sido estudada através de uma série de acontecimentos que a particulariza diante do que estava acontecendo nos demais países do mundo americano. Temos como exemplo o trabalho de Márcia Berbel (2012), que se dedicou a estudar a experiência constitucional de Cádiz na construção do governo constitucional no Brasil e na administração da justiça nos primórdios do Império. Berbel (2012, p. 170) acredita que após algumas décadas conturbadas, os líderes brasileiros não duvidavam da necessidade de “ancorar o novo Império em princípios liberais e constitucionais para a soberania da nação”. As linhas mestras do constitucionalismo das Cortes de Cádiz deu às Cortes de Lisboa e ao parlamento brasileiro o impulso que precisava para por em prática sua obra reformadora, tanto no âmbito político quanto na justiça.

É certo que o processo político brasileiro não foi autônomo, pois valeu-se de muitos princípios consolidados na Europa do século XVIII, sobretudo os princípios do liberalismo. Entretanto, eles tomaram novos contornos, enriquecidos pela singularidade do país que se formava.

O Estado liberal brasileiro se erigiu por um processo distinto no contexto da América Latina, que assistiu ao parcelamento das antigas possessões espanholas. A antiga América Portuguesa se transmutou em país independente, conservando sua antiga unidade. Esse processo ocorreu, segundo José Murilo de Carvalho (2011, p. 36), em razão de o Brasil contar com uma elite politicamente homogênea, fato inexistente nas colônias espanholas. Carvalho considerou como elemento “poderoso” de unificação ideológica da política imperial a formação jurídica coimbrã, com traços

marcadamente conservadores. No entanto, nos anos que se seguiram à Independência, esses mesmos homens agitaram-se contra o Imperador Dom Pedro I e assumiram na tribuna discursos inesperadamente libertários. A agenda liberal assumiu a crítica ao Judiciário lusitano como parte de suas tarefas de transformação da política brasileira.

Andréa Slemian (2010, p. 22) observa que mesmo a elite coimbrã se deixou influenciar pela experiência revolucionária francesa de ruptura com o passado tradicional, sobretudo, com as antigas instituições judiciais. A antiga ordenação judiciária não perderia seus poderes sobre a política e “o foco judiciário passaria a ser o das relações entre particulares – e, eventualmente, desses com o governo quando se tratasse de litígios que envolvessem interesses ‘privados’” (SLEMIAN, 2010, p. 22).

Constitui pressuposto dos argumentos expostos nesta dissertação a ideia de que o código brasileiro participou do processo de transformação do Direito desde fins do século XVIII. Andréa Slemian (2011, p. 227) observa esse processo como o divisor de regimes de historicidade, pois a prevalência da doutrina que consolidava decisões futuras com base na experiência passada sucumbia ao ímpeto legislativo baseado no dever e na utopia liberal.

Subtil (1991, p. 79), examinando essa mudança em Portugal, explica que dona Maria I condenou as leis existentes como inúteis ao presente e ao futuro e resolveu promover a formulação dos códigos civil e criminal do Reino imediatamente por meio de nomeação de comissão de notáveis. A Assembleia Geral de 1823 enunciou idêntica preocupação quando determinou a vigência das Ordenações portuguesas apenas até que se organizassem os códigos do país. Esse é o pressuposto que guia esta investigação. Pretende-se, exatamente, discutir os passos dados em direção a esse objetivo tão caro à elite política dos primeiros anos da monarquia brasileira.

Para tanto, consentimos em dividir este trabalho em três capítulos: no primeiro capítulo trabalhamos com algumas características marcantes do direito penal português, desde suas raízes – nos direito romano, germânico e canônico – até as primeiras tentativas de reforma da velha justiça criminal. Abordamos alguns elementos que caracterizam a fase de apropriação do direito de punir pelo Estado, bem como a forma que se dava a punição. Por isso, disponibilizamos no Anexo I

uma tabela de todos os delitos e suas respectivas penas previstas nas Ordenações Filipinas, para ilustrar o sistema punitivo rigoroso da época. A partir do século XVII, uma mudança nas ideias, sobretudo políticas, refletiu na justiça criminal, que no século seguinte clamou por reformas. Assim, a racionalidade penal moderna foi emergindo e com ela o movimento de codificação. A transitoriedade da tradição para a razão foi recepcionada em Portugal precocemente, em especial no que tange à justiça criminal. Assim, trabalhamos também neste Capítulo 1 a primeira grande reforma nas fontes do direito, que aconteceu com o advento da Lei da Boa Razão, e uma quase ab-rogação do Livro V das Ordenações Filipinas intentada por Dona Maria I, com a ajuda do professor Mello Freire da Universidade de Coimbra.

No segundo capítulo abordamos o direito criminal na conjuntura política brasileira do início do século XIX, as inovações do liberalismo em matéria penal e as primeiras reformas da década liberal. Trabalhamos com a tradição portuguesa de profissionalização do quadro da administração burocrática e sua influência na formação e atuação dos liberais brasileiros. Vimos que a maioria dos primeiros legisladores brasileiros eram bacharéis em Direito pela Universidade de Coimbra, logo cientes de toda renovação do pensamento que ocorria na Europa. Aptos a introduzir no Brasil reformas tão modernizantes do direito criminal como as da Toscana, França e Espanha, não esconderam seu recurso aos códigos estrangeiros para escolha das teorias do CCIB. Ainda no Capítulo 2, discorreremos sobre alguns elementos do Código que julgamos importantes, como o método sistêmico de disposição das matérias que representa uma das características da racionalidade penal moderna. Também trabalhamos com dois grandes princípios – o da legalidade e o da utilidade – e com as principais características do novo sistema punitivo.

No Capítulo 3 fizemos um inventário dos principais crimes do CCIB de 1830 e cruzamos os resultados com os crimes de mesma natureza que encontramos nos códigos estrangeiros modernos anteriores ao brasileiro. Percebemos similitudes em quase todos os principais códigos pesquisados, quais sejam o da Toscana de 1787, o da Áustria de 1803, o da França de 1810, o da Bavária de 1813 e o da Espanha de 1822, além dos Projetos de Mello Freire de 1786 e o de Edward Livingston para o Estado norte-americano da Luisiana de 1822. Para além deste inventário, tentamos compreender algumas escolhas dos legisladores brasileiros, dado o leque de opções. Por exemplo, podendo punir com maior rigor os crimes políticos, decidiu

adotar a mesma teoria do Código da Toscana, amplamente influenciado pela doutrina de Beccaria, e abolir a pena de morte para delitos dessa natureza, restando clara a estratégia política dos cultores do código de restringir o poder público de perseguir seus inimigos.

Baseados nessas discussões, partiremos da ideia de que diversas teorias jurídicas implantadas estrategicamente no CCIB de 1830 se tornaram medidas articuladoras das ideias do liberalismo e da descentralização do poder monárquico. Essas estratégias políticas analisadas paralelamente ao processo de formação do arcabouço jurídico nacional nos fez compreender quão complexo e dinâmico é este fenômeno.

O meio ordinário do exercício do poder político é a comunicação do pensamento, que se configura através da linguagem. A ordem enunciada na lei e nas decisões administrativas, bem como as demais formas das mensagens de mando, de poder e de persuasão são todas linguagens. Nossa intenção aqui é de promover uma análise dos textos pesquisados fundamentada na linguagem política do início dos Oitocentos. Bobbio afirma que “a maior parte dos termos usados no discurso político tem significados diversos” e que “esta variedade depende [...] do fato de muitos termos terem passado por longa série de mutações históricas” (1998 p. III). Além disso, afirma o autor que devemos ter em mente que a linguagem política se comunica com universos contínuos, como é o caso do Direito. Conforme propõe o método dos contextualistas ingleses Quentin Skinner e John Pocock, de reconstrução dos discursos políticos dos atores históricos, procuramos interpretar as ideias relacionando-as aos contextos de enunciação. Por meio desse método, trabalhamos a influência da formação da linguagem nos ambientes históricos e culturais, ou seja, buscamos relacionar as bases de uma cultura política específica com a construção de um complexo legal, que se configurou por meio de uma diversidade de linguagens políticas.

As obras dos contextualistas nos instruíram que, mais do que compreender os princípios morais do político, devemos buscar as verdadeiras motivações que determinaram seu comportamento (POCOCK, 2003; SKINNER, 2005). Por isso, questionamos a forma de como analisar as fontes históricas, permitindo-nos exercer

maior cautela perante nossos preconceitos, e observando um político não tão fixo num sistema atemporal de valores, normas e crenças.

Para que fosse possível a interpretação dos institutos políticos e jurídicos livre de vícios, buscamos o espírito do ator político, por meio da determinação de suas intencionalidades e linguagens. Skinner em sua obra *Visões da Política defende* que para compreender certo texto, o historiador deve captar além do sentido dos termos utilizados para exprimir as afirmações nele contidas. Fixando as implicações metodológicas e práticas desse argumento, o autor explora a dimensão da força elocutória, que é o recurso da linguagem determinada pelo significado e contexto, e o desempenho dos atos elocutórios, que é a capacidade dos agentes explorarem esses recursos na comunicação. Nesse sentido, Skinner afirma que “para recuperar a força elocutória pretendida com uma dada afirmação e, desse modo, a natureza do ato elocutório levado a cabo pelo agente, aquilo que precisamos compreender é o sentido que essa afirmação, nesse exato momento, ‘era suposto ter assumido’”, ou seja, devemos “refletir acerca do tipo de intenções necessárias para que tais atos sejam levados a cabo” (2005, p. 148-149). Com as lições de Skinner, chegamos à conclusão que, para compreendermos um texto, devemos saber aquilo que ele significa e o significado que o autor pretendeu transmitir.

Complementando os ensinamentos de Skinner, Pocock em sua obra *Linguagens do Ideário Político*, também propõe o método de interpretação do pensamento dos escritores políticos a partir de seu contexto linguístico. Para o autor, essa tarefa de refazer o contexto linguístico, envolve: “delimitar a época e o lugar no qual supostamente operou”, e “estudar, nessas fronteiras, tanto grandes autores – o que hoje chamaríamos de ‘clássicos’ – quanto autores menores” (2003, p. 10).

Pocock propõe trabalhar seu método em dois níveis: o da língua – contexto linguístico – e o da fala – modo pelo qual o sujeito se apropria da *langue*. Por isso, para o autor, “a interpretação de um texto político [...] jamais pode resignar-se a uma leitura ‘vertical’ da obra [...]” (p. 11), como um sentido fechado, mas deve situá-lo dentro de um sentido mais amplo, uma vez que a comunidade de falantes de uma linguagem política se atualiza através de suas intervenções particulares. Nesse sentido, alertados pelas lições dos contextualistas, nossa principal atenção nesta pesquisa se voltou para a possibilidade do debate político ter se desdobrado em

uma variedade de linguagens, nos desafiando a cada momento a refazer o contexto linguístico.

Ainda para o estudo das linguagens utilizadas nos discursos políticos, a retórica mereceu nossa atenção. Esse método de leitura dos discursos – para nós em especial aqueles produzidos pelos debates na Câmara dos Deputados e no Senado – exige que se leve em conta o texto, a linguagem, o autor e o ouvinte/leitor. Utilizando como guia a obra *Lógica Jurídica* de Chaïm Perelman (1998), entendemos que a retórica é a lógica dos juízos de valor, tendo como principal papel nos precaver contra o uso abusivo das noções confusas, pois, para quem ambiciona persuadir, é exigida uma grande variedade de argumentos de natureza até mesmo não lógica.

Carvalho (2000) destaca que certas características da retórica podem nos ser úteis para trabalhar textos do século dezenove, como pretendemos: a relação estreita entre os argumentos e a pessoa do orador; e a importância do auditório, sendo necessário que o orador conheça seu público para escolher os argumentos adequados.

Cientes de que a persuasão é uma arte pintada com os recursos retóricos do discurso político, retiramos das lições de Perelman (1998) algumas observações a respeito dessa arte: ela “procura persuadir por meio do discurso” (p. 141); ela vai além do que as “evidências” que a lógica formal pode demonstrar (p. 142); ela pode provocar uma “intensidade aumentada” na adesão da tese (p. 143); e “diz respeito mais à adesão do que à verdade” (p. 143). “Como toda a argumentação é relativa ao auditório que ela se propõe influenciar, ela pressupõe, tanto na mente do orador quanto na do auditório [...], o desejo de realizar e manter um contato entre os espíritos, de querer persuadir, por parte do orador, e o desejo de escutar, por parte do auditório” (p. 144-145).

Para a presente pesquisa trabalhamos com alguns discursos na Câmara e no Senado, onde só os responsáveis pelo Legislativo, em regra, tomavam a palavra. Por isso, o conjunto de espíritos aludidos por Perelman, chamados de auditório, no caso em tela, são os próprios deputados e senadores. Mas, quem são esses deputados e senadores? De fato, falamos em uma elite política particular, com alto

nível educacional concentrado na formação jurídica, com um núcleo homogêneo de conhecimento, marcado pelo pensamento jurídico Coimbra.

# 1 MARCAS DO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

## 1.1 INTRODUÇÃO

Nesta seção esperamos desenhar a justiça criminal que correspondeu ao período anterior à criação dos códigos. O objetivo é demonstrar como os monarcas se assenhoram do direito de punir como instrumento de centralização política. Tal como esclarece Hobbes (2002, p. 104), o mais poderoso dos poderes sobre as pessoas que se constituiu na época moderna foi a punição pelo Estado. Apresenta-se o papel dos juristas na formatação desse Direito e, sobretudo, o amplo campo de atuação mesmo quando os monarcas promoveram suas Ordenações como fonte primordial do Direito.

## 1.2 DIREITO ROMANO, GERMÂNICO E CANÔNICO

O Direito que os portugueses trouxeram ao Brasil, quando da chegada da armada comandada por Pedro Álvares Cabral à Terra de Vera Cruz, foi aquele cuja história tem, como termo *a quo*, a constituição do Estado de Portugal que ocorreu cerca do ano 1140. Entretanto, de todos os seus antecedentes, que remontam aos indígenas e aos invasores, herdamos institutos jurídicos. E, sem dúvida, desse caldeamento de influências, o direito romano foi o mais significativo. O primórdio de boa parte dos ordenamentos jurídicos das sociedades europeias encontra-se num dos grandes poderes ordenadores que a Antiguidade Tardia deixou: os restos da organização do Império Romano do Ocidente.

O Império Romano legou a burocracia, e a organização administrativa e financeira da monarquia. Originalmente, para os povos antigos, o direito era a própria tradição das formas básicas de vida. Com os romanos, eles aprederam que também poderia ser uma criação do poder do Estado. A lei romana imperial impunha a sua pretensão absoluta de vigência em relação a todos, se destacando a eficácia do “direito como técnica do exercício do poder” (WIEACKER, 1967, p 16).

Quando os diversos conquistadores do Império Romano começaram a converter as províncias alheias em reinos próprios<sup>2</sup>, o seu direito, essencialmente consuetudinário, começou a entrar em concorrência, às vezes em cumplicidade, com o direito romano.

Diferentemente do direito penal público legítimo que existia no Império Romano, principalmente a partir das diversas leis *Cornelii* e *Iuliae*, de Silla, César e Augusto, o direito dos povos invasores (o direito germânico) não adotava o dogma da reserva legal, nem possuía um sistema acusatório de persecução criminal de caráter público.

Não havia ninguém representando o grupo encarregado de investigar e fazer acusações contra os indivíduos. Nem mesmo o *rex vel princeps* participava das ações penais.<sup>3</sup> Tratava-se de um procedimento realizado por dois indivíduos apenas, não permitindo a intervenção de um terceiro que se coloque entre os dois como elemento neutro, representando a autoridade.

Os únicos casos de ilícitos públicos eram os de traição e homossexualidade. Nestes casos, a comunidade intervinha considerando-se lesada e exigia, coletivamente, a reparação ao indivíduo (FOUCAULT, 2002, p. 56). Fora isso, as ações penais eram privadas, caracterizadas por uma espécie de duelo entre indivíduos, família ou entre grupos.

Os litígios eram regulamentados pelo jogo de provas. Introduzida a ação penal, uma vez que um indivíduo se declarasse vítima e reclamasse reparação a um outro, uma guerra particular se desenvolvia e o procedimento penal era apenas a ritualização desse duelo.

Por exemplo, quando alguém é morto, um de seus parentes próximos pode exercer a prática judiciária da vingança, não significando isso renunciar a matar alguém, em princípio o assassino. Entrar no domínio do direito significa matar o assassino, mas matá-lo segundo certas regras, certas formas. Se o assassino cometeu o crime desta ou daquela maneira, será

---

<sup>2</sup> Inicialmente, os visigodos, um dos ramos dos godos, povo germânico originário do leste europeu, se alojaram, precária e transitoriamente, na península hispânica em nome do Imperador romano Honório, para combater as invasões dos Alanos, Vândalos e Suevos. Com a destruição dos referidos reinos invasores, em especial o dos Suevos, que só veio a terminar em 585, a Espanha passou a constituir-se uma unidade política submetida ao poder dos visigodos (SILVA, 2006, p. 68-71).

<sup>3</sup> Desde a época de Tácito, pelo menos (século I), os agrupamentos de clãs germanos passaram a ser dirigidos por assembleias de chefes que designavam um dentre eles como *rex vel princeps*, isto é, rei ou príncipe, que exercia o papel de chefe da tribo (GILISSEN, 1995, p. 162).

preciso matá-lo cortando-o em pedaços, ou cortando-lhe a cabeça e colocando-a em uma estaca na entrada de sua casa. Esses atos vão ritualizar o gesto de vingança e caracterizá-lo como vingança judiciária (Ibid, p. 57).

O sistema de resolução de conflitos no antigo direito germânico era inteiramente governado pela luta e pela transação, ou seja, por uma prova de força que poderia terminar em um acordo econômico. Era bastante frequente a composição. O pacto interrompia a série de vinganças, resgatando o direito de ter paz a um dos adversários.

Quando a Espanha se transformou em unidade política autônoma, submetida ao poder dos visigodos, por volta do século V, que passaram a conquistar cidades e estabelecer guarnições permanentes, o direito romano ainda era aplicado na região invadida, porém sob a forma vulgar (*Vulgarrecht*). Estava longe de ser aquele direito clássico, como o contido nas leis de Roma elaboradas pelos grandes juristas dos séculos II e nas constituições imperiais, como as codificadas por Gregório e Herculano.<sup>4</sup> Entre os invadidos, prevalecia uma espécie de direito romano “popular” (CAETANO, 1941, p. 90), adaptado às condições especiais de cada província e até mesmo de cada cidade.

Dada a ausência de conhecimento de muitos juizes germânicos, do direito das populações romanizadas, logo no início da instituição da monarquia visigótica, alguns reis sentiram a necessidade de compilar as leis romanas. Assim, provavelmente no ano 470, foi promulgada a primeira obra de codificação germânica de âmbito geral, o *Código de Eurico* (*Codex Euricianus*). Redigido por juristas romanos, descrevia como o direito romano deveria ser aplicado na prática no reino visigótico.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> De acordo com Sardinha (2001, p. 29), a expressão direito romano vulgar foi empregada pela primeira vez pelo historiador germanista Heinrich Brunner (1840-1915), que a caracterizou como o direito aplicado na prática pela população provincial romana, apresentando-se como uma evolução ou degenerescência do direito romano clássico, como no processo de formação do latim vulgar. Esse tema tem se constituído num verdadeiro tema de eleição na obra de diversos historiadores do direito europeu, sobressaindo-se Ernest Levy e Paulo Merêa. Ambos os autores aceitaram basicamente a definição de direito romano vulgar de Heinrich Brunner, apesar de o primeiro ser romanista e o segundo medievalista (CRUZ, 1979, p. 317-318).

<sup>5</sup> Segundo Caetano (1941, p. 114), os monges de Santo Amaro, no século XVIII, descobriram num pergaminho reutilizado na Abadia de Corbie, alguns fragmentos do mais antigo código germânico hoje conhecido, o Código de Eurico, referente à partilha das terras entre romanos e godos, aos contratos, doações e sucessões. Os textos foram identificados como a compilação de Eurico graças à

Ainda, sob influência romana, rapidamente apareceram outras leis visigóticas escritas, como a *Lei Romana dos Visigodos (Lex Romana Wisigothorum)*, também conhecida como *Breviário de Alarico (Breviarium Alarici)*, seguida do *Código de Leovigildo (Codex Euricianus revisus)*, uma revisão do *Código de Eurico*.<sup>6</sup>

A estabilidade dos visigodos na península foi permitindo, aos poucos, sua fusão com os habitantes da raça anteriormente dominante. A conversão dos visigodos ao catolicismo foi uma das primeiras barreiras opostas à fusão a ser ultrapassada. Com a publicação do *Código Visigótico (Liber iudiciorum, Liber iudicum, fórum iudicum, Lex Visigothorum recesvindiana)*, em 654, foi dado termo definitivo à separação jurídica das raças, permitindo o casamento entre godos e romanos livres.

O *Código Visigótico* foi a última compilação visigótica e a que mais vigorou na península, aplicado do século VII até meados do século XIII.<sup>7</sup> A larga vigência do diploma legal demonstra que foi mantido como lei geral dos cristãos refugiados nas Astúrias e entre os moçárabes, atravessando a extensa dominação moura, vigorando na reconquista, enquanto os diversos reinos e condados iam rompendo o jugo sarraceno (THOMPSON, 1976, p. 36).<sup>8</sup>

Neste código que, de acordo com Gama Barros (1885, p. 27-28) foi primitivamente escrito em latim impuro e vertido, e posteriormente em língua espanhola com o

---

notícia dada por Isidoro de Sevilha, na sua *Historia de regibus gothorum*, ao referir-se ao reinado de Eurico.

<sup>6</sup> Guilherme Braga da Cruz (1979, p. 339), ao trabalhar com as considerações sobre o direito romano vulgar feito por Ernest Levy, sintetiza as circunstâncias que tornaram eminentemente favoráveis a recepção desse direito pelos visigodos, segundo este autor: “o longo contato dos visigodos com os romanos, ainda antes das invasões; o seu deslumbramento perante as regras jurídicas romanas, formuladas com clareza, precisão e perfeição, em matérias sobre que os costumes visigóticos se apresentavam mal esboçados, vagos ou mesmo inexistentes; o desejo, finalmente, dos monarcas godos, nomeadamente de Eurico, de outorgar depressa ao seu povo uma ordem jurídica progressiva e estável, onde a segurança e a certeza substituíssem o vácuo ou a imprecisão das normas consuetudinárias”. Apesar das codificações visigóticas serem romanizadas, esse fato não exclui a possibilidade de conciliação entre os dois sistemas jurídicos (romano e germânico). Como realça Cruz (p. 340), a recepção do direito romano pelo Código de Eurico e, consequentemente pelos de Leovigildo e Recesvindo, não foi uma recepção indiscriminada. Pelo contrário, foi feita com critério, tendo sempre presente, para cada assunto, o direito tradicional germânico.

<sup>7</sup> Sobre o período de vigência do *Código Visigótico*, ver Gama Barros (1885, p. 1-3), que apresenta um resumo do número de citações do diploma legal desde o século X.

<sup>8</sup> Da resistência à conquista muçulmana nas Astúrias, chefiada por um núcleo de cristãos, que atraíram para si os que não queriam viver sob jugo estrangeiro, nasce a monarquia cristã das Astúrias, continuação da sociedade política visigótica. E da divisão do reino das Astúrias nasce o Reino de Leão. Na monarquia leonesa, os reis, a partir de Afonso III, consideravam-se sucessores legítimos da linhagem dos reis visigodos, portanto, por vezes se intitulavam *magnus imperator*, reivindicando a supremacia política sobre todos os soberanos cristãos (CAETANO, 1941, p. 140-142).

nome de *Fuero Juzgo*, predominavam tanto elementos do direito romano quanto da influência do clero, claramente identificável nas diversas referências às leis divinas e aos *cânones*.

O elemento imperial do direito romano atuou no sentido de transformar o rei, de “chefe de pessoas”, em “expoente da comunidade”. Já o clero agiu dotando o poder da coroa de um conteúdo extraterreno, contra o qual fossem inanes as armas e as forças dos senhores de terra (CAETANO, 1941, p. 140-142; THOMPSON, 1976, p. 28). O *Código Visigótico* estabelecia como a verdadeira origem da justiça humana, a impreterível justiça de Deus, além da proteção que esta impunha aos chefes de estado, com respeito aos seus membros (SECO, 1871, p. 483).

Foi por meio deste código, que o direito penal visigótico escrito se encheu de prescrições penais, como nunca visto antes. Por exemplo, usando a síntese feita por Nogueira (1866, p. 58-61), dos doze livros que dividiam o código, sete possuíam, entre outras, matéria criminal. Tratavam-se, desde crimes relacionados à ordem conjugal, aos crimes referentes à pena dos hereges e judeus. Uma parte das incriminações nos mostra como a sociedade romano-germânica começou a tomar gosto pela vida sedentária agrícola, deixando o nomadismo guerreiro (Ibid, 1871, p. 500).

Corria sobre assuntos como a personalidade dos castigos, a moderação do juiz e a graduação das penas com relação a algumas circunstâncias. Apesar de esta lei ser um avanço civilizacional para as populações visigóticas bárbaras, resplandecendo, segundo Nogueira (1866, p. 62), a “equidade e a humanidade”, ainda apresentava desigualdade das penas, segundo a diversa condição dos delinquentes e desproporção com o delito, além de conceder aos juízes e ao príncipe arbitrariedade em sua aplicação, conforme lhes agradasse. Ainda existia acumulação de pena diversa para o mesmo e único delito. Por exemplo

No crime de lesa-majestade e alta traição, se a piedade do príncipe concedida à vida ao réu tiravam-se lhe então os olhos, era descaldado, levava cem açoites, ficava por todo o sempre inabilitado para ser restituído ao ofício palatino, era feito escravo perpétuo do príncipe (piedoso!) e para sempre sofria confisco geral de todos os seus bens (SECO, 1871, p. 486).

De acordo com Gama Barros (1914, p. 422), os delitos, em regra, expiavam-se por penas brandas ou acontecia a composição. No entanto, para os crimes mais graves poderiam ser aplicadas penas de morte, mutilação, açoites, descavação, arrancamento de olhos, exílio ou desterro, talião, expiação pelo sacramento ou juramento, inabilitação para o cargo, escravidão, reclusão em mosteiro, castração, dissolução do matrimônio, excomunhão, percurso das dez propriedades vizinhas, privação de dignidades e honras, prisão ou cárcere (THOMPSON, 1976, p. 32-33).

Além da legislação régia, os *cânones* dos concílios também influíam, frequentemente, na vida pública, na disciplina das relações civis e nas instituições de direito penal. Suas disposições estabeleciam os crimes morais que se confundiam com religiosos. “Considerava preciso punir não só o crime, mas o pecado, como se a missão dos homens no estado social fosse prestar auxílio à onipotência divina e justiça do céu” (FERRÃO, 1856, v. 1, p. 45-46).

Os próprios reis faziam questão de intitular as leis canônicas como uma das fontes do direito. Esse fato pode ser comprovado na *Cúria de 1211*, quando o rei manda guardar as leis e direitos da *Santa Igreja de Roma*.<sup>9</sup>

É imperioso observarmos que apesar das legislações reais e clericais atuarem como fontes do direito, elas não ofereciam a mesma fisionomia das fontes do direito dos nossos dias, dado ao atual caráter do direito positivo.<sup>10</sup> Assim, na prática, permanecia ainda em vigor aquele direito penal de caráter privado, que predominava sobre a legislação régia (GAMA BARROS, 1885, p. 30). Basta vermos a transmissão às gerações posteriores de diversos institutos bárbaros, tal como o duelo revindita, que era vedado pelo *Código Visigótico*, mas permaneceu hígido até os primeiros tempos da monarquia portuguesa (THOMPSON, 1976, p. 36). Assim, por detrás do direito escrito, baseado em especial nos resíduos do direito romano vulgar e nas fontes do direito da igreja, redigidas e aplicadas pelos letrados e clérigos, encontrava-se uma cultura não literária (WIEACKER, 1967, p. 22).

---

<sup>9</sup> Como eram numerosos os *cânones* e *decretais* (leis emanadas da autoridade papal) e se encontravam dispersos ou reunidos em coleções raras e, por vezes contraditórias, um monge de Bolonha, chamado Graciano, por volta de 1140, fez uma compilação comentada, vulgarizada sob o nome *Decretum*. Num documento de 1195, expedido por Dom Sancho I, se faz referência a um *Magister Decretista*, recém-vindo de Roma, um doutor em direito canônico (CAETANO, 1941, p. 196).

<sup>10</sup> Sobre o dogma da estabilidade da lei ver MERÊA, 1928, p. 163.

Antes do período da monarquia limitada pelas ordens, o sistema punitivo era constituído basicamente por um sistema de autodefesa das sociedades em formação, de costumes rudes e agrestes. Na prática, o instituto mais usado era a perda da paz, costume de índole privatista que consagrava a ausência do poder central em face à primazia da vingança privada.<sup>11</sup> Mesmo que os esquemas de justiça privada fossem generalizados na sociedade da época e regulados pelo direito consuetudinário, muitos deles eram expressamente proibidos nos textos escritos. Por exemplo, os chamados duelos revindita eram tratados nos forais antigos como proibidos e sujeitos à multa.

O Foral de Miranda da Beira (1136) cominava, para o vizinho que combatesse com o outro, dez soldos de multa, se tivesse usado lança, ou cinco, se a pugna fosse a bordão. No mesmo sentido, o Foral de Penela: 'Da prova com escudo e com lança aquele que matar dê dez soldos. E dá porrada, um soldo' (THOMPSON, 1976, p. 53).

Em contrapartida, outros tipos de duelos eram amparados pelo direito escrito, como os chamados "duelo-ordália". Eles eram um dos meios processuais largamente praticados e controlados pelo poder público integrado na sistemática praxista da época, preferencialmente através dos "*juízos de Deus*" (Ibid, p. 53). Os juízos de Deus consistiam em lutas físicas entre dois adversários ao longo do processo. Por exemplo:

quando dois indivíduos se afrontavam por causa da propriedade de um bem, ou por causa de um assassinato, era sempre possível, se estivessem de acordo, lutar, obedecendo a determinadas regras (duração da luta, tipo de armas), diante de uma assistência presente apenas para assegurar a regularidade do que acontecia. Quem ganhasse a luta ganhava o processo [...] (FOUCAULT, 2002, p. 60-61).

---

<sup>11</sup> Nos casos de traição derivada de homicídio que violava uma paz especial (tréguas, fiança de salvo, reconciliação); traição derivada de ofensa de um especial dever de fidelidade (do inferior relativamente a um superior ou entre parentes); ou traição derivada de homicídio grave (com premeditação ou de um não desafiado), era aplicada a perda da paz absoluta. Seus efeitos eram os aspectos de "ficar fora da lei", ou seja, excluído da comunidade (*ex lege*), perdendo todos os seus direitos e podendo (ou devendo) qualquer pessoa matá-lo (CORREIA, 1977, p. 52-54). Já a perda de paz relativa ou inimizade (*Inimicitia*) era aplicada para os delitos de sangue (homicídio), que não se enquadrassem em traição, e os delitos contra a honra, em especial contra a honra da mulher (rapto e violação). Tinha como pressuposto a prévia declaração de inimizade que supunha um desafio (*deffidamentum*) perante o concelho que exigia uma simples formalidade. Sacramentada a declaração de inimizade, torna-se o réu *homizeiro* do ofendido e de seus parentes até quarto grau, autorizados estes a matá-lo (Ibid, p. 53-59).

Isto posto, os rústicos esquemas de justiça individual eram aplicados abundantemente, uns autorizados e até mesmo regulamentados pela lei escrita, outros terminantemente proibidos. Até o fim do século XII e início do século XIII, esse velho sistema de práticas judiciárias vai dando lugar a novos procedimentos, no momento em que crescem as necessidades dos novos Estados em iniciar uma tarefa legislativa nacional. A noção de infração, portanto, nasce e o dano passa a ser uma ofensa, não só ao indivíduo, mas ao Estado.

Sobretudo no século XIII, os diversos reis e grandes senhores territoriais conseguiram reforçar o seu poder – tendente para a soberania – desenvolvendo um sistema jurídico próprio, baseado nos costumes locais, na jurisprudência e na legislação real ou senhorial. Em Portugal não foi diferente. O Estado soberano tornou-se a forma mais comum de organização política e o seu marco foi a monarquia centralizada. A organização da Igreja também se centralizou, tomando a forma burocrática e hierarquizada, sob a direção do papado.

Aquele direito consuetudinário ainda invocado, deixou de responder às exigências da nova política centralista. Era necessária a admissão de um direito capaz de exercer o papel de vínculo jurídico e político estratégico de uma época clássica de absolutismo. E é neste momento que entra em cena, novamente, o direito romano.

Os resíduos do direito romano já conhecido, bem como os seus principais livros redescobertos no Norte da Itália no século XII, passam a ser tidos como direito do Império, de vocação universal. Da data do descobrimento do *Corpus iuris civilis* de Justiniano (por volta de 1100) em diante, o estudo do direito romano renasce, sendo ensinado nas universidades, e oferecendo ao poder central um adjutório apropriado ao desenvolvimento da sua autoridade.

Os estudiosos glosavam e comentavam as antigas compilações. Aos poucos foi se configurando um novo direito romano que, junto do direito canônico, deu origem ao direito erudito, comum para quase toda a Europa (*ius commune*). Convém mencionar que o estudo intensivo do direito romano nas universidades europeias levou ao seu desenvolvimento prático e doutrinário, não se limitando à pura pesquisa acadêmica<sup>12</sup> (CAENEGUEM, 1999, p. 84).

---

<sup>12</sup> A romanização afetou a vida e a prática jurídica em toda a Europa, mesmo que em menor grau em algumas partes, como na Inglaterra, onde prevaleceu o direito germânico, que é consuetudinário.

A Igreja foi o primeiro dos grandes poderes a ter sua legislação e doutrina influenciadas pelo direito romano. As autoridades eclesiásticas retiraram do direito romano justiniano os seguintes elementos: centralização, hierarquia, burocracia, racionalização imposta de cima, a importância do direito e da administração, etc. Não muito depois, os reis também vislumbraram o proveito que poderiam tirar do *Corpus iuris civilis*, pois era uma reserva inesgotável de argumentos para reforçar suas posições.

O direito romano passa, pois, a integrar o sistema de fontes de direito. Sua recepção teve como agentes os letrados presentes nas chancelarias reais, que o utilizavam para fazer valer as pretensões políticas dos reis e imperadores, passando a ser defendido pela doutrina dos juristas como o “cânone interpretativo da própria legislação dos reinos” (HESPANHA, 2005, p. 147).

Em Portugal, o conhecimento da produção jurídica doutrinal europeia do direito romano justiniano foi bastante precoce, apesar de provavelmente ter se restringido a uma elite culta, constituída especialmente de eclesiásticos. Logo, a recepção do *ius commune* no direito régio foi, pois, precedida e condicionada por sua recepção no direito canônico.<sup>13</sup> Na Corte, rapidamente aquela nova cultura jurídica foi progredindo, sobretudo depois do aparecimento dos textos romanizantes do *Fuero real*, *Siete Partidas*, frequentemente invocados em Portugal até o final do século XIV. A fundação da Universidade de Lisboa (entre 1288 e 1300) também generalizou o conhecimento das fontes do direito comum, dando origem a um estudo do direito romano de caráter hispanizado, ou seja, mais próximo do contexto sócio-político peninsular ocidental.

O reinado de Afonso II (1211-1223) coincide com o momento da influência do direito romano de Justiniano em Portugal (SILVA, 2006, p. 257) e a emergência de uma nova política criminal que passou a chamar para si a realização do *ius puniendi*. A justiça deixa de ser uma contestação entre indivíduos, bem como a livre aceitação

---

<sup>13</sup> Um documento muito importante que confirma o precoce conhecimento do direito romano pelos eclesiásticos portugueses é o testamento do bispo do Porto, Dom Fernando Martins, falecido em 8 de novembro de 1185: “Lego à Igreja do Porto os meus Decretos e as Instituições e a Novela segundo estão (encadernados) num volume e a suma dos Decretos e das Instituições e do Código inseridos noutro volume [...] Lego à Igreja de Braga o meu Código e o Digesto Velho e o Novo em três partes como Esforçado e o saltério glosado” (GILISSEN, 1995, p. 378). Notável é a riqueza da livreria de Dom Fernando Martins, que possuía todos estes *libri legales* ainda no século XII. E mais, devemos ponderar que é um testamento anterior a 1185, já que este é o ano de falecimento do bispo.

de regras de liquidação. Eles não terão mais o direito de resolver, regularmente ou irregularmente, seus litígios. Deverão submeter-se a um poder externo, superior a eles. Um poder que, ao mesmo tempo, é judiciário e político. A partir de Afonso II, o poder estatal vai confiscando – tomando para si – o procedimento judiciário e encerrando com os mecanismos de liquidação individual dos litígios da Alta Idade Média (FOUCAULT, 2002, p. 65-66).<sup>14</sup>

As abundantes leis que compreendem o reinado de Afonso IV (1325-1357) continuaram as aspirações de Afonso II em chamar para si o *ius puniendi*, alargando o número das descrições penais, como o adultério. No direito português, o adultério voluntário ficava quase impune e não se sujeitava a qualquer penalidade legal, tão somente à vingança privada. Isto até o reinado de Dom Dinis (1279-1325). Seu filho Dom Afonso IV passou a punir o adultério livremente cometido. Se o réu fosse nobre, a pena era a perda dos bens que o adúltero recebera do Rei. Se não fosse nobre, era punido com a morte (MELLO FREIRE, 1794, p. 190).

O fato de o aumento do número de tipificações penais, como o adultério, não indica uma maior desmoralização neste período, mas um avanço cívico que impunha ao Estado (no caso, o monarca) chamar para si o dever de punição de fatos que até então estavam entregues à vingança privada. Assim, o processo de publicização do *ius puniendi* foi se configurando num esforço de elaboração legal cada vez mais casuístico do direito substantivo (CORREIA, 1977, p.71).

Essa nova política criminal se configurou justamente quando da recepção do direito romano justinianeu. O rei, com força crescente, passa a assumir o papel de criador do direito, alterando os costumes. Quando isso acontece, a tendência é o poder régio começar a legislar com abundância, o que não corresponde a um efetivo conhecimento das alterações no direito por parte da população. Nesse raciocínio, o rei busca na política codificadora a realização de compilações sistemáticas das várias fontes de direito vigente. Por isso, já no século XV, vieram a público as Ordenações Afonsinas.

---

<sup>14</sup> Por exemplo, dentre as leis de Afonso II, encontra-se a proibição da vingança dentro da casa do inimigo, enquanto este se acha protegido pela sua paz, e a queimada das casas ou corte de vinhas ou árvores do inimigo, por causa de eventual torto ou injúria. Proibiu-se ainda matar ou ferir o inimigo ou seus homens, com pena de 500 soldos (CORREIA, 1977, p. 69).

De autoria de Afonso V, as Ordenações foram fortemente influenciadas pela doutrina do direito romano justiniano e pelo direito canônico, não escondendo também inspirações no Código Visigótico, nas Leis das Sete Partidas, nas leis editadas pelos monarcas, desde Afonso II, nas Resoluções das Cortes, celebradas desde Afonso IV, nas *Concordatas* de Dom Dinis, Dom Pedro e Dom João e em alguns *costumes* e *forais* (THOMPSON, 1976, p. 83). Elas seguiram as Decretais do Papa Gregório IX quanto ao método e à disposição das matérias, ou seja, se dividiam em cinco livros, que se encontravam divididos em títulos e os títulos em parágrafos. O Livro V, com 121 títulos, versava sobre os delitos e as penas, além de direito processual penal.

O combate à vingança privada em favor da publicitação da justiça criminal das Ordenações é facilmente identificável nas inúmeras referências às leis do monarca Afonso IV. Por exemplo, no título 53 do Livro V, ficou proibido “‘todo o fidalgo ou vilão que acoime, tome vindicta ou se despique por si’, mas, antes, recorra à justiça”; os títulos 50 e 100 “proibia o asilo por prelados ou fidalgos nos seus ‘coutos, bairros ou honras’, de criminosos e malfeitores”; pelo título 75 não era permitido “o porte e uso de certas armas” (CORREIA, 1977, p. 69-70) e o título 92 proibiu o cárcere privado.<sup>15</sup>

Ao lado da publicização do *ius puniendi* e dos novos adjetivos penais, se desenvolveu um novo sistema de penas públicas. Assumindo um caráter exageradamente severo, as Ordenações não alteraram a dureza dos costumes bárbaros na hora de punir, sendo a prescrição mais frequente a pena de morte. Entre os diversos tipos penais punidos com pena de morte, se encontram os crimes de lesa majestade. Para os casos de traição contra o rei (OA, V, 2, 12), “previa-se a pena de ‘morrer naturalmente de morte cruel’, cuja forma de execução supunha

---

<sup>15</sup> As tentativas das Ordenações em combater a justiça privada também estão presentes no título 59, 2 do Livro V, “relativo ao aceleramento da administração da justiça para evitar ‘mortes, ódios e grandes danos’”; título 102, 2, “relativo à concessão de garantias de segurança – espécie de salvo conduto de alguém contra alguém”; título 50, que dispunha “contra os obstáculos à realização da justiça pelo direito de asilo nos coutos privados [...] ou da igreja”; e título 57, que buscava “evitar o arbítrio de certas inquirições devassas que levavam os acusados a homiziar-se, fugindo à ação da justiça, previam a concessão de cartas de segurança [...] que impediam a prisão e estimulavam o ‘estar a direito’ (CORREIA, 1977, p. 74-75)”.

suplícios e execução por maneira muito bárbara, v. g., por esquartejamento” (CORREIA, 1977, 75-76).<sup>16</sup>

Outra característica do sistema penal das Ordenações Afonsinas é a constante presença de penas que afetam a honra, sejam na forma de aplicação (penas infamantes) ou na sua extensão (penas transmissíveis), podendo atingir os próprios filhos, impedindo-os, por exemplo, de serem cavaleiros (OA, V, 2, 29; 13). Além disso, era nítida a desigualdade das penas, no que concerne a pessoa do ofensor e do ofendido. Por exemplo, algumas penas – “açoites, tormentos, efeitos infamantes, prisão” – não podiam ser aplicadas a “fidalgos de solar, cavaleiros de espora” e seus equiparados (OA, V, 87; 98; 80) (Ibid, p. 86).

Quando promulgadas as novas Ordenações por Manuel, poucas melhorias apareceram no quadro punitivo do Livro V, que continuou a tratar dos delitos e penas.<sup>17</sup> A única alteração significativa foi a maior publicização dada ao *ius puniendi*, procurando claramente limitar os perigos da vingança privada e aumentar a rudeza nas punições. A pena de morte aparece agora em praticamente todos os títulos do Livro V e as penas pecuniárias são mais frequentes, cominando, cada vez mais, no confisco total ou parcial dos bens. Ressurge uma pena corporal e infamante bárbara – a marca de ferro em brasa no rosto, com ou sem forca, para ladrões e feiticeiros.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Também eram previstas penas corporais como mutilação, açoites e tormentos. As penas pecuniárias, embora menos frequentes nas Ordenações que no período anterior, eram muito usadas, como a confiscação de bens, multa e perda de objetos. A servidão penal, tão vulgar no período anterior, quase não aparece no Livro V, diferentemente da pena de prisão. Esta última é, em regra, preventiva, para evitar a fuga do criminoso até a sentença, ou coercitiva, para levar ao pagamento da pena pecuniária. Raramente é aplicada com função repressiva. Eram previstas, ainda, penas de degredo e desterro.

<sup>17</sup> Menos de sessenta anos após a promulgação das Ordenações Afonsinas, Dom Manuel manda revisá-las. Em 1505 começou-se a obra e em 1512 foram publicadas as Ordenações Manuelinas. As novas Ordenações constituíam-se das Ordenações Afonsinas, das Respostas às Cortes de Lisboa, da Guarda, de Santarém, de Évora, de Montemor e Novo e das leis extravagantes, assentos, determinações régias, regimentos, etc. (THOMPSON, 1976, p. 88).

<sup>18</sup> Depois das Ordenações Manuelinas, foram publicadas diversas leis, alvarás e disposições régias, que se encontram reunidas na Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Leão de 1569. Entretanto, nenhuma mudança significativa no sistema penal das Ordenações anteriores aconteceu, nem se suavizou o seu caráter violento. Em contrapartida, intensificou-se a aplicação da pena de morte, penas corporais, como o desorelhamento, e renasceram a pena de corte dos pés e diversos casos punidos com servidão. O degredo continuou a ser largamente aplicado, inclusive para delitos insignificantes. E, pela primeira vez, estabeleceu-se o degredo para o Brasil e para a Índia. Também, de forma inédita, foi regulada a pena de galés ou serviço nos navios. Continuou-se a prever a prisão, agora com diversas regras e formas para sua execução, e penas pecuniárias, também com uma série de regras para sua aplicação (CORREIA, 1977, p. 97-98).

No tocante à confecção das Ordenações Filipinas<sup>19</sup>, houve uma renovação no combate à justiça privada e as expedições vingadoras dos particulares foram expressamente proibidas<sup>20</sup>, assim como o direito de asilo dos coutos<sup>21</sup> e a rixa.<sup>22</sup> Apesar da orientação de publicitar o *ius puniendi*, este ainda era admitido em duas hipóteses: quando o homem mata sua mulher por achá-la em adultério – sendo permitido ainda matar o adúltero, mesmo que não seja em flagrante delito<sup>23</sup> –, ou quando o réu condenado à morte é morto por qualquer um do povo, enquanto se achava ausente – uma clara reminiscência do instituto bárbaro da perda da paz<sup>24</sup>.

O sistema de penas das Ordenações Filipinas acompanhou as antigas Ordenações e Leis Extravagantes, sendo patentes as ideias de transmissibilidade e desigualdade das penas. A pena de morte continuou largamente utilizada, podendo ser executada de várias formas. A primeira delas era a pena de morte simples, aquela sem

---

<sup>19</sup> Quando Felipe I de Castela se assenhoreou de Portugal, por falecimento do cardeal regente, havia um estado de confusão provocado pela múltipla promulgação de leis posteriores às Ordenações Manuelinas e à Coleção de Duarte Nunes do Leão. Portanto, o príncipe viu que era necessário fazer uma nova compilação, retirando as leis revogadas ou antiquadas e acrescentando as que haviam se estabelecido. Sob o reinado de Felipe II as novas Ordenações ficaram prontas e são publicadas em 1603.

<sup>20</sup> “Qualquer pessoa, que com ajuntamento de gente, além dos que em sua casa tiver, entrar em casa de alguém para lhe fazer mal, e o ferir a ele ou a outrem, que na dita casa estiver, morra morte natural” (OF, V, 45).

<sup>21</sup> “E sendo caso, que seguindo algum quadrilheiro, algum homiziado para prendê-lo, ele se acolher para casa de algum poderoso, duque, marquês, conde, arcebispo, prelado, senhor de terras, ou fidalgo principal, poderá entrar e entre livremente na tal casa a buscar e prender o dito homiziado, sem da parte das ditas pessoas, parentes, ou criados, lhe ser posto impedimento, nem dúvida alguma na entrada da casa, busca e prisão do dito homizado. E pela dita maneira entrarão em qualquer lugares e terras, ainda que sejam senhorios, ou Coutos, ou outra jurisdição, sem embargo de quaisquer doações, privilégios ou posses, que em contrário haja, até o delinquente com efeito ser preso. E qualquer das ditas pessoas, que o contrário fizer, incorrerá nas penas, que diremos no Livro 5º, Título CIV: Que os Prelados e Fidalgos não acoutem malfeitores” (OF, I, 73).

<sup>22</sup> “Toda a pessoa, de qualquer estado e condição que seja, que ferir outra em rixa em nossa presença, ou na casa onde nós estivermos, morra morte natural, e perca sua fazenda para a Coroa do Reino. E se arrancar armas para com ela ferir, ou ofender alguma pessoa, sem com ela ferir, será degredado dez anos para a África e perderá a metade de sua fazenda para a Coroa, e mais haverá as penas abaixo declaradas do que fere, ou arranca em nossos Paços segundo a diferença das pessoas” (OF, V, 39).

<sup>23</sup> “Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela, como o adúltero, salvo se o marido for peão e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador ou pessoa de maior qualidade [...]. E não somente poderá o marido matar sua mulher e o adúltero, que achar com ela em adultério, mas ainda os pode licitamente matar, sendo certo que lhe cometeram adultério; e entendendo assim provar e provando depois o adultério por prova lícita e bastante conforme o direito” (OF, V, 38).

<sup>24</sup> “E havendo por bem que, nos casos onde os absentes [ausentes, revel] forem condenados a morte natural e banidos, qualquer do povo os possa matar sem pena, sabendo que são aqueles os próprios banidos, que pelos juizes da mor alçada são condenados à morte, e não outros” (OF, I, 126, 8).

acréscimos, como o enforcamento (*OF*, V, 80, 8) ou degolamento (*OF*, V, 126, 7). Porém, a morte poderia assumir caráter cruel, ou seja, precedida de suplícios, cuja vida era retirada lentamente. Quando a lei era omissa quanto à forma de executá-la, prescrevendo apenas “morra morte natural cruelmente” (*OF*, V, 6, 9), ficava a critério de o juiz transformar a penalidade em cruel. Em outros casos, o próprio texto da lei especificava a execução, por exemplo: “O escravo [...] que matar seu senhor ou filho de seu senhor, seja atenazado e lhe sejam decepadas as mãos e morra morte natural na forca para sempre [...]” (*OF*, V, 41). A pena de morte poderia ainda ser atroz, acrescentando-lhe certos agravantes, como no crime de sodomia, cujo pecador deveria ser “queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa” (*OF*, V, 13).

Vigoravam ainda outras espécies de sanções graves, como as penas corporais de mutilação, fixas ou arbitrárias, como corte de membros junto ao Pelourinho (*OF*, V, 35; 39; 41; 49, 1, 2, 3). A pena de desorelhamento e marca de ferro no rosto deixou de culminar, subsistindo apenas para identificar como cativos os mouros convertidos que entrassem no reino (CORREIA, 1977, p. 100-101). Ainda se encontravam as penas de açoites, degredo, galés ou trabalhos públicos, prisão no tronco e nas cadeias, baraço, pregão, uso de senha capela de corno<sup>25</sup> e de polaina ou enxaravia vermelha na cabeça, quando a alcoviteira estivesse fora de casa<sup>26</sup>.

A partir do momento em que o Estado foi tomando para si o *ius puniendi*, a velha noção de dano cometido por um indivíduo a outro é substituída pela noção de infração, isto é, uma ofensa do indivíduo à ordem, à lei, ao próprio soberano. No velho direito germânico, quando um indivíduo perdia o processo, era declarado culpado e ainda devia reparação da ofensa à sua vítima. Agora, o rei, que é a parte

---

<sup>25</sup> “Sendo provado que algum homem consentiu a sua mulher que lhe fizesse adultério, serão ele e ela açoitados com senhas capelas de corno” (*OF*, V, 25, 9). Na nota 2 deste mesmo título temos que *senhas capelas de corno* é sinônimo de “grinaldas de corno”. Segundo o dicionário do século XIX, corno era o “homem cuja mulher se prostitui, e se lhe diz pôr lhes os cornos, por desonrá-lo” (SILVA, 1813, p. 473). Assim, senhas capelas de corno era uma grinalda com algum artefato que indicasse a qualidade de corno, de desonrado. Ao que tudo indica, eram pequenos chifres, por corno também ser sinônimo de chifre.

<sup>26</sup> “Em todos os casos em que alguma mulher for condenada por alcovitar [...] onde não haja de morrer ou ir degredada para o Brasil, traga sempre polaina ou enxaravia vermelha na cabeça fora de sua casa” (*OF*, V, 32, 6). O crime de alcovitar era semelhante ao ato de “procurar a prostituição de alguma mulher, inculcá-la a quem pegue com ela carnalmente” (SILVA, 1813, p. 86).

lesada, é quem exige a reparação. Logo, o mecanismo de penas pecuniárias, confisco e perda de bens, passou a estabelecer-se com maior frequência nas Ordenações Filipinas. Essa estratégia, que acabou por alargar as propriedades da monarquia, apresenta claro fundo político.

Os novos procedimentos judiciais de estabelecimento da verdade dispostos pelas Ordenações, também demonstram toda uma transformação na estrutura política que se apoderou do direito de punir para garantir o domínio judiciário. Se a principal vítima de uma infração agora é o rei, a liquidação judiciária não mais poderia ser obtida pelos mecanismos da prova, da luta entre dois adversários. Por isso, o modelo belicoso dá lugar a um novo modelo, a *inquisitio*, ficando o duelo proibido.<sup>27</sup> Portanto, praticado o crime, se determinava e perseguia o criminoso, agora, à luz de um processo inquisitório, conhecido vulgarmente pela palavra portuguesa “devassa”.<sup>28</sup>

Nesse sentido, com os novos processos de determinação do crime, alargam-se os domínios da monarquia, e do próprio judiciário, que conhecem as vantagens

---

<sup>27</sup> “Defendemos, que pessoa alguma, de qualquer condição que seja, assim nosso natural como estrangeiro, posto que seja oficial de armas, não seja tão ousado, que em nossos reinos e senhorios em seu nome, ou se outrem repte ou desafie outro, ou requeira para se com ele matar [...]” (OF, V, 43).

<sup>28</sup> As devassas tiveram origem no direito canônico, mais especificamente com o papa Inocêncio III, no século XIII (MELLO FREIRE, 1794, p. 92; PEREIRA E SOUZA, 1800, p. 16). Depois que as *Decretais* começaram a ter maior autoridade no foro, os reis portugueses recepcionaram tal instituto, porém não se sabe ao certo quando isto aconteceu. Sabemos apenas que desde uma concórdia de Dom Dinis do ano 1292 a palavra devassa, como sinônimo de inquirição, já era utilizada (OLIVEIRA; MARINHO, 1983, p. 41). Sua recepção definitiva pode ser confirmada com Afonso V, cujas Ordenações regularam expressamente as ações em que se procede por devassa. Segundo as lições de direito criminal português de Mello Freire (1794, p. 91-92), “a inquirição (ou como se diz, a *devassa*), que é outro modo de investigar sobre os crimes e os criminosos, é feita oficiosamente pelo juiz [...]”. Visava à devassa, portanto, à perseguição oficiosa dos crimes mais graves. Tinham natureza nitidamente judicial, isto é, era um meio jurisdicional que objetivava a condenação e punição e não apenas a informação do delito e do delinquente. A devassa poderia ser geral ou especial. A primeira acontecia em casos de delito incerto e não determinado, isto é, quando não se verificava nenhum clamor público, presunção ou infamação de crime. A segunda supunha a existência do delito e só se ocupava com a indagação do agressor: “Na falta de confissão ou do convencimento do réu, admitia-se a aplicação de tormenta, ou seja, a pergunta judicial feita ao réu de crimes graves, compelido a dizer a verdade por meio de maus tratos do corpo. Dependendo do caso, poderia ser repetida até quando o julgador achar justo” (OF, V, 133). Além da inquisição, os crimes poderiam ser indagados por meio da acusação, com ou sem querela. A acusação sem querela, também conhecida por denúncia, é a declaração do crime em juízo para se proceder contra o delinquente por ofício da justiça. Ela sempre começava com a citação do réu. Já a outra acusação é uma delação cujo queixoso tem o dever de provar a legitimidade da sua querela. Se as testemunhas dadas na querela forem inquiridas e fizerem prova do delito, o acusado será pronunciado e preso pelo juiz, sem a citação do réu. Sobre os institutos da denúncia e da querela nas Ordenações ver MELLO FREIRE, 1794, p. 82-91 e PEREIRA E SOUZA, 1800, p. 27-39.

políticas do exercício da justiça. Desde a metade do século XVII, Thomas Hobbes já caracterizava o direito de castigar, chamado por ele de “gládio da justiça”, como o maior de todos os poderes políticos.

Entende-se que alguém recebe o direito de castigar, quando todos contratam não socorrer aquele que há de ser punido. A esse direito chamarei de *gládio da justiça*. [...] Portanto, como é necessário, para a segurança dos particulares – e, por conseguinte, para a paz comum –, que o direito de usar o gládio do castigo seja transferido a algum homem ou conselho, necessariamente se entende que este tenha direito ao poder supremo da cidade. Pois quem tem o direito de punir à sua descrição tem direito a compelir todos os homens a fazerem todas as coisas que ele próprio quiser, e não se pode imaginar poder maior que este (HOBBS, 2002, p. 104).

Nesse momento de verdadeira apropriação do *ius puniendi* pelo Estado, formam-se as ideias de delito público, e a penalidade e a vingança pública sucedem a vingança particular. Embora coubesse ao judiciário a perscrutação do crime, as Ordenações serviam de baliza processual. A centralização do poder das monarquias permitiu que diversos atos inocentes fossem elevados a crime, castigados com penas cujo fim era o terror. Como visto, a morte é aplicada quase que indiscriminadamente nas Ordenações, e seus meios não são apenas a privação da vida, mas excogitaram-se todos os martírios para exasperá-la. A Ordenação organizava como punir e aos juízes cabia agir sob seu escrutínio.

### 1.3 ENTRE A LEI E A RAZÃO

Por séculos, o justo, para o direito, confundiu-se com o piedoso e o sagrado. A justiça primitiva foi, pois, condicionada a uma série de fórmulas sacras e a legislação canônica passou a influir na vida pública, na disciplina das relações civis e nas instituições de direito penal, estabelecendo crimes morais que se confundiam em religiosos. Dada essa força de atuação da religião sobre o direito por séculos, até hoje, “em muitas culturas, a separação entre direito, moral e religião jamais se realizou completamente” (PERELMAN, 1998, p. 15).

Todavia, esse poder foi perdendo força na medida em que os princípios de justiça racionais, advindos de categorias e definições elaboradas pelos juristas romanos, passaram a impregnar o direito canônico na Europa. Devia-se, pois, segundo tais princípios, recorrer não mais às fórmulas reveladas pelo porta-voz da divindade, mas à razão. Nesse sentido, desde o início do século XVII, muitos pensadores, até mesmo cristãos, como Hugo Grócio, passaram a laicizar o direito natural, pregando um sistema de direito puramente racional. Conforme Caenegem (1999, p. 163), a “fé no progresso” foi aos poucos substituindo a “fé na tradição”.

A partir dessas ideias racionalistas (que renovaram o estudo do Direito Natural) e da nova filosofia de glorificação do poder absoluto do soberano de Hobbes combinadas aos sucessos do contratualismo de Rousseau, o direito passou a identificar-se com o “conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação de poderes (PERELMAN, 1998, p. 23)”.<sup>29</sup> Essa nova visão do direito do século XVII, se transformou, no século seguinte, na justificação filosófica do Iluminismo, cujos atos de transformação revolucionária se materializariam nos códigos modernos. Porém, esse processo não aconteceu sem restrições. Foi levado a cabo quando o lugar de discussão das novas ideias jurídicas transcendeu as Universidades de Direito e agremiações de caráter jurídico especializado, passando também a integrar diversos “grupos de trabalhos constituídos pelo legislador e seus adjuntos” (WEACKER, 1967, p. 368). Foi assim que a racionalidade jurídica moderna passou da literatura à lei.

A crença nos códigos surge justamente neste período, quando do triunfo de um direito racional, que sai da universidade, passa a ter caráter oficial. Sua ideia não é nova, mas sob a influência do Iluminismo, sua necessidade foi afirmada por várias nações no século XVIII. Na Áustria, durante o reinado do Arquiduque José II, foi publicado em 1787 o primeiro código penal, obra do grande jurista e filósofo do direito austríaco Karl Anton Von Martine.<sup>30</sup> No mesmo ano, Leopoldo II manda

---

<sup>29</sup> A nova filosofia de glorificação do poder absoluto do Soberano foi pregada por Hobbes, que acreditava que o direito não é a expressão da razão, mas uma manifesta vontade do Soberano. Os homens, para evitar os inconvenientes de uma guerra permanente causada pelo predomínio do direito natural, que nada mais é do que a lei da selva onde a luta pela vida é permanente, concordam em estabelecer um pacto. Neste pacto, decidem criar um Estado e por suas forças reunidas à disposição do Soberano (PERELMAN, 1998, p. 18).

<sup>30</sup> O Código Penal da Áustria de 1787 ou Código *Josefina* teve a sua versão traduzida para o inglês no mesmo ano de sua publicação, versão esta com a qual nós trabalhamos (ÁUSTRIA, 1787).

publicar o Código Penal da Toscana, que teve como principal autor o penalista ilustrado italiano Giuseppe Vernaccione.<sup>31</sup>

A necessidade de codificação também foi afirmada na França desde o início da Revolução Francesa. Apesar de a Assembleia Nacional ter fracassado na redação de um código civil único, foi bem sucedida em 1791 com o seu Código Penal, que compreendia 224 artigos relativos às penas e às infrações.

A Idade da Razão também influenciou Ernst Ferdinand Klein, grande jurista de seu tempo e redator do Código Penal da Prússia de 1794, de Frederico II. Também conhecido como *Landrecht*, este foi um código geral para todos os estados prussianos, composto de quase 20.000 artigos, cujo Livro XX tratava de matéria penal.<sup>32</sup>

Em 1803 foi a vez de Franz Von Zeiller, importante jurista e vértice do movimento codificador europeu, escrever o Código Penal Austríaco, publicado por Francisco II. De acordo Bravo Lira (2004), suas teorias influenciaram fortemente o autor do Projeto de Código Criminal Brasileiro, o deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos, e Edward Livingston, autor de um Código Penal elaborado para o Estado norte-americano de Luisiana, que não chegou a ser promulgado, mas que também era de ciência dos legisladores brasileiros.

Durante a era napoleônica, foi publicado, em 1810, o Código Penal Francês. Apesar de essa nova lei ter sido bastante severa, é por vezes indicada como um dos marcos iniciais das políticas penais de matriz liberal. Segundo Renée Martinage (apud DAL RI JÚNIOR, 2008, p. 137), os constituintes franceses partiram de uma ideia de “organização dos poderes públicos na qual a nação é soberana e onde os indivíduos livres concorrem pelos próprios sufrágios à formação da vontade nacional”. Por isso subtraíram a justiça penal do absolutismo consagrando pelo menos seis artigos da Declaração Universal dos Direitos dos Homens e do Cidadão referente às liberdades do indivíduo face à justiça criminal.

---

<sup>31</sup> O Código Penal da Toscana de 1787 é popularmente conhecido como Código Leopoldina (COSTA, 2013, p. 31).

<sup>32</sup> O Código Penal da Prússia de Frederico II de 1794 foi um código geral para todos os estados prussianos, também conhecidos como *Landrecht*, composto de quase 20.000 artigos, cujo Livro XX tratava de matéria penal. Teve como principal redator Ernst Ferdinand Klein, grande jurista de seu tempo e muito citado por autores renomados como Feuerbach. Consultamos a versão do código em alemão disponível em: <<http://ra.smixx.de/Links-F-R/PrALR/pralr.html>>. Acesso em outubro de 2014.

Em 1813 foi publicado o Código Penal da Bavária de 1813, escrito por Paul Johan Anselm Von Feuerbach. Este renomado jurista é tido por muitos como o pai da ciência penal moderna, pois sua teoria pioneira o situou dentro do direito público, separando-o em absoluto do direito processual penal. Além disso, criou uma teoria penal fortemente ancorada no instituto da legalidade e uma teoria da pena fundamentada na política utilitarista (QUEIROZ, 2008).

Por fim, também vale a pena citar outra grande codificação moderna que foi o Código Penal Espanhol. Inspiradas no debate iniciado em Cádiz e na Constituição de 1812, as Cortes Espanholas decretaram-no em 1822 e o rei Dom Fernando VII o sancionou. O CCIB de 1830 foi fortemente influenciado por esta importante obra legislativa espanhola, principalmente por meio do Projeto de Vasconcelos.

Como pudemos constatar, esse movimento de codificação, que não se restringiu ao direito penal, é a expressão da cultura da razão que se configurou em boa parte da Europa, chegando à América no século XIX. Cumpre destacar que, a obra teórica de Jeremy Bentham, influente jurisconsulto inglês, teve um papel importante na propagação desse movimento em diversos países. Seu ponto de partida foi o princípio da utilidade. Segundo Caeneguem (1999, p. 192), Bentham não formulou axiomas e deduziu normas do direito a partir deles, apenas questionou a utilidade de cada conceito e norma jurídica para o homem e a sociedade de sua época. Como muitos deles fracassaram no teste, deveriam ser substituídos por novos, por meio de uma codificação compilada sob a divisa da utilidade. O código, pois, seria fundado numa ciência da legislação pelo “cálculo da felicidade” (HESPANHA, 2005, p. 330).

Apesar de Bentham ser reconhecido por nós como um dos maiores, talvez o maior teórico do movimento de codificação no Brasil, como veremos no capítulo seguinte, não podemos negligenciar o fato de que Portugal tenha ensaiado uma nova codificação do direito pátrio, inclusive muito precocemente em relação ao restante da Europa. Nesse período de renovação do pensamento jurídico, Portugal tinha seu corpo de fontes do direito composto pelas Ordenações do Reino, juntamente com as diversas *Leis* não compiladas (*Leis Extravagantes*), que compreendiam, segundo Caetano (1941, p. 290-291), as *Cartas de Lei*, *Alvarás* com força de lei, simples *Alvarás*, *Provisões*, *Decretos*, *Cartas Régias*, *Portarias*, *Avisos* expedidos pelos Secretários de Estado e *Assentos das Casas de Suplicação e do Cível*.

Também fazia parte do corpo de fontes do direito, o *ius commune*. Como já abordado no início deste capítulo, quando da recepção do direito romano justiniano na Europa, seu amplo estudo, junto com o direito canônico, criou um direito erudito comum para todo o Ocidente, que se tornou base para o ensino universitário e para a doutrina em toda a Europa. Assim, quando da confecção das Ordenações Afonsinas, esse direito comum foi também consagrado fonte do direito. Ficou estabelecido que, na falta de um direito pátrio, se aplicava o direito comum, que compreendia o direito romano justiniano e o direito canônico e, na ausência deste, apelava-se para o direito doutrinal dos glosadores e comentadores. Em primeiro lugar, para a *Glosa de Acúrsio* e, na insuficiência desta, para os *comentários de Bártolo* (HESPANHA, 2005, p. 280-281).

Esse assunto das fontes do direito foi tratado no Livro II, Título 9 das Ordenações Afonsinas, cuja substância foi mantida, com poucas alterações, pelas Manuelinas. O sistema subsidiário também se traduziu nas Ordenações Filipinas, agora não mais no Livro II, que estabelecia regras do Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros, mas no Livro III, que tratava do Processo Civil.

Segundo Hespanha (2005, p. 283), a nova colocação do sistema subsidiário das fontes do direito nas Ordenações Filipinas demonstra que tal questão ganha finalmente uma dimensão “jurídica” e não mais “política”, recorrendo-se com mais frequência ao direito comum na resolução das lides. Todavia, no final do século XVIII, esse cenário passa por uma importante transformação.

Quando no Ocidente começou a se pregar um sistema de direito racional, o ensino jurídico português ainda era impregnado pelo direito romano justiniano, segundo Acúrsio e Bártolo, e pela escolástica. Contra este estado das coisas reagiram alguns espíritos independentes, como Luis Antônio Verney, autor de *O verdadeiro método de estudar*, de 1746. Suas ideias exerceram influência no Marquês de Pombal, então ministro de Portugal que, em 1772, implementou uma reforma na Universidade de Coimbra. A ocupação do cargo no Ministério em Lisboa pelo Marquês de Pombal e sua preeminência no poder coincidiram exatamente com o reinado de Dom José I (1750-1777) que, segundo Maxwell (1996, p. 04), “preferiu a ópera e a caça ao governo”. Assim, concedida autoridade completa a Pombal, este pôde introduzir suas reformas e se tornar um dos maiores ministros em Portugal.

Pouco antes da reforma no ensino jurídico ser levada a cabo em Portugal, o ministro determinou a substituição do antigo sistema de direito subsidiário das Ordenações. Pela lei, conhecida como Lei Boa Razão, as lides deveriam ser julgadas segundo as leis pátrias; na ausência destas, pelos *estilos da Corte*<sup>33</sup> e pelos *costumes do Reino*<sup>34</sup>; e, na falta destes últimos, pelo direito romano fundado na boa razão

que consiste nos princípios, que contêm verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a Ética dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino e Natural, formalizaram para servirem de Regras Morais e Civis entre o Cristianismo; ou aquela *boa razão*, que se funda nas outras Regras, que de universal consentimento estabeleceu o Direito das Gentes para a direção, o governo de todas as Nações civilizadas; ou aquela *boa razão*, que se estabelece nas Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas; que as mesmas Nações Cristãs têm promulgado com manifesta utilidade, do sossego público, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Povos [...].<sup>35</sup>

A Lei da Boa Razão, que teve por fim modificar radicalmente o quadro das fontes do direito em face da interpretação doutrinal e jurisprudencial que era dado a ele, não apenas enfraqueceu o direito romano e canônico, mas negou valor vinculativo à *Glosa de Acúrsio* e aos *comentários de Bártolo*. Nesse período, viu-se a ascensão valorativa da lei sob a primazia da razão, uma razão ligada à modernidade. Como podemos ver em Gilissen (1995, p. 320), é no pombalismo onde se situam os picos modernos de atividade normativa da coroa.<sup>36</sup>

Na sequência destas conclusões, para triunfar de vez o racionalismo contra a tradição da escolástica e do direito imperial romano, o ensino do direito foi mudado. O *Compêndio Histórico* de 1771, produzido pelas reformas pombalinas, criticou o

---

<sup>33</sup> Os *estilos da Corte* são normas estabelecidas pelos Assentos da Casa de Suplicação.

<sup>34</sup> Para que os *costumes do Reino* fossem invocados como fonte do direito, deveriam ter no mínimo cem anos de existência, não poderiam ser contrários às leis pátrias e necessariamente conforme a boa razão.

<sup>35</sup> Lei de 18 de agosto de 1769. Esta lei foi encontrada nos aditamentos ao Livro III das OF.

<sup>36</sup> Conferimos o estudo de Patrícia M. S. Merlo, que reflete sobre o avanço dos ideais iluministas em Portugal do século XVIII, e observamos que este contexto coincide com o de ascensão do Marquês de Pombal. Neste período de alargamento do Poder Real Absolutista, “o iluminismo pombalino almejava uma sociedade regida por normas abstratas que visassem o interesse geral e disciplinada por um poder único e exclusivo, do qual todos os outros eram meros reflexos ou manifestações” (MERLO, 2012, p. 31). Buscou-se, portanto, o afastamento do direito costumeiro, das práticas orais e dos iletrados da administração camarária e da justiça, em detrimento da afirmação do Direito Pátrio e da Lei da Boa Razão.

estudo do direito romano, esquecendo-se das leis nacionais, chamando as Lentes da Universidade de Coimbra a ensiná-lo, adaptando-o ao uso moderno. Os novos *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772 criaram, pois, uma cadeira de “Direito Natural, público e universal”, e de “Direito das Gentes” comum às duas faculdades jurídicas, tanto a de “Leis” quanto a de “Cânones” (HESPANHA, 2004, p. 33).

Essa transitoriedade da tradição para a razão incentivou uma renovação na literatura jurídica, cujo maior expoente foi o professor da Universidade de Coimbra Pascoal, José de Mello Freire. Autor das *Instituições de direito civil português* e *Instituições de direito criminal português*, publicadas no fim do século XVIII, também teve grande importância na transposição das novas ideias vinculadas ao racionalismo para a legislação. Suas obras foram suficientes para influenciar uma reforma das Ordenações à luz de seu tempo, que, por razões várias, não foram levadas a cabo.

#### 1.4 O NOVO DIREITO PENAL PORTUGUÊS PREGADO POR MELLO FREIRE

A ideia do direito baseado na razão foi acompanhada por outra ideia de um direito harmoniosamente disposto numa compilação que escapasse à confusão. Assim, por decreto de 31 de março de 1778, a rainha Dona Maria I ordenou o início dos trabalhos de reforma das Ordenações por uma comissão que, ao longo de cinco anos, mostrou-se incapaz de tal tarefa. Mesmo falhando inicialmente a composição de um *Novo Código*, a Rainha não se conformou com tal fracasso, encarregando, por meio da Carta Régia de 22 de março de 1783, o professor Pascoal José de Mello Freire da missão de preparar um Código Criminal. Missão esta que foi concluída em quatro anos. Embora a comissão de revisão, composta pelo professor Antônio Ribeiro dos Santos e alguns magistrados, tenha privado o Código de Mello Freire de promulgação – acredita Pinto (1861, p. 31) que esse fato ocorreu por motivos de ciúmes – sua obra foi conhecida pelos primeiros legisladores brasileiros, que por sinal, a grande maioria estudou na Universidade de Coimbra, lugar onde lecionava Mello Freire.

O próprio Mello Freire afirmou a influência do humanismo de Beccaria em sua obra, para quem foi o “primeiro que afoitamente tentou revestir de uma nova face a ciência criminal” (MELLO FREIRE, 1794, p. 48). Entre o final de 1763 e o início de 1764, Cesare Beccaria escreveu *Dos delitos e das penas*, a obra mais significativa de sua época que, no seio da filosofia das Luzes, ocupou-se com as questões do direito penal dentro da construção teórica do Estado moderno (DAL RI JÚNIOR; CASTRO, 2008, p. 263).

Pois bem, como vimos, o discurso Iluminista do século XVIII teve como marca principal a emancipação humana pelo uso da razão. No plano político, combateu as instituições burocráticas arcaicas do Antigo Regime que, na França caminharam em direção a valores liberais que preparam a Revolução de 1789. Pondo em prática Beccaria, reformas por várias partes da Europa, e em especial na França, aboliram a tortura e a punição cruel, e garantindo o acesso da defesa a todas as informações e a transparência pública dos procedimentos criminais. As punições foram perdendo seu caráter religioso, e os novos castigos desonrosos passaram a destinar-se apenas aos condenados e não mais às suas famílias. Uma diferença gritante com o Antigo Regime foi que as reformas foram tornando a privação da liberdade à punição exemplar. As principais metas agora eram a reabilitação e o reingresso do criminoso na sociedade, logo, as mutilações corporais e as marcas em brasa não podiam mais ser toleradas. Enfim, esses princípios da humanidade passaram a modelar os futuros códigos penais da modernidade (HUNT, 2009, p. 136-145).

O brilho do modernismo traduzido pelo humanismo de Beccaria influenciou as principais reformas do direito penal na Europa, chegando à América rapidamente. No Brasil, foi fortemente sentido pelas *Instituições de Direito Criminal Português* (1789) de Mello Freire. No seu livro, Freire não esconde sua repugnância às injustas e cruéis Ordenações, criticando suas penas desumanas.

Em resumo aos seus pontos de vista, Mello Freire elenca treze axiomas de direito criminal imprescindíveis:

1. É melhor deixar impune um crime que condenar um inocente; por isso, maior dano vem à sociedade da condenação dum inocente que da absolvição dum culpado.
2. Antes da sentença condenatória o réu deve ser havido como inocente.

3. No foro criminal apenas se deve admitir a prova plena e perfeita.
4. Quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova.
5. A pena a infligir deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e gravidade do delito e à maldade do delinquente.
6. Não há delito nenhum sem vontade certa do delinquir.
7. A sua medida é o mal causado à sociedade.
8. Na imposição das penas somente se deve olhar à utilidade pública.
9. As penas foram estabelecidas, não tanto para punir, como para prevenir os crimes.
10. Somente se devem castigar os verdadeiros delinquentes ou os quase delinquentes.
11. É justa a pena que impede o criminoso de voltar a fazer o mal.
12. E é, pelo contrário, injusta a que for inútil ou cruel.
13. A atrocidade das penas gera a impunidade e a indulgência do delito, que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública (MELLO FREIRE, 1794, p. 48).

A parte normativa das *Instituições*, que foi seguida pelo seu *Código* não promulgado, evidencia um importante avanço no método. Começa-se por uma parte geral, que trata de matéria válida para todos os crimes, só depois vindo o catálogo de comportamentos proibidos, que no *Código* inicia-se no Título V.

Na parte geral do *Código* (1823, p. 06), sobre as penas, Mello Freire anunciou que “o castigo necessário, que a lei faz sofrer ao criminoso, tem por fim não só a reparação do dano já feito, mas obstar e impedir que ele continue a fazer o mal, e que os outros o façam com o exemplo de sua impunidade”. Não podemos deixar de perceber nessa teoria da pena o utilitarismo advindo de Beccaria, para quem elege a prevenção do crime como a principal meta do direito penal “sob o argumento de que não é sua severidade que desvia os homens da prática dos crimes, mas a certeza da punição” (DAL RI JUNIOR; CASTRO, 2008, p. 279).

Ainda sobre as penas, o *Código* (1823, p. 06-10) de Mello Freire apresentava substancialmente o mesmo sistema punitivo das Ordenações, apenas atenuando

seu rigor. Por exemplo, julgava útil e necessária a pena de morte natural, mas proibida os castigos e penas cruéis em todos os delitos e crimes, por mais graves que sejam. Ao mesmo tempo em que as penas corporais como corte de membro e a marca de ferro em brasa eram proibidas, os açoites, a infâmia, o baraço e o pregão eram admitidos.

Tratando-se da teoria dos crimes, Mello Freire buscava alargar o princípio da legalidade: “o que por sua vontade obrar qualquer ação que a lei proíbe, ou deixa geralmente de fazer o que ela manda, comete delito” (Ibid., p. 01). Com efeito, também dispõe que “o cidadão pode livre e impunemente fazer todas aquelas ações que não forem opostas e contrárias às leis” (Ibid., 02). Não podemos deixar de nos manifestar quanto à influência de Willian Blackstone sobre a teoria do crime de Mello Freire. Neste caso, a colaboração do jurista inglês foi feita referência nas *Instituições* (MELLO FREIRE, 1794, p. 56). No entanto, entendemos que este princípio da reserva legal passou a ser a tendência da época, logo, presente expressamente em quase todos os Códigos, Cartas e Declarações do século XVIII e XIX. Por isso, foi, até mesmo, redundante a adoção desta regra no *Código de Mele Freire*.

Ainda com relação ao delito, o elemento subjetivo é objeto do §1º do Título I: “Sem dolo e malícia, ou culpa não se pode considerar delito para efeito da pena”. E mais: “a simples cogitação, mera vontade ou desejo de delinquir, não é delito que sirva de objeto às leis humanas, mas somente o fato e ação, ou a omissão dele dolosa ou culpada” (MELLO FREIRE, 1823, p. 01).

No que tange ao catálogo de delitos, resolvemos utilizar a mesma listagem de Thompson (1976, p. 128-129), a fim de dar uma breve ideia do conteúdo principal de cada Título:

Títulos: V e VI – crimes religiosos; VII – perjúrio; VIII – pune os mágicos, feiticeiros, sortilégos, malélicos, benzilhões e outros embusteiros; IX – sacrilégio; X – usura; XI – adultério, bigamia, simulação de casamento; XII – cuida dos ‘crimes morais e familiares, como ofensivos do decoro, do sossego público, e das famílias’, entre outros: concubinato, incesto, estupro, sedução, lenocídio, ebriedade notória, etc. (o Título tem trinta e dois parágrafos); XIII – alta traição: traição, rebelião, conjuração, sedição; XIV – lesa-majestade; XV – moeda falsa; XVI – considera delito autônomo o ajuntamento de pessoas com o fim de perturbar a ordem pública – que se consuma independentemente da efetiva prática de outra infração; XVII –

assuada, ou seja, o ajuntamento de pessoas com o fim de 'fazer mal a outrem, ou vingar injúria ou recobrar coisa própria'; XVIII – resistência; XIX – dar fuga a preso; XXI – falsa autoridade, concussão, exploração de falso prestígio, constrangimento ilegal, abuso de autoridade e excesso de exação no cumprimento do dever; XXIII – porte de armas; XXIV e XXV – vadiagem; XXVI – jogos proibidos e infrações contravencionais; XXVII – considera crime 'o excesso e abuso que cada um faz das suas riquezas, sem utilidade real sua, dos seus semelhantes e do público'; XXVIII – contrabando; XXIX – delito de monopólio; XXX – homicídio doloso e culposo; XXXI – homicídio qualificado; XXXII – castiga os incendiários; XXXIII – duelo; XXXIV – lesões corporais; XXXV – injúria; XXXVI – furto, apropriação indébita, peculato – apropriação – considerada a receptação como coautoria; XXXVII – dano e arranhamento ou colocação ilegal; XXXVIII – crimes de falso; XXXIX – espécies de posse sexual mediante fraude; XL – estelionato; XLI – falência; XLIII – favorecimento; XLIV – prevaricação ('Os crimes próprios dos juizes e oficiais de justiça e outras pessoas, que tem officios e cargos públicos, cometidos contra sua particular obrigação e nos mesmos cargos e officios, que administram, bem debaixo do nome geral de prevaricação') e denunciação caluniosa.

É fato que, nem sempre os projetos de código demonstram as reais convicções e o grau de desenvolvimento de seus autores (Ibid., p. 129), o que com certeza aconteceu com Mello Freire. Se compararmos seu *Código* com as *Instituições*, veremos que o primeiro foi redigido mantendo o sentimento médio da sociedade a que se destina, ao contrário do segundo, que foi elaborado sem receio de dizer ousada e confiadamente o que se sentia, como o próprio Mello Freire afirmou (1794, p. 81).

Enfim, o que cumpre a nós dizer é que mais do que tentarmos identificar elementos retrógrados em sua obra, devemos observar seu progresso. A vingança privada é definitivamente suprimida, condena as penas cruéis, bem como a transmissibilidade do castigo, e principalmente, dada a linha racionalista de Mello Freire, faz o inventário de crimes e penas, precedendo-os de princípios gerais. Essas são algumas das principais características do direito moderno, isto é, publicização do *ius puniendi*, humanização das penas e codificação do direito.

## 2 UM ESTADO, UM CÓDIGO

### 2.1 CONJUNTURA POLÍTICA

Separados nós da monarquia que pertencíamos, nos ficou, com os costumes e com a linguagem, a mesma legislação [...] sumamente diminutas e defeituosas, cheias de crassos erros, pela ignorância, dos princípios de direito público universal e eclesiástico, que naquele tempo prevalecia.<sup>37</sup>

No dia 05 de maio de 1823, em sessão na Assembleia Geral Constituinte, o deputado Pereira da Cunha externa ao parlamento do nascente Império do Brasil a urgência na criação de “códigos sistemáticos” que regulassem a vida social, em especial um Código Civil e Criminal, rompendo com a tradição prevalecente em “tempos menos esclarecidos”. O discurso de Pereira da Cunha representou o espírito de seu tempo, traduzido por Andréa Slemian (2011, p. 227) como mudança de regime de historicidade que, no campo do direito, “expressaria a mudança de paradigma” por meio da codificação. As novas leis assumiram desde então seu lugar como fonte do direito a ser cumprido pelos juízes, que foram desde os monarcas absolutos reduzidos, a guardiões da vontade soberana (primeiro, da vontade dos próprios reis e, depois, da vontade dos legisladores).

Essas transformações do direito não podem ser abordadas esquecendo-se o despertar e a consolidação do regime liberal ocorrido na década de 1820. Isso porque, o grau de inovação do primeiro liberalismo no Brasil em matéria penal tem ampla relação com o contexto político do processo de Independência e de legitimação do estado-nacional liberal, nos conduzindo às questões como o que se pune, como se pune e para que se puna.<sup>38</sup>

Sobre o processo de Independência no Brasil, sabemos que este foi gradual – não havia terminado na década de 1820 e muito menos começado. Desde séculos passados, os colonos vinham se rebelando contra o funcionamento de algumas

---

<sup>37</sup> Discurso feito pelo Deputado Luiz Antônio Pereira da Cunha na sessão de 5 de maio de 1823. AAGC (1823).

<sup>38</sup> SUBTIL, 1991, p. 78.

instituições e medidas da Coroa, lesivas aos seus interesses. Entretanto, somente no último quartel dos Setecentos, novas ideias chegaram ao Brasil, passando a fundamentar uma série de sedições contra a ordem portuguesa.

Os ecos das Revoluções Burguesas começaram a se fazer sentir no mundo colonial, seja por via marítima, devido à forte atividade comercial desenvolvida neste período, ou pelos frequentadores de diversos espaços que se converteram em locais de divulgação das ideias ilustradas. “Libertinos” passaram a difundir a cultura ilustrada na sociedade luso-brasileira, não faltando casos de manifestações críticas aos valores e práticas do Antigo Regime.<sup>39</sup>

Após as notícias da execução do rei Luís XVI da França, o temor com relação à expansão das ideias revolucionárias mobilizaram profundamente as autoridades portuguesas. O reestabelecimento da censura pelo Santo Ofício da Inquisição, o controle da alfândega visando impedir a entrada de livros proibidos, o apresamento de navios franceses, foram algumas das medidas tomadas em Portugal, extensivas aos seus domínios.

No entanto, apesar das tentativas de manipulação dos “inauditos e horrorosos princípios e sentimentos políticos, filosóficos, ideológicos e jurídicos” trazidos pela “extraordinária e temível revolução literária e doutrinal”, o influxo das novas ideias foi bastante significativo no Brasil.<sup>40</sup> A força e penetração das notícias veiculadas oralmente do exterior mantiveram os brasileiros em constante contato com a Europa em mutação. Além disso, nas monarquias da Europa viveram ou estudaram alguns filhos de colonos, facilitando a familiaridade com as ideias do Iluminismo francês. Assim, a crítica às formas absolutistas de governo passou a fornecer os argumentos teóricos de que necessitavam os colonos para justificar suas sedições.

Além da crítica ao governo absoluto, a valorização da liberdade em todas as suas manifestações também foi constantemente pregada junto das novas ideias, em especial na sociedade luso-brasileira. O caráter restrito do Pacto Colonial, montado para atender os interesses metropolitanos, impedia os domínios tropicais de

---

<sup>39</sup> Na sociedade luso-brasileira do final do século XVIII, além do sentido de irreligiosidade e de imoralidade, o vocábulo libertino era usado para se referir àquele que advogava e divulgava os princípios revolucionários dos franceses, aquele que ameaçava o trono e o altar. Sobre a ilustração luso-brasileira e o comportamento libertino ver BARATA, 2002, p. 33-45.

<sup>40</sup> Frase retirada do Decreto de 17 de dezembro de 1794, citado por SILVA (1828, p. 194).

comerciar livremente, obrigando-os a exportar seus produtos através da metrópole, de onde importavam as manufaturas de fabricação proibidas na colônia.

Essa política passou a desagradar profundamente os colonos, principalmente ao longo do século XVIII, quando a Inglaterra, na posição de hegemonia, pôde levar ao limite a exploração do mercado ultramarino, e a metrópole foi sendo incapaz de promover o desenvolvimento e a expansão de sua colônia. Assim, a condição dos produtos coloniais foi ficando, significativamente, desvantajosa na concorrência por novos mercados (NOVAIS, 1989).

De fato, como crítica ao sistema colonial, o pensamento ilustrado foi se configurando no Brasil. A relação metrópole-colônia foi sendo condenada e sua sentença executada a partir dos eventos iniciados em 1808, com a instalação da Corte portuguesa no Brasil.

Já no fim de 1807, Dom João, vendo no interior de seu Reino marchar tropas francesas que se dirigiam particularmente contra a sua pessoa, e tendo em vista “as funestas consequências que se podem seguir de uma defesa”, anuncia a transferência da Família Real para a cidade do Rio de Janeiro, até o reestabelecimento da paz geral.<sup>41</sup> Apesar de o anúncio Real deixar explícito o caráter provisório da Corte no Brasil, desde o início, as medidas tomadas pelo governo para instalar-se no ponto mais estratégico da colônia, não deixam dúvidas quanto à intenção de permanência definitiva nos Estados da América (LYRA, 1994, p. 131).

Neste contexto, a cidade do Rio de Janeiro testemunhou o espetáculo dos milhares de pessoas atravessando o oceano com tantos pertences e alfaias, e com todo o aparelho do Estado. Uma imensidão de estrangeiros dos ramos mais diversos de ocupação incumbiu-se de um “novo descobrimento do Brasil” (HOLANDA, 1970, p. 13). Dinamarqueses, escoceses, suecos, norte-americanos, irlandeses, italianos, franceses, suíços iniciaram um processo de restituição das promessas que o Brasil exibira aos seus primeiros visitantes europeus no século XVI. Para a Holanda, esse

---

<sup>41</sup> Decreto de 26 de novembro de 1807, pelo Príncipe Regente D. João. FREITAS, Joaquim José Pereira de. *Biblioteca Histórica, Política e Diplomática da Nação Portuguesa*. Tomo I. Londres: Casa de Sisenance e Strecht, 1830, p. 33-34.

novo descobrimento do Brasil pelos estrangeiros, a partir dos acontecimentos de 1808, foi um dos fatores de aceleração do processo de emancipação política.

Quando a Corte se estabeleceu no Rio de Janeiro, transformou a cidade carioca na capital cosmopolita do Império Português. Diversos melhoramentos urbanos e de transporte foram realizados, desaparecendo aquela cidade aldeia, sede de um Vice-Reino, e emergindo uma das mais importantes cidades do mundo. A administração da justiça passou a se centrar no Rio de Janeiro com o estabelecimento da Mesa do Desembargo do Paço, a da Consciência e Ordens e a Casa da Suplicação.

O primeiro expediente liberal foi a promulgação da Carta Régia, abrindo os portos às nações amigas, marcando o fim do exclusivismo comercial, princípio básico do Pacto Colonial. Com receio de perda das bases do poder do sistema político português para o monopólio comercial trazido pelo capitalismo industrial, permitiu-se o desenvolvimento de uma produção industrial brasileira, com a libertação das fábricas. Além dessas medidas econômicas liberais, tantas outras foram tomadas, numa tentativa de desenvolver o mercado interno.<sup>42</sup>

Essa política de fazer prosperar os domínios na América culminou com a Carta de Lei de 16 de dezembro de 1815, que elevou o Estado do Brasil à categoria de Reino e sua união aos Reinos de Portugal e dos Algarves. Os resquícios do sistema colonial foram aos poucos varridos pelas diversas Cartas Régias, Decretos e Alvarás.

---

<sup>42</sup> Diversas foram as medidas de caráter liberal do governo joanino no Brasil de janeiro de 1808 a março de 1821. As principais são: a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 que *abre os portos do Brasil ao commercio directo estrangeiro com excepção dos generos estancados*; o Alvará de 1º de abril de 1808 que *permite o livre estabelecimento de fábricas e manufacturas no Estado do Brazil*; o Alvará de 23 de agosto de 1808 que *crêa Tribunal da Real Junta do Commercio, Agricultura, Fabricas e Navegação*; o Alvará de 12 de outubro de 1808 que *crêa um Banco Nacional nesta Capital*; o Alvará de 25 de novembro de 1808 que *permite a concessão de sesmarias aos estrangeiros residentes no Brazil*; o Alvará de 28 de abril de 1809 que *isenta de direitos às matérias primas do uso das fábricas e concede outros favores aos fabricantes e da navegação Nacional*; o Alvará de 27 de março de 1810 que *permite que se possam vender pelas ruas e casas todas as mercadorias de que se tenham pagado os competentes direitos*; o Alvará de 6 de outubro de 1810 *sobre isenção de direitos de entrada e saída dos tecidos que se fabricarem neste Estado do Brazil*; o Alvará de 28 de setembro de 1811 que *revoga o Alvará de 6 de Dezembro de 1755, sendo livre a todos o comerciar em quaisquer gêneros não vedados*; o Decreto de 18 de junho de 1814 *permite a entrada dos navios de quaisquer nações nos portos dos Estados Portugueses e a saída dos nacionais para portos estrangeiros*; o Alvará de 11 de agosto de 1815 que *declarou livre aos Ourives o trabalharem e negociarem com obras de ouro e prata*; e o Decreto de 2 de março de 1821 *sobre a liberdade da imprensa*. As ementas das medidas estão disponíveis em <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em nov. de 2013.

O caminho havia sido traçado pelo fim do Pacto Colonial e pelos novos princípios liberais presentes nas medidas do governo. No entanto, a remoção dos velhos entraves, necessários para evitar possíveis radicalizações no processo de mudança, não alterou a estrutura do poder e da ordem social, traço marcante do reformismo ilustrado. “O livre comércio, princípio liberal básico e definidor da modernidade, constituía o limite do avanço alcançado” (LYRA, 1994, p. 133). Qualquer outra reivindicação perturbadora da ordem deveria ser evitada a qualquer custo.

Por exemplo, com a elevação do Brasil à categoria de Reino, a antiga colônia passou a constituir-se administrativamente de províncias, organizando-se em condições iguais a Portugal. No entanto, tal medida não alterou a prática administrativa, que continuou a ser exercida por governos militares (capitão-geral) e seguidora de uma política fortemente centralizadora, que prejudicava os cofres provinciais, sem qualquer benefício aparente, a não ser o livre comércio outorgado em 1808.

Fora os excessos do fisco, a insatisfação dos brasileiros também era provocada pela ineficiência da burocracia, em especial a judicial, e pela preferência que as sociedades provinciais eram obrigadas a dar aos portugueses no preenchimento dos cargos públicos. Assim, o caráter de exploração colonial permanecia inalterado no campo geral da administração centralizadora, concessora “de uma área privilegiada para onde convergiam as vantagens e os benefícios políticos e econômicos” (Ibid., p. 165).

Além dos sentimentos de desagrado no Brasil, as medidas de implantação de um novo império lusitano na colônia, agora sede do governo, prejudicaram profundamente os interesses metropolitanos. Isso porque, até 1808, o comércio internacional português era realizado quase que exclusivamente com o Brasil e, apesar do crescente contrabando, Portugal mantinha uma situação privilegiada em virtude do monopólio comercial vigente. Entretanto, todo o esquema de lucro desmorona com a Carta Régia de 1808 que abriu os portos e, em especial, com o Tratado de Comércio e Navegação de 1810, assinado com a Inglaterra.

Mesmo com as medidas tomadas por Dom João, na tentativa de garantir aos produtores e comerciantes portugueses a manutenção de diversos monopólios e

privilégios<sup>43</sup>, Portugal não teve forças para reagir perante a concorrência, dado seu atraso industrial, e se afunda em uma crise econômica. A estrutura da propriedade agrária e senhorial, a baixa produtividade e inovação técnica, a diminuição da procura dos camponeses por produtos não alimentares e a fragmentação do mercado nacional, são alguns fatores que justificam o atraso industrial português, além da influência exercida pela Inglaterra sobre todos os níveis de vida portuguesa da época (RUIZ, 1980, 779-780).

Assim, o poderio industrial e comercial da concorrente Inglaterra não tinha como não se fazer sentir em condições excepcionalmente favoráveis perante Portugal. Logo, quando do Tratado de Comércio e Navegação de 1810, que estabelecia uma taxa de importação para os produtos ingleses de 15% e a manutenção da taxa de 16% para os produtos portugueses e 24% para os produtos de outras nações, a Inglaterra ganhou, de vez, na concorrência de mercado.

Esse fato provocou um clamor geral de desaprovação, que pode ser testemunhado pelo folhetinista português José Antônio de Miranda, que fixou o quadro deplorável do comércio português:

O comércio seguiu a mesma sorte da agricultura. Ele tocou quase a meta de um perfeito aniquilamento, de forma que os capitalistas, uns tem quebrado, e outros tem guardado os seus capitais, deixando apodrecer antes nos portos os navios, que exporem-se a maiores, e indispensáveis riscos, e perdas. Pela abertura dos portos da América a todas as nações do mundo, Lisboa deixou de ser o empório das mercadorias do Brasil, e por isso os estrangeiros abandonaram o porto de Lisboa, e seguiram o novo rumo da América. O sistema, ou Tratado de Comércio de 1810, com a Inglaterra, foi todo a favor daquela especuladora nação.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Por exemplo, na Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 ficou estabelecido que os gêneros molhados (vinho, aguardente e azeite doce) pagariam o dobro da tarifa de importação a que já estavam sujeitos e os gêneros secos pagariam 24% de tarifa de importação. Poucos meses depois, Dom João expediu um Decreto (11 de junho de 1808) estabelecendo tarifas preferenciais de importação para as mercadorias portuguesas: 16% sobre os gêneros secos e 1/3 a menos da tarifa a que já estavam sujeitos os gêneros molhados. Outras medidas que privilegiaram o comércio português foram os alvarás de 25 de abril de 1818 e 30 de maio de 1820 que criaram condições favoráveis ao vinho, ao sal, aos peixes, aos tecidos e linhas portuguesas, estipulando tarifas de importação diferenciadas. A lista de diversas outras medidas que privilegiaram os comerciantes e produtores portugueses pode ser encontrada em FIGUEIREDO, 2013, p. 5-6.

<sup>44</sup> Memória Constitucional e Política sobre o Estado Presente de Portugal, e do Brasil; Dirigida a El-Rey Nosso Senhor e oferecida A Sua Alteza o Príncipe Real do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, e Regente do Brasil, por José Antônio de Miranda; Fidalgo Cavalleiro da Casa de Sua

Exaltados os ânimos dos metropolitanos que, mergulhados na estagnação, sentiam-se transformados na colônia da ex-colônia, sem governo que velasse pelo seu progresso, passaram a exigir a volta do rei, o restabelecimento do Pacto Colonial e a centralização da administração do Império em Lisboa. Tais exigências eram estabelecidas de igual forma pelos diversos grupos sociais portugueses, só passando a divergir no que diz respeito à restauração da monarquia.

Alguns setores da nobreza advogavam pela restauração da ordem perdida desde 1698, quando interrompida as Cortes tradicionais baseadas na representação do Clero, Nobreza e Povo. Por sua vez, os grupos que se consideravam liberais acreditavam que somente a reunião dos deputados eleitos poderia restaurar uma monarquia que tachavam de denegada pelo despotismo. Este credo liberal, cristalizado nas aspirações constitucionalistas, cativou muitos brasileiros, como um “abraço ideológico que homogeneizaria todo o império” (FAORO, 1973, p. 08).

Durante a década de 1820, multiplicam os jornais, panfletos e folhetos, num intenso debate que marcou o período de transição do absolutismo para o sistema liberal. Após a eclosão da Revolução em Porto, no dia 04 de agosto de 1820, patrocinada pela burguesia comercial e fortemente influenciada pela Revolução espanhola, as novas ideias liberais adquiriram um ineditismo nos dois lados do Atlântico, alcançando amplos setores das sociedades luso-brasileira e portuguesa.

A multiplicação de periódicos no Brasil se deu, mais expressivamente entre os anos de 1821 e 1822, período que testemunha a preocupação da elite intelectual em formar uma nova cultura política da Independência.<sup>45</sup> No intenso debate ocorrido no Brasil, é possível identificar uma cultura política marcada, inicialmente, pelo constitucionalismo, e tendo como crítica os partidários do Antigo Regime (corcundas), sem, contudo, questionar a integridade da União. Posteriormente, diante das contradições no interior da frente constitucional, o embuste do liberalismo português, de interesse recolonizador, é desmascarado, e a cena foi ocupada por um liberalismo brasileiro, de caráter emancipacionista.

---

Majestade, e Ouvidor eleito do Rio Grande do Sul, p. 24-25. FAORO, Raymundo. *O debate político no processo da independência*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura, 1973.

<sup>45</sup> Sobre os impressos políticos na época da Independência, ver NEVES, 1999. E, sobre a cultura política da época da independência, ver NEVES, 2003.

Essa conversão do constitucionalismo em separatismo na cultura política foi se configurando na arena das Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, instaladas em janeiro de 1821. Ainda nos primeiros meses, não era discrepante a incongruência do liberalismo português e brasileiro. A Assembleia, reunida em Lisboa, tinha como foco principal a promulgação de uma Constituição nos moldes da espanhola, subordinando o Poder Executivo ao Poder Legislativo. Tais acontecimentos repercutiram nas províncias do Brasil, onde se multiplicaram as adesões às Cortes<sup>46</sup>. Os luso-brasileiros acreditavam que a instituição de um governo constitucional lhes daria a oportunidade de representar seus interesses no Soberano Congresso, corroborando com as medidas liberais conquistadas a partir da abertura dos portos.

Em fevereiro de 1821, diversas pessoas, entre elas comerciantes, militares e funcionários portugueses, se juntaram aos liberais brasileiros em uma manifestação no Rio de Janeiro e exigiram de Dom João o cumprimento das decisões das Cortes, em especial da Constituição que elas viessem a votar. Diante dessa realidade constrangedora, ou Dom João aprovava a revolução, jurando obediência e fidelidade às Cortes, tornando-se a figura secundária no mecanismo político, ou a ela se opunha, correndo o risco de ser deposto e das Cortes tornassem republicanas. Sentindo a profundidade do golpe, Dom João faz o juramento, reconhecendo o fim do regime absolutista e decretando que todas as Câmaras do país também façam o juramento de obediência e fidelidade.

Vale registrar que, enquanto esses acontecimentos se sucediam no Rio de Janeiro e nas capitais das províncias, a maioria dos habitantes do Brasil, composta por escravos e agregados das fazendas, permanecia alheia ao que se passava. Deste modo, no interior do vasto país, imersa na ignorância, as populações rurais seguiam as lideranças locais de cuja clientela fazia parte. “O que parecia valer era a atitude do chefe local e não as ideias políticas, em geral pouco conhecidas ou mal assimiladas” (COSTA, 1999, p. 44).

Nas Cortes de Lisboa o entusiasmo pelas ideias de progresso e pela filosofia humanistas logo fez incluir nas preocupações de adequação das leis criminais aos

---

<sup>46</sup> A primeira província brasileira a aderir à Revolução e ao Pacto Constitucional foi a do Grão-Pará em 1º de janeiro de 1821. Em seguida, a Bahia e as outras províncias foram aderiram ao movimento revolucionário (SILVA NETO, 2003, p. 39).

sólidos princípios das Luzes. Apesar da edição de algumas leis suavizadoras do rigor punitivo do temível Livro V das Ordenações Filipinas, nenhuma grande novidade restou no campo jurídico-criminal. Nem mesmo durante a permanência da Corte portuguesa em solo americano algo foi mudado no que concerne ao direito criminal. Apesar das medidas político-econômicas tomadas pelo governo serem mostras de sua intenção em fundar um poderoso império no Brasil, como já abordado em parágrafos anteriores, a negligência no que diz respeito à atividade legislativa também revela que o absolutismo monárquico não tinha nada para renovar. Nenhum monumento legislativo se fez, nem código se projetou, para marcar a permanência da dinastia bragantina no Brasil.

É importante frisarmos que, mesmo com a revolução de 1820, não se quis romper, em princípio, com o sistema político-jurídico vigente. De fato, a obra legislativa das Cortes Gerais nem sempre caminhou nas coordenadas políticas da Revolução, consagrando, ao mesmo tempo, postulados liberais e medidas anômalas. Essa característica pode ser observada claramente na proclamação da Junta Provisional do Governo Supremo do Reino de 24 de agosto de 1820 (apud BARREIROS, 1988, p. 588), onde se escreveu:

A mudança que fazemos não ataca as partes estáveis da monarquia. A religião santa de nossos pais ganhará mais brilhante esplendor e a melhoria dos costumes, fruto também de uma iluminada instrução pública, até hoje por desgraça abandonada, fará a nossa felicidade e a das idades futuras. As leis do Reino, observadas religiosamente, segurarão a propriedade individual e a Nação sustentará a cada um no pacífico gozo de seus direitos porque ela não quer destruir, quer conservar. As mesmas ordens, os mesmos lugares, os mesmos ofícios, o sacerdócio, a magistratura, todos serão respeitados no livre exercício da autoridade que se acham depositados em suas mãos. Ninguém será incomodado por suas opiniões ou conduta passada [...].

Quando as Cortes Gerais iniciaram seus trabalhos, assimilaram algumas ideias jurídicas já introduzidas por Mello Freire na última fase da época mariana, no século XVIII, que somente viriam a ter plena expressão no século seguinte, quando o espírito liberal acabou vencendo. Começaram, assim, reafirmando a necessidade de modificação, não só da legislação criminal, mas de um sistema judicial que estava em crise.

De acordo com Subtil (1991, p. 94), a crise do sistema judicial na última fase da monarquia absoluta se traduzia essencialmente na morosidade na resolução dos processos, não aplicação da justiça, insuficiência do número de tribunais, juizes e outros funcionários, inexistência de códigos racionais e emperramento da máquina judicial.

No que tange às primeiras tentativas de reformar o sistema crítico, observamos a abolição do *Tribunal do Santo Ofício da Inquisição*, logo em março de 1821, e a extinção dos privilégios das aposentadorias, com as Leis de 14 e 25 de maio do mesmo ano, que marcaram uma forte reação contra os abusos que vinham sendo cometidos pelos profissionais mais visados pelos reformadores liberais: os magistrados (BARREIROS, 1988, p. 589).

Relativamente à matéria penal, seis dias após a solene instalação do Congresso Constituinte, uma decisão indiscutível da rejeição da crueldade das penas corporais marcou o perfil das reformas que se pretendiam implementar no âmbito criminal.

Atendendo a que as penas estabelecidas nas Ordenações do Reino e nas leis posteriores são desproporcionais e injustas e inaplicáveis no nosso século e que não pode prevalecer até a publicação do Código Criminal, decretam provisoriamente [...] a confiscação de bens; a transmissão da infâmia; os açoutes com baraço e pregão ou sem ele; o marcar com ferro quente, mesmo nos ombros; o uso da tortura fica totalmente abolido.<sup>47</sup>

Podemos registrar ainda, os projetos apresentados em 04 de fevereiro, relativos à extinção do Juízo da Inconfidência, à limitação das atribuições da Polícia, à extinção da Inquisição, às cadeias e à regulamentação do ato e forma de fazer prisões, pelo deputado Margiochi. Foram também apresentados projetos referentes à formação de um Código Criminal (rejeitado em 09 de janeiro de 1821), ao indulto de todos os presos das cadeias do Reino e desertores de simples deserção, à formação da Guarda Nacional e à pena de degredo, que foi substituída pela de trabalhos públicos.<sup>48</sup>

No mês seguinte, o sucesso dos liberais fez aprovar as *Bases da Constituição da Nação Portuguesa*, onde se definia princípios importantes como a soberania da

---

<sup>47</sup> Sessão de 1 de fevereiro de 1821 das Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa. In: Subtil, 199, p. 84.

<sup>48</sup> BARREIROS, 1988, p. 588.

nação (artigo 20) e a separação dos poderes (artigo 23). No entanto, pouco se estabeleceu de novo quanto à organização judiciária e aos problemas de índole geral, dispondo sobre algumas regras jurídicas de pouco valor operante. Tais regras diziam respeito à inadmissibilidade da culpa formada (artigo 4º, 5º e 6º), delitos de abuso de liberdade de imprensa (artigos 8º e 9º), igualdade de todos perante a lei e conseqüente extinção dos privilégios de foro (artigo 11), necessidade da lei penal, proporcionalidade e personalidade das penas, abolição dos castigos cruéis e infamantes (artigo 12) e direito de queixa (artigo 14).<sup>49</sup>

Vale ressaltar aqui que, a abolição das penas corporais e bárbaras pelas Cortes Gerais em fevereiro, agora ratificada nas *Bases da Constituição*, tem a ver com o caráter filantrópico do século das Luzes e com a legitimidade da própria autoridade do Estado, pois a inaplicabilidade das sentenças, devido às suas desproporções, acionava regularmente o direito de perdoar do Rei. Assim, os objetivos dos liberais era tornar as penas mais moderadas, passíveis de aplicação imediata, restringindo ao máximo, ou fazendo cessar o direito de agraciar do Rei (SUBTIL, 1991, p. 84).

Outros princípios importantes estabelecidos nas *Bases da Constituição* que combinaram a nova filosofia penal com a censura ao Antigo Regime são a igualdade de todos perante a lei e a inadmissibilidade da culpa formada. Os liberais vintistas contrariaram o estatuto das Ordenações que diferenciava os estratos sociais em relação à lei e prescreveram exigências legais para a formação de culpa.

De fato, as *Bases da Constituição* apenas previu o que estava por se estabelecer de concreto no campo jurídico. Com efeito, em julho de 1821, o primeiro documento jurídico sistemático em que definiu a nova filosofia político-criminal foi instituído: a *Lei da Liberdade da Imprensa*.

Esse novo estatuto, que continha comandos normativos diretamente respeitantes à matéria sobre a qual se legislava, lançou, no Título IV (“Da ordem do processo nos juízos sobre os abusos da liberdade da imprensa”), as bases do Ministério Público e sistematizou o processo penal num arranjo de fases que se distinguia em corpo de delito, sumário, pronúncia e termos subsequentes até o julgamento. Certamente

---

<sup>49</sup> Decreto das Bases da Constituição. Encontrado na *Colleção dos decretos, resoluções e ordens das cortes gerais, extraordinárias e constituintes da nação portuguesa, desde a sua instalação em 26 de janeiro de 1821*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1822, p. 18.

acabou por traduzir um autêntico Código de Processo Criminal (BARREIROS, 1988, p. 589).<sup>50</sup>

A *Lei da Liberdade da Imprensa* estabeleceu ainda a lógica da graduação das penas e dos delitos, aceitando, para o efeito, circunstâncias agravantes e atenuantes pelos quais o juiz deveria pautar as apreciações, dispondo de margem para a aplicação da lei.

Art. 9. Todos os delitos compreendidos no artigo antecedente serão qualificados em primeiro, segundo, terceiro ou quarto grau, em atenção às diversas circunstâncias, que podem aumentar ou diminuir sua gravidade.<sup>51</sup>

O documento jurídico também foi o primeiro a instituir o sistema de júri (ou “juízes de fato”). Esta forma de jurisdição popular também foi contemplada graças à combinação de postulados ideológicos do liberalismo e da própria concepção política da soberania popular como fundamento do poder. Assim, para os casos de abuso da liberdade de imprensa, o conhecimento e qualificação dos delitos passaram a pertencer aos “Concelhos de Juízes de Fato”.

Art. 24. Para exercerem o cargo de juízes de fato serão eleitos quarenta e oito homens bons, que sejam cidadãos em exercício de seus direitos, de idade de vinte e cinco anos pelo menos, residentes no Distrito, e dotados de conhecida probidade, inteligência e boa fama [...].<sup>52</sup>

No fim do primeiro ano de trabalho das Cortes Gerais, em novembro de 1821, o grande jurisconsulto Jeremy Bentham<sup>53</sup> ofertou à Assembleia três projetos de Código, um Civil, outro Penal e outro Constitucional, todos acomodados às circunstâncias de Portugal. Tais ofertas, o Congresso aceitou com o mais vivo reconhecimento, “para que as bem conhecidas luzes e experiência de tão famoso jurisconsulto e ilustre amigo da humanidade venham coadjuvar a nobre empresa em

---

<sup>50</sup> Lei da Liberdade da Imprensa. Encontrado na *Collecção dos decretos, resoluções e ordens das cortes gerais, extraordinárias e constituintes da nação portuguesa, desde a sua instalação em 26 de janeiro de 1821*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1822, p. 125-128.

<sup>51</sup> Ibid., p. 123.

<sup>52</sup> Ibid., p. 124.

<sup>53</sup> Jeremy Bentham foi um renomado jurisconsulto inglês, que colaborou para o desenvolvimento filosófico do direito no século XIX, em especial para o desenvolvimento da ciência penal.

que se acham empenhadas.” Assim, determinaram a tradução dos projetos e a publicação dos mesmos nos Diários do Governo e das Cortes.<sup>54</sup>

Em carta que acompanhou os códigos, Bentham fez questão de deixar explícito que tais propostas foram dirigidas “a todas as nações que professam opiniões liberais”, numa clara expressão de desejo de vestir os novos corpos políticos com os mais atualizados arranjos condutivos à “maior felicidade do maior número dos indivíduos”.<sup>55</sup> Apesar de termos notícia de que o Projeto de Código Criminal foi recusado<sup>56</sup>, sabemos que os liberais das Cortes de Lisboa tinham um rigoroso conhecimento das obras de Bentham, cujos exemplares foram oferecidos pelo próprio publicista europeu ao Soberano Congresso.<sup>57</sup>

Ainda em 1821, as Cortes Gerais deram mostras da necessidade de se iniciar um processo de mudança do emaranhado legislativo, buscando, na racionalidade, a codificação do direito criminal. Para o efetivo cumprimento da lei, era necessário reformular o ato processual, o aparelho judicial e as competências dos corpos de Polícia e do Poder Judiciário. Assim, através da *Portaria de 26 de dezembro de 1821*, as Cortes nomearam uma comissão encarregada de preparar um *Código de Delitos e Penas* que, pela terminologia, se vê manifesta a influência de Cesare Beccaria.<sup>58</sup> No entanto, pouco há de se registrar do trabalho codificador da referida comissão até a Independência do Brasil.<sup>59</sup>

De fato, tímidas mutações no direito criminal brasileiro só vieram a ocorrer com o retorno de Dom João a Portugal, não deixando o Brasil desassistido. Permaneceu seu filho Pedro como regente com todos os poderes para a administração da justiça,

---

<sup>54</sup> *Coleção dos decretos, resoluções e ordens das cortes gerais, extraordinárias e constituintes da nação portuguesa, desde a sua instalação em 26 de janeiro de 1821*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1822, p. 312.

<sup>55</sup> Sessão das Cortes Gerais 378ª de 25 de maio de 1822. *Diário do Governo de maio de 1822*. N.º 123. Lisboa: Imprensa Nacional, 1822. p. 876.

<sup>56</sup> Notícia em Eduardo Correia apud BARREIROS, 1988, p. 589.

<sup>57</sup> Podemos conferir sobre a oferta de vários exemplares das obras de Bentham ao Congresso de Lisboa, inclusive uma que aborda sobre o Código Penal Espanhol, que foram recebidas e encaminhadas às competentes comissões, na Sessão das Cortes Gerais 341ª de 10 de abril de 1822. *Diário do Governo de abril de 1822*. N.º 84. Lisboa: Imprensa Nacional, 1822. p. 578.

<sup>58</sup> Ver BARREIROS, 1988, p. 589.

<sup>59</sup> Dessa comissão, resultou um projeto de *Código de Delitos e Penas e da Ordem do Processo Criminal* de autoria de José Maria Forjaz de Sampaio. THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 136.

fazenda e governo econômico. Naturalmente, como já vimos, a nova ordem instituída pelo vintismo redefiniu questões como o que se pune, como se pune e para que se puna. Assim, Dom Pedro, na qualidade de Príncipe Regente, guiado pelo espírito de seu tempo, prenunciou os primeiros avanços em matéria criminal na América Portuguesa, por meio do *Decreto de 23 de maio de 1821*. Esta Carta de Direitos criada especificamente para os habitantes livres do Brasil consagrou diversas garantias da liberdade individual, como a proibição da prisão, salvo em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente, e o dever de fundamentação das decisões judiciais, a fim de se formar a culpa antes de expedir a ordem de prisão.

[...] por este Decreto ordeno, que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz, ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente. Ordeno em segundo lugar, que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição sumaria de três testemunhas, duas das quais jurem contestes assim o fato, que em Lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que o obrigues a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente (DECRETO DE 23 DE MAIO DE 1821).

No mesmo decreto, Dom Pedro consagrou o direito à razoável duração do processo criminal, à confrontação dos réus com as testemunhas que o culparam (contraditório) e à justa e ampla defesa.

Determino em terceiro lugar que, quando se acharem presos os que assim forem indicados criminosos se lhes faça imediata, e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de 48 horas peremptórias, improrrogáveis, e contadas do momento da prisão, principiando-se, sempre que possa ser, por a confrontação dos réus com as testemunhas que os culparam, e ficando alertas e públicas todas as provas que houver, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se deve dificultar, ou tolher (Ibid).

Ordenou ainda a proibição das prisões secretas e da tortura e consagrou o direito do preso à integridade física e às instalações carcerárias adequadas, numa clara mudança da função reservada ao sistema penitenciário.

Ordeno em quarto lugar que, em caso nenhum possa alguém ser lançado em segredo, ou masmorra estreita, ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas, e nunca para adoecer e flagelar; ficando implicitamente abolido para sempre o uso de correntes, algemas, grilhões, e outros quaisquer ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final; entendendo-se, todavia, que os juizes, e magistrados criminais poderão conservar por algum tempo, em casos gravíssimos, incomunicáveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas, e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento (Ibid).

Dom Pedro, ratificando algumas regras relativas às penalidades e modificando outras, iniciou, com este decreto, uma importante mudança no sistema processual penal de natureza inquisitiva, ao mesmo tempo em que promoveu o respeito à lei e a valorização do homem.

Outra importante criação legislativa do período regencial foi o *Decreto de 18 de julho de 1822*, que criou juizes de fato para o julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa. Seguindo o caminho da *Lei de liberdade de imprensa* criada pelas Cortes de Lisboa, o decreto, ainda que atingisse o direito penal, melhor se incorporou ao direito processual penal.

De volta a Portugal, a divergência de interesses entre brasileiros e portugueses não demorou a se tornar explícita nas Cortes de Lisboa, em especial quanto à política econômica a ser adotada no conjunto do Império. Os oradores do Brasil, que foram se achegando, defendiam o livre comércio (nos termos do Tratado de 1808), em oposição aos portugueses, que lutavam pelo protecionismo, numa clara intenção de destruir as concessões liberais feitas por Dom João ao Brasil.

Os propósitos recolonizadores das Cortes agravaram as tensões entre os representantes das duas partes do Reino, inclusive em razão dos deputados brasileiros se encontrarem em número bastante inferior ao dos deputados portugueses, nada podendo deliberar em defesa dos interesses dos seus representados. Logo, começou a crescer o número de adeptos da Independência no outro lado do Atlântico, de forma que as Cortes passaram a ver no retorno do príncipe regente, um meio de enfraquecer as ideias autonomistas e seguir a inicial intenção recolonizadora.

Assim que os líderes das províncias do Brasil tomaram ciência da pressão sofrida por Dom Pedro para seu regresso a Portugal, parte deles começou um movimento pelo “fico” do príncipe regente. Foram apresentadas diversas representações aos líderes governativos a fim de que se suspendesse a saída de Dom Pedro para Portugal, por ser a “vontade dominante de todo o povo” (TERMO DE VERAÇÃO DO DIA 09 DE JANEIRO DE 1822).

Aceitando as solicitações para o “fico”, em janeiro de 1822, o príncipe regente anuncia sua decisão de permanecer no Brasil, desobedecendo às ordens do Soberano Congresso. Não se tratava ainda de uma ruptura, mas de uma tentativa de manter unido o Reino e instituir uma monarquia dual com sede simultânea em Portugal e no Brasil.

Permanecendo a mesma estreiteza ideológica nas Cortes de Lisboa, se ajuntaram os procuradores do povo no Brasil e em 3 de junho de 1822 dirigiram uma representação ao príncipe regente solicitando a convocação de uma Assembleia Geral de Representantes das Províncias do Brasil, afirmando:

O Brasil tem direitos inauferíveis para estabelecer o seu Governo, e a sua independência; direitos tais, que o mesmo Congresso Lusitano reconheceu, e jurou. As Leis, as Constituições, todas as instituições humanas são feitas para os Povos, não os Povos para elas. É deste principio indubitável, que devemos partir: as Leis formadas na Europa podem fazer a felicidade da Europa, mas não a da América. O Sistema Europeu não pode, pela eterna razão das coisas, ser o Sistema Americano. [...] O Brasil não quer atentar contra os direitos de Portugal, mas desadora que Portugal atente contra os seus: o Brasil quer ter o mesmo Rei, mas não quer Senhores nos Deputados do Congresso de Lisboa: o Brasil quer a sua independência, mas firmada sobre a União bem entendida com Portugal, quer enfim apresentar duas grandes Famílias, regidas pelas suas Leis, presas pelos seus interesses, obedientes ao mesmo Chefe.<sup>60</sup>

Com esta representação, fica claro que a independência a que se referiam os representantes do Brasil, era uma independência do Congresso e não a quebra do Reino Unido. Ainda se tivessem a esperança de estabelecer uma monarquia dual,

---

<sup>60</sup> Requerimento dos procuradores das províncias e ministros de Estado pedindo a convocação de Cortes no Brasil, de 3 de junho de 1822 citado por PAULA, 2001, p. 497-499.

com a instituição de uma Corte Legislativa e Constitucional em cada lado do Atlântico, a fim de satisfazer os interesses de ambos.

No entanto, as Cortes de Lisboa não podiam tolerar a convocação de outra constituinte. Assim, quando as notícias sobre o apoio de diversas câmaras municipais das províncias do Brasil ao governo do Rio de Janeiro chegaram a Lisboa e quando o príncipe regente convocou o Corpo Legislativo Constituinte do Brasil, a paciência portuguesa excedeu o seu limite.

Em terras brasileiras, uma sucessão de eventos posteriores, sob o patrocínio de Dom Pedro, passou a configurar a própria emancipação política do Brasil, só faltando ser proclamada formalmente e reconhecida interna e externamente. Apesar de, em nenhum momento, o príncipe real propor a quebra dos vínculos de fraternidade portuguesa, demonstrando-se um defensor da união sob o título do Império Português, ou ele obedecia as Cortes Gerais, voltando para Portugal e permitindo a desigualdade de direitos entre as duas partes do Reino Unido, ou permanecia em solo americano e garantia a integridade do território. Sendo assim, a opção escolhida pelo monarca foi a segunda, se autoproclamando imperador do Brasil.

Vale ressaltar que, no interior da Assembleia em Portugal, apesar de inúmeras discordâncias, todos os deputados do Brasil lutaram pela manutenção da unidade da nação portuguesa. Logo, os motivos da proclamação da Independência em 07 de setembro deram-se fora das Cortes de Lisboa. Tanto que, as assinaturas à Constituição portuguesa, em 23 e 24 de setembro, contaram com a quase totalidade dos deputados do Brasil (BERBEL, 2006, p. 204-205).

Para Flory (1986, p. 18-19), a emancipação política foi incompleta e ganha com facilidade.<sup>61</sup> Como culminação de um processo gradual, a Independência formal não encontrou uma oposição significativa de Portugal e a soberania do Estado brasileiro se conquistou quase sem derramamento de sangue.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Segundo o autor, uma sequência de sucessos, aparentemente determinados pela boa sorte, disfarçou a intensificação concomitante da pressão nacionalista que buscava a reforma do inapropriado e a expulsão dos que não eram brasileiros. Assim, o sentimento antiportuguês fez do novo imperador um homem inadequado para canalizar as pressões dentro de algo duradouro e seus nove anos foi tão somente uma transição (FLORY, 1986, p. 18-20).

<sup>62</sup> Não temos por pretensão tornar essa afirmação absoluta, pois não negligenciamos o fato da adesão das províncias ao novo Império brasileiro não ter sido imediata. Apesar de grande parte

Essa decisão de se fazer a independência com a monarquia representativa foi uma opção dentre outras possíveis na época (CARVALHO, 2011, p. 19). Isso revela que a construção do Estado-nacional se deu por uma elite que temia grandes mudanças, a ponto de perder sua posição. Vale lembrar que, desde o início, a ideia era estabelecer uma monarquia dual sem desintegrar a União, ou seja, sem incitar o predomínio militar ou o desmembramento do território. Como isso não foi possível, a Independência se configurou, mas sem grandes alterações na ordem social e nas estruturas de poder.

Essas características da Independência não podem ser negligenciadas, uma vez que, graças a alguns atrasos no processo de conscientização liberal, o sistema penal do Brasil emancipado, ao mesmo tempo em que trouxe novidades do discurso jurídico-penal das Luzes, preservou certos componentes retrógrados, como a escravidão e o poder de agraciar do rei (artigo 66 do CCIB).<sup>63</sup>

Para Dom Pedro é difícil saber o que significava o liberalismo, pois essa terminologia foi muitas vezes usada por seus contemporâneos como um símbolo, ainda que sem definição. Em seu discurso de abertura da Assembleia Constituinte de 1823, Dom Pedro caracteriza o Império do Brasil como um “Império livre”. A relação entre “representação nacional” e “liberdade” é facilmente detectada no discurso. Isso porque, a liberdade que Portugal aparentemente dava ao Brasil antes de sua Independência formal, se convertia em escravidão. Logo, os brasileiros necessitavam de uma constituição e um corpo de leis em que todos tivessem parte e não que os convertessem “de homens livres, em vis escravos”. Assim, para o Imperador, a liberdade relaciona-se com o gozo de uma Assembleia própria, cujo partido seja homogêneo à “verdadeira causa”.<sup>64</sup>

---

manifestar sua adesão até o fim de 1822, no ano seguinte algumas províncias remanescentes da região Norte e Nordeste, ladeadas pela presença de tropas e comerciantes portugueses leais às Cortes de Lisboa, ainda divergiam quanto à adesão ao projeto de independência. Após intensas lutas, no final de 1823, a última província (Grão-Pará) foi incorporada, garantindo a unidade do Império brasileiro.

<sup>63</sup> Sobre o instituto da graça na ordem jurídica brasileira, ver MORAES, 1979, p. 53 e ss.

<sup>64</sup> Dom Pedro I chama a atenção para a “licenciosa liberdade”. Algumas constituições tem se mostrado “teóricas” e “metafísicas” e, por isso, “inexequíveis”, tendo como consequência a redução à situação de anarquia, tão abominável. Suas recomendações são para que os representantes legais da nação, que compõe a Assembleia, tão “ilustrada” e “patriótica”, elaborassem uma Constituição que fosse “digna” não só do Brasil, mas de seu imperador. Logo, Dom Pedro I, ao mesmo tempo em que confia a redação do documento ao corpo parlamentar, único corpo capaz de elaborar uma constituição legítima para o império livre do Brasil, demonstra que somente a ratificará caso fosse

Certamente, o termo liberalismo sugere alguns correlativos ideológicos gerais do mundo europeu do século XIX. Entretanto, essa contribuição intelectual não fez do liberalismo brasileiro uma cópia dos modelos estrangeiros. Muito pelo contrário, o liberalismo brasileiro não dependeu tanto dos modelos externos, pois se apresentou como uma reação prática e reflexiva das condições políticas e socioeconômicas de transição do período colonial ao primeiro período nacional (FLORY, 1986, p. 19).

A propósito, durante o processo de Independência no Brasil, não se vislumbravam os pressupostos básicos de sustentação dessa nova realidade liberal iluminista. O liberalismo brasileiro encontrou terreno no tradicional patrimonialismo. Portanto, mesmo com a Independência de inspiração no ideário liberal, permaneceu a mesma dinâmica social e política de bloqueio do homem livre.<sup>65</sup>

Além disso, é importante lembrar que o país herdou a tradição portuguesa caracterizada pela resistência à modernidade e, principalmente, resistência às mudanças capazes de desestruturar a ordem tradicional. Assim, viu-se articular durante as rotas da Independência um projeto político liberal retórico de manutenção do sistema oligárquico escravista. A elite política desejava realizar uma Independência com o mínimo de alterações possíveis na economia e na sociedade. Estava empenhada em conservar a liberdade do comércio, emancipar-se da administração e do fisco português, mas não estava disposta a renunciar à propriedade escrava, onde se assentava o seu poder. Por isso, o liberalismo no Brasil se preocupou antes de ser anticolonial do que antimonárquico, significando mais um projeto de âmbito nacional de manutenção do monopólio da aristocracia agrária escravista regional, comprometida com o mercado exportador, do que de desestabilização da ordem tradicional.

Os homens, que chamavam a si mesmo de liberais, que ingressavam no círculo governante e que dominaram o sistema político entre 1827 e 1837, foram os responsáveis por dar ao período da Independência um conteúdo revolucionário. Um

---

“digna” do imperador (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA GERAL, CONSTITUINTE E LEGISLATIVA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1823).

<sup>65</sup> As fórmulas abstratas e universalizantes da soberania popular, da liberdade de manifestações, da igualdade jurídica e da exigência de um governo representativo ocultaram os modos de se conceber a prática do ideário liberal (ADORNO, 1988, p. 34).

dos aspectos da projeção na política brasileira desse caráter revolucionário do liberalismo é o grande número de estadistas bacharéis em direito.

José Murilo (2011, p. 97-98) ao analisar o censo de 1872 de distribuição setorial da população ocupada, observou que a fonte de recrutamento da elite brasileira foi do setor terciário. Do estoque de “advogados, juizes, procuradores, padres, médicos, cirurgiões, professores, homens de letras, oficiais militares, altos funcionários públicos e uma parte reduzida dos capitalistas e proprietários”, saíram os membros da Assembleia Geral, ou seja, os integrantes do órgão constitucional cuja atribuição principal era dotar o país de um corpo de leis e códigos capazes de reger a nova nação.

Carvalho concluiu que, dos recrutados para a elite política, os magistrados “apresentavam a mais perfeita combinação de elementos intelectuais, ideológicos e práticos favoráveis ao estadismo” (Ibid, p. 99). Isso explica o elevado número de juizes compondo a elite política legislativa: de 1822 a 1831, 41,66% dos senadores tinham a ocupação de magistrado; e de 1826 a 1834, 27% (Ibid, p. 105 e 108).

Nesse sentido, foi constante a presença de magistrados da geração coimbrã no corpo burocrático brasileiro no século XIX, inclusive na primeira legislatura nacional, pois, na ausência de instituições de ensino jurídico superior no Brasil até a primeira metade dos oitocentos, cabia quase que exclusivamente à Universidade de Coimbra esta tarefa. Logo, o ideal liberal brasileiro ficou preso ao pragmatismo do ensino coimbrã, cuja filiação ao Iluminismo europeu passava pela peneira do pombalismo “que dava o tom das concepções mais gerais sobre o direito” (NEDER, 2000, p. 136-137). Essa centralização do ensino superior foi um dos elementos mais poderosos para a homogeneidade ideológica portuguesa, e consequentemente a manutenção da ordem e legitimidade do poder monárquico no Brasil.<sup>66</sup>

Quando da construção do Estado brasileiro, fez-se necessário afirmar a autoridade e estabilidade das relações de poder na sociedade, processo que “pressupõe um governo que apareça aos olhos do cidadão como poder único, eliminando os

---

<sup>66</sup> Nas lições sobre cultura política de Almond e Verba (1989, p. 370) podemos observar que a manipulação da educação pode agir como um fator importante para as atitudes políticas. Isso porque, quanto mais homogêneas forem as formas de socialização – e a educação pode garantir essa congruência, sendo um bom recurso de adestramento (FOUCAULT, 1999) – mais fácil a integração de uma cultura política em uma determinada sociedade, logo, maior a estabilidade política.

poderes intermediários” (SUBTIL, 1991, p. 87). Foi assim que o império da lei constituiu o “mote ideológico que vem amalgamando os processos de legitimação política” (NEDER, 2000, p. 166).

Não obstante a tendência liberal de usurpação das práticas punitivas pelo Estado, o analfabetismo, a marginalização do povo da vida política e a deficiência dos meios de comunicação concorreram para a continuidade da antiga jurisprudência dos costumes identificada em quase toda a população, que ainda vivia nas zonas rurais às margens da civilização. Assim, no Brasil da década de 1820, a consciência do respeito à lei era algo ainda a ser construído. Como a centralização do Estado conservou os interesses escravistas no vasto território brasileiro, da mesma maneira pela qual a monarquia sempre havia assentado sua dominação colonial, a tendência liberal do respeito à lei era algo muito difícil de ser inculcado na mente de uma elite que, até 1888, sustentou o controle social à base do açoite.

Valendo-se da concepção de lei como instrumento de controle da ordem pública, fundada no modelo advindo da Revolução Francesa, os estadistas brasileiros se apropriaram de seu sentido mais moderno no processo de legitimação do Estado nacional. Os trabalhos iniciais da Assembleia Geral Constituinte de 1823 mostraram o papel a ser desempenhado pelas leis na construção dessa nova ordem.

O próprio princípio da legalidade, apesar de limitar o poder do soberano, é capaz de legitimar o Estado como legislador e único detentor do *ius puniendi*. Agora, os crimes não mais poderiam ser considerados uma falta moral ou religiosa, mas uma violação à lei do Estado, conforme aduz Foucault (2002, p. 80), quando comenta a reelaboração teórica da lei penal encontrada em Beccaria, Bentham e Brissot:

O princípio fundamental do sistema teórico da lei penal definido por esses autores é que o crime, no sentido penal do termo, ou, mais tecnicamente, a infração não deve ter mais nenhuma relação com a falta moral ou religiosa. A falta é uma infração à lei natural, à lei religiosa, à lei moral. O crime ou a infração penal é a ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político.

As fontes legislativas do direito penal na época da Independência eram praticamente as mesmas vigentes quando da vinda da família real ao Brasil, ou seja, o Livro V das Ordenações Filipinas. Mesmo com a prática jurisdicional modificada com o advento da Lei da Boa Razão em 1769, flexibilizou-se a aplicação dos

dispositivos das Ordenações. As mudanças no discurso jurídico espelhadas no Iluminismo europeu reconheceu o papel simbólico das normas escritas, mantendo-se a vigência, para todos os efeitos, da “legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821” (LEI DE 20 DE OUTUBRO DE 1823). Isso aconteceu, pois a insegurança do direito legislativo não permite ao cidadão prever as consequências das próprias ações. É o que afirma Bentham em *De l'organisation judiciaire et de la codification*:

Onde quer que se deixe subsistir uma jurisprudência não escrita, um direito consuetudinário, ou o que se chama na Inglaterra de direito comum, não há segurança para os direitos individuais, ou ao menos não há senão um grau de segurança muito inferior àquele que se pode obter com leis escritas (apud BOBBIO, 1998, p. 97).

Sob a influência dessas ideias de centralização das fontes do direito, chegou a primeira Constituição do Brasil, outorgada por Dom Pedro I em 1824, os reflexos do movimento de codificação europeu. O seu artigo 179, no inciso XVIII, instituía: “Organizar-se-á quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas bases sólidas da Justiça e Equidade” (CIB).

A força retórica dos discursos impulsionou a reforma da legislação penal, que se faria sob o princípio da codificação. Pregava-se que, com a vigência da codificação, o direito se tornaria mais fácil de ser aplicado na prática, sem a necessidade de intervenção de um técnico do direito. Assim, os projetos liberais de reforma judiciária poderiam ser postos em prática, como a instituição dos juristas populares.

Acreditamos que os esforços e as disputas levadas a cabo pelos deputados se concentravam mais em ver uma reforma institucional, do que uma reforma da legislação propriamente dita. Quando abertos os trabalhos da primeira legislatura brasileira em 1826, a primeira grande reforma da década liberal fora a da Justiça e da Administração, cuja presença de um programa político dirigido à reorganização institucional do Estado logo se fez notar.

Os legisladores tiveram como primeira urgência estabelecer os cursos jurídicos no Brasil (em São Paulo e Olinda) (LEI DE 11 DE AGOSTO DE 1827). O incentivo dos estadistas na formação de profissionais da lei é um fenômeno muito antigo, que já

podia se verificar desde o período de criação da burocracia nos primeiros reinos portugueses. Essa formação refletiu-se na atuação parlamentar no Brasil, que tratou de reproduzir desde cedo esse fenômeno. Dois anos após sua formação, as academias forneciam quadros para a Assembleia Geral. De 1826 a 1889, 47,2% dos deputados eram bacharéis formados nas faculdades de direito de Olinda (depois Recife) e São Paulo, dados que desprezam ainda os formandos em Coimbra (SIMÕES, 1983, p. 317).

A lei que criou as academias de direito dispunha que os Estatutos do Visconde de Cachoeira ficariam regulando os cursos, até que a congregação de lentes se submetesse à aprovação da Assembleia. Tais estatutos colocavam como objetivo a formação de “homens hábeis para serem um dia sábios magistrados e peritos advogados de que tanto se carece”, além de “dignos Deputados e Senadores para ocuparem os lugares diplomáticos e mais empregados do Estado” (apud VENÂNCIO FILHO, 2004, p. 31).

Essa primeira grande medida tomada, de criação dos cursos jurídicos, indica como a primeira legislatura já tinha clara a ideia da importância do conhecimento do direito, ou seja, o quanto valia a lei na construção da nova ordem.

Pouco tempo depois, a Lei de Responsabilidade dos Ministros, Secretários de Estado e Conselheiros de Estado foi criada (LEI DE 15 DE AGOSTO DE 1827). Ela definia com distinção a natureza dos delitos de peita, suborno, concessão, abuso de poder, violação da lei, atentado contra a liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos, dissipação dos bens públicos e o crime de conselho oposto às leis, seja na forma dolosa ou não. Declarava também as penas correspondentes a cada um dos delitos, sendo cominada pena capital apenas em caso de traição.

A Lei de Responsabilidade não se estendeu a todos os empregados públicos, na forma como advogavam diversos deputados que defendiam a criação de uma lei que marcasse os limites das ações, sobretudo dos magistrados e juízes locais, que permaneciam “invioláveis” em suas freguesias (SLEMIAN, 2006, p. 179). Apesar de abranger apenas o Executivo, a medida consolidou o papel da Assembleia como guardiã da Constituição de 1824, no controle das autoridades da Administração Pública.

No mesmo dia em que a Lei de Responsabilidade surgiu no mundo jurídico, a legislação que ordenou e regulou o estabelecimento de juizes de paz nas paróquias do Brasil também foi publicada. Essa nova instituição foi criada para funcionar dentro da estrutura legal liberal, que preferiu aprovar leis reformistas antes de códigos legais, a fim de resolver os problemas imediatos da estrutura judicial do país (FLORY, 1986, p. 82). Os novos juizes de paz, em contraste com os antigos magistrados eleitos em nível local, receberam autoridade para decidir as causas cíveis que abarcavam valores altos, inclusive maiores que aqueles juizes de fora, educados em Coimbra e nomeados pelo rei.

Essa importante revisão do sistema judicial português foi sucedida ainda pela criação do Supremo Tribunal de Justiça (LEI DE 18 DE SETEMBRO DE 1828), pela extinção da Casa de Suplicação, do Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens (LEI DE 22 DE SETEMBRO DE 1828) e pelo Novo Regimento das Câmaras, que deu forma inclusive à eleição dos juizes de paz (LEI DE 1º DE OUTUBRO DE 1828).

Com o surgimento do novo Estado nacional, a Constituição de 1824 deu ao Brasil um regime monárquico centralizado. Logo, o papel das sobreviventes câmaras deveria ser revisto. O Novo Regimento das Câmaras tentou, portanto, adequar essas antigas corporações ao novo regime centralizador. “Do ponto de vista jurídico, o primeiro sucesso importante da reforma das câmaras é separar, ou iniciar o processo de separação, das funções administrativas e judiciais” (LOPES, 2003, p. 209).<sup>67</sup>

A jurisdição contenciosa foi, pois, retirada da câmara que passa a ser apenas instrumento de governo ou de polícia e administração. O próprio poder de fazer leis ficou limitado à Assembleia Geral e ao Poder Moderador. De acordo com Lopes (2003, p. 210), a perda formal desses privilégios atrelou simbioticamente, para o bem ou para o mal, o poder local ao poder central. “Sem a representação nacional não haveria legitimidade das leis” e “sem a repartição local” (do poder privado e do poder público) “a administração do império não se materializa”.

Todas essas medidas modernas de aparelhamento institucional do novo Estado citadas acima foram antes salvaguardadas pela Constituição de 1824. A carta política,

---

<sup>67</sup> Artigo 24: “As Câmaras são corporações meramente administrativas, e não exercerão jurisdição alguma contenciosa.” (LEI DE 1º DE OUTUBRO DE 1828).

da mesma forma que se preocupou em estabelecer projeções que, de forma gradual, substituíram o antigo modelo jurídico e administrativo do país, dispôs sobre princípios diretamente ligados ao direito criminal.

A linha de força da nova ordem liberal instituída pelo vintismo português e a propaganda individualista que se desenvolvia na França e nos Estados Unidos, já havia marcado a redefinição de diversos aspectos do direito no Brasil. Não seria diferente que essas mudanças se fizessem sentir na carta política de 1824. Assim, as novas ideias não faltaram na Constituição e orientaram toda a formulação da legislação, não podendo ser excluídas do código criminal.

No seu artigo 179, a Constituição de 1824 estabeleceu princípios e regras que têm como base a liberdade individual, afirmando a sua concepção liberal. É de se destacar o princípio da legalidade como carro chefe do artigo, fruto da cultura política legalista, seguida do dispositivo que retrata claramente as ideias de Jeremy Bentham, para quem os sistemas legislativos deveriam orientar-se pela utilidade, e do princípio da irretroatividade da lei, um dos mais importantes princípios dos direitos humanos.

I. Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá efeito retroativo (CIB).

Além desses dispositivos, outros de significativa importância para o direito penal merecem ser citados:

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas, ou outras Povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma nota, por ele assignada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos, que a Lei admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fora da Comarca, poderá o réu livrar-se solto.

X. A exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido será punido com as penas, que a Lei determinar.

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita.

[...]

XVI. Ficam abolidos todos os privilégios, que não forem essenciais, e inteiramente ligados aos cargos, por utilidade pública.

XVII. À exceção das causas, que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis ou crimes.

[...]

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja.

XXI. As Cadeias serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes (Ibid).

Era, pois, sob a ótica dessas ideias iluministas claramente previstas no artigo 179 da CIB, que se alicerçou a primeira codificação brasileira, que se fundaria “nas sólidas bases da Justiça, e Equidade” (artigo 179, inciso XVIII). Por isso, não seria diferente ter o CCIB as mesmas linhas mestras fixadas na Constituição.

Vale ressaltar que, apesar da teoria constitucional ter encantado muitos publicistas brasileiros e estrangeiros da época, o exercício da justiça era ainda bastante incongruente, em especial em casos de atentado à ordem pública. Não era dispensado aos rebeldes o peso da mão do soberano, que podia suspender arbitrariamente as garantias constitucionais pétreas.<sup>68</sup> Nos referimos aqui, principalmente ao *Decreto de 5 de outubro de 1824*, estabelecendo o sítio no Ceará e suspendendo todas as formalidades que garantiam a liberdade individual, e o *Decreto de 18 de maio de 1825*, que da mesma forma estabeleceu sítio na província da Cisplatina e suspendeu garantias constitucionais.

<sup>68</sup> Sobre a aplicação da Carta de 1824 e sua elasticidade construtiva, ver LEAL, 1915, 141-155.

Sobre a reprovação desses eventos, encontramos diversas manifestações de Bernardo Pereira de Vasconcelos nas *Cartas aos Senhores Eleitores da Província de Minas Gerais* editada por Francisco Rodrigues de Paiva, entre elas a transcrita a seguir:

As comissões militares são invento infernal. O pior de todos os juizes é o escolhido pelo Governo para sentenciar os que considera seus inimigos. Entre juizes assim escolhidos e assassinos, uma só diferença noto: é que os primeiros matam com os aparatos judiciários e sem estes, os segundos. E como em um século de luzes e no regime constitucional se ousa abreviar as fórmulas dos processos [...], mormente quando se ventila sobre a liberdade e a vida dos cidadãos? As fórmulas demoram algum tanto os processos, mas garantem a inocência; sem elas não pode haver justiça sobre a terra (VASCONCELOS apud PAIVA, 1899, p. 04, *prefácio*).

Foi nesse estado das coisas que o parlamento Imperial, que se reuniu em 1826, encontrou o país. A Assembleia Legislativa se manifestou brutalmente, revelando não compreender a constituição, que comportava garantias dos direitos dos cidadãos que constantemente estavam sendo infringidas.

Em sessão de 06 de julho de 1826, diversos deputados se queixaram da prisão de vinte e quatro oficiais militares sem culpa formada no Rio de Janeiro, como uma manifestação à falta de observância das leis e da constituição.

O Sr. Souza França: - Não é este um fato que se tenha como particular, todos sabem que nas províncias qualquer homem, sobre que recaí a mais leve suspeita de certos crimes, é mandado logo para o Rio de Janeiro, sem se embaraçarem do mais as autoridades remetentes: o ministro não se lembra dos requerimentos destes desgraçados, e eles vão ficando presos: isto são fatos muito notórios. Senhor Presidente, eu não sei como, ou com que direito, alguma autoridade pode lançar mão de um cidadão, e remetê-lo preso para longe de seu domicílio, e o que é mais, sem lhe haver formado culpa: isto é perverter a ordem pública, destruir a segurança individual com manifesta infração da Constituição. Em sessão de 6 de julho de 1826, diversos deputados se queixaram sobre a prisão de vinte e quatro oficiais militares sem culpa formada no Rio de Janeiro, como uma manifestação referente à falta de observância das leis e da constituição (SOUZA FRANÇA apud PAIVA, 1899, p. 130).

O ódio político não se restringiu a este único caso. Cypriano Barata, condenado à prisão perpétua na Fortaleza da Lage, também sofrera excesso na execução de sua pena, tendo reduzido a Comissão de Legislação e de Justiça Civil e Criminal à sua queixa a cinco pontos principais:

1.º que sendo sentenciado à prisão perpétua em uma fortaleza, e devendo as penas impostas em nome da lei ser atendidas e aplicadas pelo modo mais favorável, tem ele direito a ser preso naquela fortaleza, onde haja menos a sofrer e não na Lage, a mais incomoda e atormentadora, pois que até em ocasião de temporal fica incomunicável com a terra, sem que então se possam obter as coisas necessárias à vida, das quais um miserável preso não pode fazer antecipado provimento; 2.º não ser aquela fortaleza declarada prisão civil; 3.º estar encerrado em uma masmorra, quando a sentença só manda que esteja preso em uma fortaleza; 4.º a incomunicabilidade arbitrariamente acrescentada à sentença; 5.º a natureza da masmorra úmida, e não arejada, contra a literal proibição da Constituição (Ibid., p. 145).

Como podemos notar, a prática constitucional brasileira em diversos momentos mostrou-se inconsistente. Por um lado esbanjava modernos princípios espelhados no mais novo regime político. Por outro, continuava a mesma prática cega da obediência. Ainda não era respeitada a liberdade e a segurança pessoal como previa o artigo 179 da Constituição de 1824. Os cidadãos eram presos e soltos ao arbítrio dos poderosos, que ordenavam prisões antes da culpa formada e não respeitavam o novo papel reservado ao sistema penitenciário. Foi, portanto, nesse inefetivo cumprimento da Lei e da Constituição, que o CCIB começou a ser elaborado.

## 2.2 PROCESSO LEGISLATIVO

Nesta parte do trabalho não temos como objetivo esmiuçar cada evento inserido no processo legislativo de elaboração da codificação criminal imperial. Todavia, não podemos negligenciar alguns momentos mais importantes desse trâmite parlamentar, visto serem importantes para análises subsequentes. Para tanto, empreendemos uma pesquisa nos Anais da Câmara dos Deputados, uma das fontes

de maior riqueza para este trabalho. Cientes da força retórica dos discursos que impulsionou a tarefa codificacionista, levamos em conta que os autores dos discursos e os ouvintes são na verdade uma elite política particular, com alto nível educacional concentrado na formação jurídica, com um núcleo homogêneo de conhecimento, marcado pelo pensamento jurídico Coimbrão. Devemos acentuar ainda que o Imperador, em quase todas as suas Falas do Trono, orientava os legisladores no sentido da urgência do código. Portanto, seu empenho especial para esta elaboração também não pode ser esquecido (PIERANGELLI, 1980, p. 40).

Embora a Carta de 1824 determinasse a urgência na elaboração do Código Criminal e nas orações do Imperador, era possível sentir o espírito de cobrança, visto que as ideias constitucionais que culminaram com uma orientação liberal tinham que se integrar a um sistema penal mais amplo. Só em 16 de dezembro de 1830 o CCIB foi promulgado. Muitos deputados brasileiros ainda optavam pela criação de leis *sui generis* antes mesmo do próprio código. Essa prática foi constantemente debatida, como podemos ver no discurso de José da Silva Lisboa, ainda no ano de 1823, em uma das sessões da Assembleia Geral Constituintes.

Proponho a supressão do artigo 12, que se está discutindo, por me parecer que só pode ser objeto de Lei Regulamentar em oportuno tempo, quando se tiver feito a reforma do Código Criminal e Civil (AAGC, 21/10/1823).

Rumo semelhante tomou os discursos de Luís José de Carvalho e Melo, para quem a instituição do júri popular só deveria acontecer quando presente o código.

Segue-se, por necessária consequência, que a Lei deve ser clara, precisa para todos os casos e aplicável tal qual se acha. Quem dirá Senhor Presidente, que o Código atual esteja nestas circunstâncias? Faltam nele penas para alguns delitos e as existentes foram escritas com penas de sangue. Os tempos calamitosos, em que foi promulgado, fizeram delito o que de sua natureza o não era, e puseram penas que não são hoje em dia aplicáveis, e com tanta crueldade e falta de proporção, que perderam por sua mesma natureza o uso e aplicações [...]. Só então pode ter lugar o estabelecimento dos jurados, estando assentada a forma do processo, e havendo certeza das leis que impõem penas a cada delito (AAGC, 24/10/1823).

Debate similar ocorreu na sessão do dia 05 de maio de 1827, quando o deputado mineiro Bernardo Pereira de Vasconcelos fez uma indicação no sentido de se

interromper as discussões de leis regulamentares antes da discussão dos projetos de código criminal. Preocupado em criar um sistema capaz de punir de forma geral, o deputado mineiro advogou pela suspensão dos debates sobre aquelas leis *sui generis* de responsabilidade dos empregados públicos e dos ministros de estado.

Os projetos *sui generis* são todos contrários à lei; os delitos todos devem ser punidos geralmente [...]. Se o ministro de estado cometeu um delito do poder, se cometeu um crime de alta traição, etc., está cúmplice, está escrito o delito, e a pena correspondente no código criminal, que é sempre geral para todos. Para que, pois uma lei *sui generis* em outro lugar, quando no código está o lugar para todos os delitos e penas com relação às pessoas e à natureza dos crimes? (ACD, 05/05/1827)

Mesmo que a indicação de Vasconcelos tenha encontrado apoio no deputado José Clemente Pereira, a quase absoluta maioria a rejeitou, sendo muitas leis *sui generis* criadas até a aprovação do código. Este pode ter sido um dos fatores que obstou o código ter sido aprovado de forma mais célere, dado o tempo escasso para as discussões do mesmo.

Outro fator também relevante do atraso do código, que demonstraremos a partir de agora no trabalho, foi provavelmente a dificuldade gerada pela inexperiência dos deputados que compunha a primeira legislatura e o ineditismo da tarefa codificacionista. O trâmite parlamentar para este tipo de elaboração legal ainda não tinha sido regulado e foi modificando-se constantemente conforme os eventos iam surgindo.

Por isso, logo no início dos trabalhos da primeira legislatura, o deputado José Antônio da Silva Maia propõe ao plenário que a Comissão de Legislação indicasse, com urgência, as medidas que deveriam ser tomadas para a organização dos Códigos Civil e Criminal para o Brasil. A incerteza do procedimento gerou, pois, no deputado, ansioso pelo trabalho codificacionista, a dúvida de como será o processo legislativo (ACD, 12/05/1826).

Na mesma sessão, o deputado Domingos Malaquias de Aguiar Pires Ferreira, cujas intenções também eram claras no sentido de expressar a urgência no início do processo codificacionista geral, propôs que se decretasse um prêmio a quem dentro do espaço de dois anos apresentasse o melhor projeto de código. Esses eventos evidenciam um dos principais clamores do parlamento recém-inaugurado.

Em 03 de junho, respondendo à urgência posta em pauta, o deputado José Clemente Pereira, na expressão de uma influência de matriz codificacionista provavelmente francesa, apresenta à Câmara dos Deputados as “bases para o projeto do Código Criminal” para o Império do Brasil. Investido de uma boa oratória e retórica, o deputado lusitano eleito pelo Rio de Janeiro, pedindo a palavra, prefacia seus princípios criminais, discursando sobre o problema da falta de legislação que resulta nos “males que se experimentam na administração da justiça”. Justifica a urgência na análise de sua obra vez que “na realidade” a nação não possuía um código, “visto que as ordenações imensas e informes que se dizem em vigor, são inteiramente inaplicáveis às nossas circunstâncias”. Ao final, revela seu plano de apresentar em sessão futura um projeto de Código Criminal.<sup>69</sup>

Com 45 artigos, as bases do projeto indicavam que o Código Criminal se dividiria em dois livros: o primeiro trataria “dos crimes e das penas” e o segundo conteria “a ordem do processo criminal”. Apesar de Clemente Pereira apresentar apenas os princípios para o primeiro livro, já deu mostras sobre a alteração da própria filosofia penal em relação a então legislação em vigor, isto é, as Ordenações Filipinas. O Título I tratava “Dos crimes em geral e seus autores” e o Título II “Das penas”, que poderiam ser de morte, desnaturalização, trabalhos públicos, prisão, degredo e suspensão dos direitos políticos. Previu princípios como da reserva legal (anterioridade e legalidade) e personalidade das penas, e reconheceu graus distintos na imputação dos crimes.<sup>70</sup>

Na sessão do dia 09, as referidas bases foram enviadas à comissão de legislação e justiça civil e criminal, que no dia 10 de julho emitiu um parecer.<sup>71</sup> O parecer não se referiu apenas às bases apresentadas por Clemente Pereira, mas, novamente, sobre a necessidade da codificação de uma forma geral e das medidas necessárias para sua efetivação.

---

<sup>69</sup> José Clemente Pereira nasceu em 1787 na comarca de Trancoso em Portugal. Obteve o grau de Direito e Cânones pela Universidade de Coimbra. Em 1815, após militar no exército Português, mudou-se para o Brasil. Antes iniciar sua carreira política, atuou como advogado e juiz de fora de Niterói. Ocupou diversos cargos políticos, destacando-se como deputado pela província do Rio de Janeiro na primeira, segunda e quarta legislaturas e senador na quinta legislatura (SISSON, 1999, v. 1; OPM, 1889).

<sup>70</sup> As bases do projeto do CCIB do deputado Clemente Pereira se encontram transcritas nos ACD, na sessão do dia 03 de junho de 1826.

<sup>71</sup> O parecer sobre as bases do CCIB feitas por Clemente Pereira foi lido na sessão do dia 1º de agosto de 1826.

Ficou decidido, portanto, nesta sessão, alguns elementos fundamentais do trâmite a ser seguido para a tarefa codificacionista. A comissão achou conveniente convidar “os sábios e jurisconsultos a empreender este árduo trabalho” para que, os primeiros projetos que fossem apresentados, sejam por eles examinados e interponha acerca deles o seu parecer em consulta, observando a respeito de cada um “suas virtudes e defeitos notáveis, quanto ao sistema, método, doutrina e locução [...] escolhendo-se entre todos aqueles, o que parecer mais digno de se adotar”. No mesmo parecer, a comissão, tendo examinado as bases de Clemente Pereira, admite-se sua conformidade com os princípios de justiça e equidade, para que sobre elas o mesmo autor ou outro possa constituir o seu projeto de código criminal.

Mesmo estipulando alguns dos elementos do processo legislativo que criaria o código, passado o primeiro ano da primeira legislatura, nenhum projeto de código criminal havia sido sequer submetido à Câmara dos Deputados. Conforme a lei determinava, o Imperador abriu os trabalhos da Assembleia em maio de 1827, chamando a atenção dos parlamentares quanto à necessidade de organizar o quanto antes um sistema de finanças e uma reforma no judiciário.

Não há código, não há forma apropriada às luzes do tempo nos processos, as leis são contrárias umas às outras, os juízes veem-se embaraçados nos julgamentos, as partes padecem, os maus não são punidos, os ordenados dos juízes não são suficientes, para que não sejam tentados pelo vil e sórdido interesse, e, portanto é necessário que esta assembleia comece a regular com sumo cuidado e prontidão um ramo tão importante para a felicidade e sossego público: sem finanças e sem justiça não pode existir uma nação (FALA DO TRONO, ACD, 03/05/1827).

Ao final de sua Fala do Trono, o Imperador reconheceu que a assembleia tinha muitas coisas a cuidar, todavia exigiu que nestas divagações fosse aproveitado o tempo “fazendo aquelas leis, que a constituição a cada passo nos está mostrando serem necessárias e indispensáveis para ela ser literalmente executada”.

Enfim, na sessão de 04 de maio de 1827, o primeiro projeto de código criminal foi apresentado e foi Vasconcelos o deputado quem inaugurou esta tarefa codificacionista. No dia seguinte, a leitura do projeto do bacharel coimbrã passou à

ordem do dia, que logo foi dispensada pelo grande volume de conteúdo.<sup>72</sup> Após uma discussão travada a fim de determinar qual fim seria dado ao projeto de Vasconcelos, decidiram redirecioná-lo a uma comissão especial do código criminal. Em 12 de maio, foram eleitos para a comissão os seguintes deputados: José Antônio da Silva Maia (MG), João Cândido de Deus e Silva (PA), Cândido José de Araújo Viana (MG), Manoel Caetano de Almeida Albuquerque (PE) e José da Costa Carvalho (BA), todos os bacharéis em direito.<sup>73</sup>

Doze dias após a apresentação do primeiro projeto, o deputado Clemente Pereira submeteu à Câmara dos Deputados outro projeto que tratava dos crimes e das penas, anunciando a apresentação em momento posterior de uma segunda parte, a respeito do processo criminal. O presidente o direcionou à comissão especial do código criminal, que no dia 14 de agosto recebeu os dois projetos de código de bom grado para análise.

Até o ano de 1827, apenas esses poucos eventos marcaram a trama do processo codificacionista, isto é, a apresentação de dois projetos e a eleição de uma comissão

---

<sup>72</sup> A transcrição do projeto do código criminal de Vasconcelos só veio aparecer na sessão de 03 de setembro de 1829 dos ACD.

<sup>73</sup> De acordo com informações colhidas na obra de Sisson (1999, v. 1), nas Organizações e Programas Ministeriais da Câmara dos Deputados (1889), na galeria dos Ministros da Fazenda do Segundo Reinado disponível em: <[http://www.fazenda.gov.br/institucional/galeria-dos-ministros/imperio-segundo-reinado/dom\\_pedroll010](http://www.fazenda.gov.br/institucional/galeria-dos-ministros/imperio-segundo-reinado/dom_pedroll010)> e acessado em jan. de 2015 e no sítio do Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=252>> e acessado em jan. de 2015, podemos observar que todos os deputados eleitos para a primeira comissão do código criminal foram bacharéis em direito pela Universidade de Coimbra e, antes da vida política, exerceram carreira na magistratura. José Antônio da Silva Maia nasceu em 1789 na cidade do Porto. Graduou-se em Direito pela Universidade de Coimbra. Antes de ocupar diversos cargos políticos, serviu na magistratura, começando como juiz de fora de Sabará até Desembargador Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional da Relação da Corte. Foi eleito deputado pela província de Minas Gerais nas duas primeiras legislaturas. João Cândido de Deus e Silva nasceu em 1787 na província do Pará. Graduou-se em Direito, foi lente da Faculdade de São Paulo, magistrado e até desembargador pela Relação do Maranhão. Representou o Pará na primeira legislatura como suplente e na segunda como deputado eleito. Cândido José de Araújo Viana, Visconde de Sapucaí, nasceu em 1793 em Sabará, Minas Gerais. Graduou-se em Direito pela Universidade de Coimbra. Voltando ao Brasil em 1821 com o intuito de exercer a advocacia, obteve a nomeação de juiz de fora da cidade de Mariana. Tomou assento na Assembleia Constituinte de 1823 pela província de Minas Gerais, sendo eleito mais tarde deputado nas três primeiras legislaturas pela mesma província. Tomou assento no Senado, também representando Minas Gerais, em 1840. Manoel Caetano de Almeida Albuquerque nasceu em Pernambuco em 1780. Recebeu o grau de bacharel em direito pela Universidade de Coimbra e iniciou sua carreira na magistratura, chegando a tomar assento como desembargador na Casa de Suplicação. Foi deputado na primeira legislatura pela sua província natal e senador em substituição à Antônio José Duarte de Araújo Gondim em 1828. José da Costa Carvalho, Marquês de Monte Alegre, nasceu em 1796 na Bahia. Foi bacharel em leis pela Universidade de Coimbra e atuou como juiz de fora e ouvidor em São Paulo. Cooperou na independência política do Brasil, foi eleito deputado à Constituinte de 1823 e as duas primeiras legislaturas pela província da Bahia.

especial para análise. Porém, por esta comissão nenhum parecer relevante havia sido dado até então, o que desagradava Vasconcelos, o autor de um dos projetos. Por isso, em 08 de maio de 1828, o deputado mineiro propôs que se convidasse o Senado para revisar os projetos já oferecidos, facilitando sua discussão em ambas as casas, abreviando, assim, a sua aprovação. Aceita a proposta pela Câmara e pelo Senado, este último nomeou para a comissão mista os seguintes senadores: João Inácio da Cunha (MA), José Joaquim Carneiro de Campos (BA), Francisco Carneiro de Campos (BA), Antônio Luís Pereira da Cunha (PE) e João Antônio Rodrigues de Carvalho (CE), todos os bacharéis em direito pela Universidade de Coimbra.<sup>74</sup>

Apesar de as tentativas de Vasconcelos em agilizar o trâmite parlamentar, foram necessários dois anos para a comissão mista, que já havia reduzido para três integrantes de cada casa, apresentar o projeto revisado. Inobstante não termos acesso às informações sobre o que aconteceu nas reuniões desta comissão, sabemos que ficou decidido que seria adotado como base para o código o projeto de

---

<sup>74</sup> Ainda de acordo com informações colhidas na obra de Sisson (1999, v. 2), nas Organizações e Programas Ministeriais da Câmara dos Deputados (1889) e no sítio do Supremo Tribunal Federal, disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stj&id=252> > e acessado em jan. de 2015, pudemos observar que todos os senadores nomeados para compor a comissão mista do código criminal também foram bacharéis em direito pela Universidade de Coimbra e, antes da vida política, a maioria exerceu carreira na magistratura. João Inácio da Cunha, visconde de Alcântara, nasceu em 1781 na cidade de São Luís. Após formar-se em Direito na Universidade de Coimbra exerceu a magistratura, chegando a ser ministro do Supremo Tribunal de Justiça e ministro da Justiça. Ocupou o cargo de senador pela sua província natal durante os anos de 1826 e 1834. José Joaquim Carneiro de Campos, Marquês de Caravelas, nasceu em 1768 em Salvador. Recebeu o grau de bacharel em direito e teologia pela Universidade de Coimbra. Serviu como oficial da Secretaria de Estado da Fazenda em Portugal, até a partida de Dom João ao Brasil, na Secretaria de Estado dos Negócios do Reino no Rio de Janeiro, enquanto o monarca permaneceu no Brasil, e no conselho da Fazenda até a Independência. Foi eleito pela província da Bahia como deputado na Assembleia Constituinte de 1823 e um dos redatores da Constituição do Império de 1824. Ocupou vários outros cargos políticos como o de senador de 1826 a 1836 e membro da regência trina provisória que regeu o país de 7 de abril a 17 de junho de 1831. Francisco Carneiro de Campos nasceu em Salvador e cursou direito na Universidade de Coimbra. Durante sua carreira na magistratura foi ouvidor da comarca de Porto Seguro, desembargador da Relação da Bahia e da Casa de Suplicação. Também exerceu carreira política, sendo deputado da Constituinte de 1823 e senador na primeira legislatura, em todos os casos representando a província da Bahia. Antônio Luís Pereira da Cunha, Marquês de Inhambupe, nasceu em 1760 na Bahia. Tomou o grau em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, além de estudar matemática e filosofia. Antes de iniciar sua carreira política, foi juiz de fora, ouvidor e desembargador da Casa de Suplicação em Lisboa. Dentre os diversos cargos políticos que exerceu destacamos o de senador de 1826 a 1837, ano em que veio a falecer. João Antônio Rodrigues de Carvalho nasceu no Ceará. Formou-se em direito e seguiu a carreira na magistratura, chegando a ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal de Justiça. Durante sua carreira política foi deputado à Constituinte de 1823 e senador pela sua província natal.

Vasconcelos, o que não quer dizer que o projeto de Clemente Pereira foi repudiado.<sup>75</sup>

Em 10 setembro de 1830, o projeto oriundo da comissão mista foi admitido na Câmara dos Deputados, iniciando-se a fase dos debates em plenário dos artigos do código. Logo no primeiro dia, um acalorado debate sobre a autoria do crime (artigo 4º do projeto) deu mostras de que, se o trâmite seguisse aqueles rumos, a multiplicidade de questões que envolviam cada artigo tornaria a elaboração do código uma tarefa quase impossível. E mais, a cada momento novas emendas chegavam à mesa e eram aceitas para discussão.

Julgando mais acertado adotar-se o código sem mais delongas, Carneiro Cunha desaprovou o rumo com que estava tomando o trâmite legislativo em questão, manifestando-se contra as demais discussões e emendas, e a favor do código como se encontrava.

Por ora, o que julgo mais acertado é que adotemos o código sem mais delongas. Adotemo-los senhores! Ele é da última necessidade, a nação toda reclama! A história mesma deste código nos mostra que o devemos adotar sem longas discussões: por quantas comissões não tem ele passado desde que se apresentou, tanto na legislatura passada quanto nesta? Adotemo-lo provisoriamente. A experiência nos irá mostrando aqueles artigos que devemos reformar para o futuro (ACD, 11/09/1830).

Apenas nesse recorte textual citado, muitas mensagens estão presentes e uma força retórica importante deve ser percebida. É a partir desse momento que os eventos e falas dos deputados e senadores tornam-se mais relevantes para nossa pesquisa. Primeiramente, sabemos que uma das premissas fundamentais utilizadas por Quentin Skinner em *Visões da Política* (2005), consiste em captar além do sentido dos termos utilizados para exprimir as afirmações nele contidas. Para Pocock, em *Linguagens do Ideário Político* (2003), não podemos compreender a linguagem sem o contexto. Nesse sentido, fixando as implicações metodológicas do argumento que pretendemos construir a partir desse momento, é preciso nos fazer a seguinte pergunta: Com esta fala, o que pretendeu Carneiro da Cunha e a maioria

---

<sup>75</sup> Antes da comissão mista, apresentar parecer com o novo projeto, foi ofertado às duas Câmaras um exemplar da tradução do Projeto de Código Criminal elaborado por Edward Livingston para o Estado da Luisiana. Ver sessão de 26 de maio de 1829 e 06 de maio de 1830 nos ACD.

absoluta dos deputados e senadores que seguiram o mesmo discurso? O que os motivava? Os deputados queriam dizer que, mesmo que imperfeito fosse o projeto, ainda assim era superior ao Livro V das Ordenações e das Leis Extravagantes, portanto, apto a fazer desaparecer da legislação criminal nacional “as bárbaras disposições desse livro 5º, que parecem escritas com caracteres de sangue!” (Rebouças, ACD, 11/09/1830).

Se buscarmos a fundo os significados das falas dos deputados, em especial nas sessões do dia 10 e 11 de setembro de 1830, ou seja, nos dias finais dessa trama, veremos que, a necessidade premente era, sem dúvida, a aprovação de um código criminal nacional. Mesmo que, como havia falado Lino Coutinho, sacrificado os “princípios legítimos à falta de tempo”, era melhor a pressa do que “o código filipino que ainda desgraçadamente” os regia (ACD, 10/09/1830). Xavier de Carvalho acompanhou o mesmo sentido das falas já citadas:

Toda a questão que ora se debate, consiste em saber-se se o código que discutimos é ou não melhor que o livro quinto das ordenações. Ninguém dirá que o não seja. Quem poderá preferir uma legislação gótica a um código humano! Adotemos senhores, o código proposto e rejeitemos as emendas. O Brasil todo o reclama (ACD, 11/09/1830).

Assim, modificando novamente os planos iniciais para o processo legislativo, decidiram por encerrar as discussões de artigo por artigo, que não haviam passado do debate do artigo 4º, propondo-se a eleição de uma última comissão, agora de três membros, dedicada ao exame do projeto, sendo discutida em plenário apenas a conservação ou não da pena de morte e galés.

Aparentemente era certo que os deputados não abririam mão de seu direito de discutir todos os artigos do código. Porém, os eventos dos dias 11, 13, 14 e 15 de setembro tomaram um rumo interessante. Para contemplarem ainda naquele ano o Código Criminal Brasileiro, foi preciso convencer todos os deputados de que, se não for demandado um esforço conjunto dos membros daquela Câmara e a cooperação dos demais participantes do processo legislativo (Senado e Imperador), a tão sonhada lei renovadora não sairia do parlamento tão brevemente. Assim, mesmo que a lógica nos leve ao argumento de que os deputados estavam satisfeitos com o projeto da forma com que se encontrava, por isso apto para ser aprovado em plenário, a retórica nos precaveu contra o uso abusivo de certas noções confusas.

Provavelmente, o alto conhecimento jurídico dos primeiros legisladores faria da tarefa codificadora um ofício de anos, ou seja, tudo o que a elite que compunha o cenário político daquela época não queria. Nesse sentido, advogando pela urgência do código Paula e Souza e Ernesto se manifestaram:

Já alguns Srs. Deputados têm feito ver que indo a discussão como vai, não teremos código, **pelo menos este ano**: agora quero insistir mais nesta ideia porque me parece que os Srs. Deputados não a desenvolverão inteiramente. Desejo que a câmara se lembre de quantas emendas já existem a este respeito, e quantas virão à mesa. Acho que não exagero dizendo que talvez excedam a 200, as que hão de aparecer na casa. Calcule-se que o tempo não será preciso para discutir todo o código e as emendas (grifo nosso) (ACD, 11/09/1830).

Senhor Presidente, principiou a discussão do código penal, e sem dúvida que ela tem sido uma das mais proveitosas que tem tido lugar nesta câmara: o tempo não tem sido perdido; mas é patente a todos nós que a ela continuar da maneira como tem isso, **não temos código este ano** (grifo nosso) (ACD, 11/09/1830).

Vamos agora combinar esse último discurso das falas citadas com o contexto político. Faltavam poucos meses para a abdicação do Imperador quando eles foram proferidos. Provavelmente se previa o que iria se suceder. Logo, era preciso vestir o Brasil de um código liberal em uma época em que as agitações políticas iam se aumentando. Por isso, acreditamos que o processo legislativo do Código Criminal que caminhava para o seu sexto ano de duração, numa reviravolta surpreendente foi encerrado, sem que os deputados sequer discutissem cada um dos artigos da lei, como era de costume. Os dias 11, 13, 14 e 15 de setembro de 1830 marcaram apenas discussões sobre a pena capital e de galés, não se estendendo muito o debate, para que ainda naquele mesmo ano pudessem vislumbrar a provação do código.

Creemos que, a essa altura, por estarem conscientes da importância política dessa nova lei para a nação e por serem convencidos de que era melhor o código como se encontrava do que a falta dele, sua aprovação não encontrou grandes desafios na Câmara dos Deputados, nem no Senado. O projeto da comissão formada por Antônio Paulino Limpo de Abreu (MG), Luis Francisco de Paula Cavalcanti de Albuquerque (PE) e Francisco de Paula e Souza e Melo (SP) é, em 22 de outubro de

1830, aprovado na Câmara dos Deputados e no dia 24 de novembro em sessão extraordinária no Senado.<sup>76</sup>

Interessante frisarmos que o desenrolar do trâmite legislativo se iniciou na Câmara dos Deputados, com dois projetos. Este passou pela comissão de cinco deputados e depois pela comissão mista (deputados e senadores). Dessa comissão mista surgiu um novo projeto baseado no de Vasconcelos, que foi ao plenário na Câmara dos Deputados, nunca chegando a ir ao plenário do Senado para ser discutido. Mesmo que, em plenário da câmara baixa, a única questão que realmente foi discutida foi a pena de morte e galés – do dia 11 a 15 de setembro de 1830 foi votada pela sua manutenção – a câmara alta nunca pode oferecer emendas nem discutir de forma proveitosa qualquer questão do código em plenário.

Depois que o código foi aprovado pela Câmara dos Deputados seguiu para o Senado. Lá, ele foi aprovado em apenas dois dias, refletindo a mesma urgência com que os deputados o trataram em sua câmara, rejeitando todas as emendas e levando à frente para sanção. Uma importante fala do senador Marquês de Caravelas resume essa ânsia pelo novo código.

As ideias ilustradas de hoje não consentem penas atrozes e cruéis tormentos para extorquir confissões; multas pecuniárias para locupletar o Fisco; provas semiplenas e indícios reputados plenos como perfeitas provas para a imposição das penas nos delitos chamados privilegiados; já não permitem o uso dos asilos e o privilégio dos foros para isentar os malvados da justa pena e proteger a impunidade; semelhantes erros, semelhantes vícios próprios do tempo, em que trabalham os antigos legisladores, já não podem ter lugar hoje: as leis devem ser acomodadas nos costumes e ao

---

<sup>76</sup> De acordo com informações colhidas na obra de Sisson (1999, v. 1) e nas Organizações e Programas Ministeriais da Câmara dos Deputados (1889) todos os parlamentares da última comissão do código exerceram carreira jurídica. Antônio Paulino Limpo de Abreu, Visconde de Abaeté, nasceu em Lisboa em 1798. Foi bacharel em direito pela Universidade de Coimbra e exerceu diversos cargos de magistratura, até o de ministro do Supremo Tribunal de Justiça. Dentre os cargos políticos, destacamos o de deputado nas quatro primeiras legislaturas por Minas Gerais. Luis Francisco de Paula Cavalcanti de Albuquerque nasceu no último quartel do século XVIII em Pernambuco. Formou-se em direito na Universidade de Coimbra. Seguiu a carreira de magistrado, chegando a ser desembargador. Foi eleito a deputado nas quatro primeiras legislaturas, só não chegando a tomar assento na última legislatura. Francisco de Paula e Souza e Melo nasceu em Itú, São Paulo, em 1791. Órfão de pai, se dedicou aos estudos desde a infância. Foi um autodidata em direito e exerceu a advocacia como rábula perante o juízo de primeira instância. Destacou-se posteriormente como um dos mais notáveis políticos de sua época. Foi eleito deputado para a Constituinte de 1823 e para as duas primeiras legislaturas, além de ter sido escolhido pela Regência para o cargo de senador. Em todos os casos, representou sua província natal.

gênio daqueles para quem de faz (Marquês de Caravelas, ACS, 23/11/1830).

O sentimento dos legisladores naquele momento era aquele que urgia por mudanças. O Brasil tendo se constituído independente, havendo estabelecido um Império e proclamado um governo constitucional, ainda era regido por uma ordenação em manifesta contradição com as luzes do século. Além disso, viam-se os parâmetros fundamentais da organização política liberal ser violados pela frequente função legislativa desempenhada pelo Judiciário: “Eu sustento o Código, porque é melhor que o que temos que não é senão a vontade dos desembargadores” (ACS, 23/11/1830). Ainda que devesse sofrer emendas, para o código ser adotado bastava reputá-lo como uma obra melhor que as Ordenações e feito pelos representantes da Nação, cessando aquilo que fazia do juiz um legislador.

[...] eu devo dizer que no pouco tempo em que pude correr rapidamente os olhos por este projeto, achei algumas coisas que emendaria se não fosse ver que as emendas demorassem a discussão, e por consequência o aparecimento da lei, que alias urge, e é necessário que apareça (Carneiro Campos, ACS, 24/11/1830).

Na sessão de aprovação, mesmo que o Senador Carneiro de Campos tenha tentado iniciar um pequeno debate sobre a matéria de um dos artigos do código, sua fala não passou de observações, vez que era escusado estar em discussão. Aquela última sessão trataria apenas da conveniência de se adotar o código criminal. Por isso, para aquele momento, “toda discussão é inútil” (Almeida e Albuquerque, ACS, 23/11/1830).

Por isso, não se demorando a discussão, o CCIB foi aprovado no dia 24 de novembro de 1830 pelo Senado, sem qualquer emenda, e remetido à sanção imperial. Esse esforço feito pelos senadores preencheu o voto de confiança que os deputados haviam depositado no Senado. O empenho conjunto das duas câmaras provou ser possível adotar um código sem discussão, sem emendas. Aquela lei, que se baseou no Projeto de Vasconcelos e foi modificada pela comissão mista, já era o suficiente para uma nação recém-independente que ainda regia-se por uma ordenação gótica do século XVII. Os poucos momentos de debates se restringiram à pena de morte e galés, nada além disso. Porém, vale lembrar que a rapidez com

que os eventos se sucederam não confirma que o código aprovado era considerado perfeito pelos legisladores, ou que não merecesse emendas, mas que o detalhismo era inimigo do tempo, o que não poderia privar o império por mais um ano do benefício que resultaria sua aprovação. Assim, sem delongas chegou às mãos do Imperador Dom Pedro, tal como se achava organizado.

Vermos adiante que, aparentemente, a oposição liberal havia legislado a favor da imobilidade do imperador, quando legislou sobre os crimes políticos. Assim, a tendência seria Dom Pedro vetá-lo. Porém, a estrutura jurídica hostil criada não impediu a sanção imperial, que ocorreu em 16 de dezembro de 1830, contribuindo, segundo Flory (1986, p. 174), para a “desmoralização de seu governo”.

### 2.3 SISTEMA DO CÓDIGO

Além da urgência de tempo, acreditamos que outro relevante motivo para adoção do projeto da forma como se encontrava, rejeitando-se as emendas, é sem dúvida a opção pela adoção de um sistema e não um código casuístico. A exemplo dos códigos modernos de sua época, o CCIB é repleto de teorias, e das mais ilustradas. Assim, caso sofresse muita emenda, poderia perder o nexos e se tornar, como as Ordenações, uma lei cheia de contradições. Esse foi sentido da fala do deputado Paulo e Souza, para quem

[...] este código é um sistema completo, é (digamo-lo assim) uma teoria filosófica; logo que se uma parte faltar, cairá infalivelmente o sistema, cairá a teoria. Consentirá uma câmara tão ilustrada que saia de seu seio uma obra informe, sem sistema e sem método! É impossível. Em pequenos projetos se nota que as emendas tornam às vezes contraditórios uns artigos com os outros, e que o maior trabalho da comissão de refutar estes projetos é por lhe casar o vencido com o contraditório que resulta da admissão das emendas sobre as quais se vota isoladamente e sem atenção ao que se segue. Que acontecerá em um tão volumoso projeto de código? Em lugar de um sistema seguido, teremos um repetido de contradições e talvez de disparates! (ACD, 11/09/1830)

A ideia de um sistema de normas e não de um código casuístico foi, de fato, fruto da vitória do racionalismo europeu. Não era mais necessário apelar para a fé ou para a

revelação. Bastava a razão para “deduzir normas concretas do direito positivo de conceitos gerais e axiomas” (CAENEGUEM, 2000, p. 196). Assim, em substituição ao antigo método, cuja especificação das causas não tornava o direito uma unidade sistêmica, o método moderno, um pouco mais abstrato, definia os tipos e determinava as relações entre eles, visando atingir os princípios que regem a totalidade do direito.

Nota-se que esse câmbio de ideias atingiu seu auge em Portugal quando da reforma da Universidade de Coimbra levada à cabo pelo Marquês de Pombal. Passou-se, pois, a estudar o direito romano sistematicamente, adaptando-o ao uso moderno e preenchendo seus vazios com as leis nacionais. Esse evento fez surgir uma renovação da literatura jurídica por meio de eminentes juristas como Pascoal José de Mello Freire, lente da universidade de Coimbra. Foi nesse ambiente que boa parte da geração dos primeiros legisladores brasileiros se formou. Todos os dois autores de projetos de código criminal ofertados, Vasconcelos e Clemente Pereira, foram bacharéis em direito pela Universidade de Coimbra e todos os integrantes da primeira comissão do código criminal da Câmara de Deputados e os membros da comissão mista também estudaram direito em Coimbra. Assim, era certo que o CCIB brasileiro adotaria o direito como sistema, não podendo fugir muito à regra geral ensinada na faculdade portuguesa.

Um dos primeiros compêndios escrito por Mello Freire durante essa renovação do pensamento jurídico e que muito nos interessa, foi *Instituição do Direito Criminal Português* (1794). Nesta obra, o professor coimbrão não se omite em imprimir um método específico de disposição das matérias.

Seguimos aqui um método tanto quanto possível breve, claro e simples; e [...] fizemos toda a diligência para que apresentando antes de tudo breve e claramente os princípios, regras e axiomas, daí facilmente se tirassem os consectários e nexos doutriniais, método este que é o mais adequado, não só para ensinar, mas também para aprender. [...] discorreremos, no primeiro título, sobre os delitos, delinquentes e penas em geral. Nesse título incluímos as principais coisas notáveis que os filósofos do nosso tempo escreveram sobre esta matéria, fazendo nossas algumas delas, e rejeitando outras com a discricção que nos é habitual (MELLO FREIRE, 1794, p. 52).

Nota-se que Mello Freire segue a ordem de suas *Instituições* discorrendo sobre delitos em geral, para depois versar as várias espécies de delitos. A conveniência de explicar à parte alguns princípios, regras e axiomas – lugar que cabe à “Parte Geral” dos principais códigos modernos – nos demonstra que seu método buscou sentido na racionalidade do direito.

De acordo com Weber (1999, p. 11-12), a “generalização” é um dos rumos que toma a racionalização no desenvolvimento do pensamento jurídico. Isso significa “a redução das razões que determinam a decisão, no caso concreto, a um ou vários ‘princípios’ que são as disposições jurídicas”. Essa redução é condicionada a uma análise paralela dos fatos, a fim de encontrar elementos que os conectam. Em contraposição, tem-se a casuística detalhada, que se reflete na determinação das características singulares e “nem sempre leva ao desenvolvimento das ‘disposições jurídicas’ altamente sublimadas em sua lógica”.

A sistematização das matérias, assim como Mello Freire fez, é um produto dessa lógica das disposições jurídicas, tal como o modo de pensar moderno, que o direito anterior não conhecia. Segundo Weber (1999, p. 12), a sistematização

significa inter-relacionamento de todas as disposições jurídicas obtidas mediante a análise, de tal modo que formem entre si um sistema de regras logicamente claro, internamente consistente e, sobretudo, em princípio, sem lacunas. Um sistema, portanto, que busca a possibilidade de subsumir logicamente a uma de suas normas todas as constelações de fatos imagináveis, porque, ao contrário, a ordem baseada nestas normas careceria de garantia jurídica.

Essa pretensão não existia no direito do passado. O que existia era um esquema externo para organizar a matéria jurídica, que exercia pouca influência sobre a criação das disposições e sobre suas conexões. Já a sistematização moderna “costuma partir da ‘interpretação lógica do sentido’ tanto das disposições jurídicas quanto do comportamento juridicamente relevante” (WEBER, 1999, p. 12), não tendo lugar para o casuismo.

Mergulhado, pois, no racionalismo de seu tempo, Mello Freire se propôs a desenvolver a tarefa de sistematizar o direito penal português, por meio de suas *Instituições*, mesmo que, inicialmente, para fins pedagógicos, as dividisse em 23 Títulos. O primeiro tratou “Dos delitos, delinquentes e penas em geral” e o décimo

primeiro “Dos quase delitos” – também uma matéria de ordem geral. Do segundo ao décimo título segue a divisão dos delitos e das penas especiais para eles prescritas, “ajustando-as, quando permitem as verdadeiras regras de interpretação, a este tempo em que vivemos” (MELLO FREIRE, 1794, p. 52). Dedicou o restante à explicação da forma e ordem dos juízos criminais, ou seja, uma parte da matéria eminentemente processual.

As *Instituições* não trataram de estabelecer leis, mas de apreciar aquelas já estabelecidas. Seu autor deixa claro que até seus dias, aqueles que tocam seu trabalho em interpretar e ilustrar o direito romano o fez desordenadamente.

E para só falarmos de Farinácio (que foi e ainda é vulgarmente tido como o príncipe dos jurisconsultos criminais) devemos considera-lo o principal responsável pela corrupção universal e desagradabilíssima que invadiu a Ciência Criminal. Na verdade, ele não só não tratou indouta, deselegante e **desordenadamente nos grossos volumes que publicou**, como ainda por cima a tornou vacilante e versátil e, depois, a obscureceu e infectou com o maior número de defeitos (grifo nosso) (MELLO FREIRE, 1794, p. 46).

Com esse comentário, Mello Freire critica a situação portuguesa e elogia os esforços dos que, em outros países, se dedicaram e dedicam ao trabalho de construir um novo direito, ou melhor, a própria Ciência Criminal que até então não existia. Dos inúmeros autores que louva, estão Grócio, Pufendorf e Montesquieu. Este último em especial, que “levantou do chão a disciplina do direito natural e das gentes [...] arvorando a bandeira da boa esperança quanto ao futuro da Jurisprudência Criminal” (Ibid, p. 47). Segue tecendo elogios, entre outros, à Beccaria

pelo fato de ter juntado, em um só volume, todas as boas ideias dos outros a respeito de crimes e penas e ter sido o primeiro que afoitadamente tentou revestir de uma nova face a Ciência Criminal (Ibid, p. 48).

No que diz respeito ao caso português, Mello Freire não deixa de reconhecer que o Livro V das Ordenações Filipinas sofria de vícios comuns às legislações das outras nações, porém, até o momento, ninguém havia tentado explicar a lei “pelas suas genuínas fontes, ou, pelo menos, com alguma ordem e método” (Ibid, p. 48).

A falta de um método sistêmico também preocupava os escritores do *Compêndio Histórico* de 1771. Esse documento da época pombalina, escrito para atribuir aos jesuítas à causa de todos os males de Portugal, também reclamava por um “método

sistêmico” do ensino das ciências jurídicas (COMPÊNDIO HISTÓRICO, 1771, p. 270). Para se adquirir uma boa obra sobre o método sistêmico, indicava-se ler a obra de Heinéccio, *Juris Civilis Praelectiones*, a mesma utilizada por Mello Freire para ordenar suas *Instituições*. Orientava-se ainda o ensino do direito por um compêndio completo e bem ordenado, o qual não trazia apenas definições claras e exatas, mas as divisões necessárias e os princípios de todas as matérias. Somente por meio desse compêndio acreditava-se adquirir uma ideia sistêmica de todo o direito.

Assim, imerso nesse novo pensamento direito, os primeiros legisladores brasileiros seguiram o padrão sistêmico ensinado em Coimbra e por Mello Freire, também amplamente difundido pelos códigos modernos de seu tempo. Renunciando a casuística, o método de ensino jurídico passa a ser o método dos códigos. Pois, aqueles que aprenderam a ciência jurídica por um compêndio completo, eram os mesmos que desenhariam tal ciência no plano da lei. Além disso, as primeiras grandes codificações que surgiram no século das Luzes passaram a compreender o direito como sistema, deixando o casuísmo característico das compilações díspares da Idade Média. De acordo com Caeneguem (2000, p. 16), o código para ser considerado moderno implica em um “programa coerente e uma estrutura lógica consistente” (CAENEGUEM, 2000, p. 16), assim como aqueles que os legisladores brasileiros tiveram acesso quando codificaram o direito criminal.

Antes de analisarmos especificamente a estrutura adotada pelo CCIB, vale a pena abrir um parêntesis para um evento interessante que ocorreu quando da sua feitura. Na sessão de 11 de setembro de 1830, às vésperas da aprovação do projeto redigido pela Comissão Mista, o deputado Lino Coutinho se manifesta usando o seguinte discurso:

[...] **em matérias criminais não quero sistema, quero casos**; quanto mais o código for casuístico, tanto melhor; não sacrifiquemos a segurança do cidadão à beleza do sistema: as especificações das coisas é o que precisa para não termos um ou outro artigo que seja contraditório, por faltar uma reflexão. O corpo legislativo é para discutir tudo quanto é matéria legislativa e discutir maduramente; entretanto, como que há falta de tempo e é preciso dar um melhor código à nação brasileira, sacrificio esta conveniência de ter um código já, a esta discussão legal que manda que todas as leis sejam discutidas sejam de que maneira forem, embora não saiam com o belo

sistema; mas saia com o que é justo e reto para a segurança do cidadão (grifo nosso) (ACD, 11/09/1830).

Nota-se que o referido deputado não era bacharel em direito e sim em medicina. Logo, sua opinião pode ter divergido dos demais pela sua diferente formação. Provavelmente, não sofreu o mesmo grau de influência que a grande maioria dos deputados, formados em direito em Coimbra durante a renovação do pensamento jurídico europeu.

Lino Coutinho era inclinado a votar a ter um código casuístico, que marcasse bem os casos, pois aquele código sistêmico, segundo o deputado, deixava muitos “vazios aos magistrados quando houverem de julgar os criminosos”, estando os cidadãos sujeitos às arbitrariedades (ACD, 10/09/1830). Por exemplo, o projeto do código apresentava a seguinte classificação de sujeitos do crime: autor e cúmplice. Lino Coutinho defendia o modelo da Luisiana que apresentava três categorias: autor, cúmplice e aderente.<sup>77</sup>

Ora, pergunto eu, um homem que é casado e que diante de sua mulher perpetra um crime, e esta mulher por fidelidade a seu marido não o denuncia, esta mulher será cúmplice? Não, porque o cúmplice de certo modo concorre, e esta mulher de certo modo não concorreu; teve fidelidade ao seu marido e nunca pode ser criminosa. [...] No caso que apresentei a mulher não pode ser considerada cúmplice não denunciando a seu marido, bem como o filho pupilo que não denuncie seu pai (ACD, 10/09/1830).

Para a hipótese supracitada, Lino Coutinho defendia que deveria ser aplicada a categoria de aderente, punido, provavelmente, com uma pena bem inferior que a de cúmplice. Por meio desse exemplo, o deputado queria dizer que era melhor ser casuístico, ou seja, não resumir o código a um pequeno livro de princípios, mas aumentar o volume de hipóteses, cercando o magistrado de toda e qualquer possibilidade de discricionariedade. Assim como para o caso da mulher e do filho pupilo que Lino Coutinho gostaria de enquadrá-los como aderente, outros possíveis casos também poderiam existir. Esses foram apenas dois exemplos. De fato, o deputado queria combinar a estrutura da legislação do Antigo Regime com os novos objetivos liberais. Mesmo que propusesse uma mudança completa do projeto para

---

<sup>77</sup> A categoria de aderente foi inspirada no Código de Livingston (*Code of Crimes and Punishments*), que no seu artigo 70 definia *assessores* como, diferentemente de cúmplices, aqueles que auxiliam os criminosos depois de executado o crime (LIVINGSTON, 1833, p. 374).

um código casuístico, o propósito político maior era vincular o máximo possível o juiz à lei, reduzindo possíveis arbítrios.

Todavia, seu clamor não foi atendido e o código foi aprovado da forma como apresentado pela comissão mista, sem qualquer emenda, pelos motivos já abordados em momento anterior. Era composto por 313 artigos, ou seja, ainda era um código volumoso e com muitos crimes previstos e conceituados. Todavia, seu casuísmo em nada se compara ao Livro V das Ordenações Filipinas, que possuía 143 Títulos com diversos parágrafos inseridos. Além disso, o número de Leis Extravagantes e de decisões judiciais com força de lei aumentava em muito o volume do antigo corpo de normas penais e o número de crimes.

Em sua estrutura, o CCIB dividia-se em quatro partes, nesta ordem: “Dos Crimes e das Penas”, “Dos crimes públicos”, “Dos crimes particulares” e “Dos crimes policiais”. Podemos notar pelas epígrafes que a primeira tratou de questões de caráter geral e as demais de caráter especial, assim como o modelo das *Instituições* de Mello Freire e da maioria absoluta dos códigos modernos de seu tempo. Foi desenvolvido, pois, por meio de um método capaz de conectar princípios a crimes e penas, não se restringindo a casos.

Essa ideia de começar um sistema jurídico com regras de caráter geral seguida por regras de caráter especial, já podia ser detectada desde a primeira grande codificação puramente penal moderna, isto é, o Código Penal da Áustria (1787). Apesar de cada código moderno adotar uma estrutura diferente, todos, de forma expressa ou não, seguiam a divisão bipartida de parte geral e parte especial. Por exemplo, em cada uma das partes do Código *Josefina* (*Of Criminal Offences, and Criminal Punishments* e *Of Civil Offences and Punishments*<sup>78</sup>), os primeiros capítulos eram dedicados às normas de caráter geral e os demais às normas de caráter especial.

O Código Penal da Toscana (1787) também se apropriou dessa sistemática, iniciando a legislação com uma espécie de parte geral seguida da parte especial. Porém, a parte geral apenas continha preceitos sobre as penas, em nada dispondo

---

<sup>78</sup> A grande divisão em duas partes do Código *Josefina* tratou-se, na verdade, de uma divisão entre delitos criminais e delitos políticos.

sobre os delitos, diferentemente do austríaco, cujos primeiros capítulos abordavam tanto a teoria dos crimes, quanto a teoria das penas.

A estrutura do Código Penal Francês (1791) seguiu raciocínio semelhante. A primeira parte intitulava-se “Das penas” (espécie de parte geral) e a segunda “Dos crimes e sua punição” (parte especial). A parte geral foi a que despertou as maiores controvérsias na Assembleia parisiense. Nesta, seu autor, Lepelletier de Saint-Fargeau, concentrou-se na criação de um novo sistema de punições, cujo parlamento francês o derrubou, em parte, com a manutenção da pena de morte, pena não prevista no projeto.

O Código Penal da Prússia (1794) dedicou sua primeira seção para os crimes e penas em geral e as demais para os crimes em espécie. No mesmo sentido, Franz Von Zeiller, autor do Código Penal Austríaco (1803), tratou de separar os seis primeiros capítulos da seção primeira de sua obra para as regras de caráter geral, e, a partir do sétimo eram previstos os crimes em espécie – iniciando-se com o crime de alta-traição, a exemplo do código prussiano.

Um dos códigos que mais se assemelhou, em sua estrutura, com o CCIB foi o Código Penal Francês (1810), como veremos melhor adiante. Ele dividia-se em quatro partes: as duas primeiras tratavam de matéria geral e as duas últimas das infrações em espécie.

Em 1813 foi a vez de a Bavária publicar o seu código penal, também muito influente no Brasil. Dividia-se em duas partes principais: a primeira tratava dos crimes, delitos e penas e a segunda, do procedimento criminal. A primeira parte (o código penal de fato) dividia-se em três livros. O primeiro continha as disposições gerais dos crimes e delitos, o segundo tratava dos crimes em espécie e o terceiro, dos delitos em espécie.

O último código influenciador brasileiro publicado foi o Código Penal Espanhol (1822), que também não fugiu à regra da bipartição em parte geral e parte especial. Mesmo que esta divisão não tenha acontecido de forma explícita – vez que o legislador espanhol decidiu chamar a parte geral de “Título Preliminar”, é nítido o seu desejo de fixar, previamente, algumas regras de matéria geral, como aquelas relacionadas aos delitos e culpa, às penas, seus efeitos e modo de execução, entre outras.

Não poderíamos nos esquecer do Código Penal de Livingston, que apesar de não ter sido aprovado pelo parlamento da Louisiana, influenciou grandemente a comissão mista criada pelo parlamento brasileiro para revisar os projetos de código criminal. Também continha uma parte com disposições gerais no Livro I e no Livro II (Título I). O restante tratava dos delitos em espécie (LIVINGSTON, 1833).

Todos esses monumentos legislativos e projeto não fugiram à regra comum de serem introduzidos por uma parte geral, seguida das infrações em espécie. Como vimos há pouco, o CCIB também foi previamente composto por uma parte geral chamada “Dos Crimes e das Penas”, seguido por uma parte especial que compõe, nesta ordem: “Dos crimes públicos”, “Dos crimes particulares” e “Dos crimes policiais”. De fato, essa regra não poderia ser diferente, vez que nossos legisladores buscaram suas maiores referências nos Códigos Penais modernos europeus já citados e no projeto do norte-americano Livingston.

A própria contenção da arbitrariedade passa pelas discussões sobre a sistemática do código.<sup>79</sup> Naquela mesma sessão do dia 10 de setembro de 1830, que discutiu questões de matéria geral, como categorias de autores, cúmplices e aderentes do crime, Ferreira França aponta sua preocupação em sanar todos os defeitos de estruturação do corpo de normas, respeitando a parte que cabe a questões gerais e a parte que cabe a crimes particulares.

Este capítulo trata dos crimes em geral e dos criminosos: não diz crimes em particular, e parece que um dos artigos que a comissão oferece como emenda é particular; não responde a coisas em geral, por exemplo, este 2º artigo que aqui está sem número, oferecido pela comissão, que diz: “Serão sempre considerados, etc.” (*Leu.*). Isto respeita a coisas em particular e não a crimes em geral; e aqui se trata tudo em geral [...] (ACD, 10/09/1830).

Apesar da demonstração de preocupação de Ferreira França quanto ao método de disposição das matérias, o CCIB apresentou uma ampla parte dogmática, coberta de regras de funcionamento do sistema penal como um todo. Sua lógica de

---

<sup>79</sup> Um dos traços fundamentais das legislações modernas é a apresentação de uma parte geral composta de uma teoria do delito ancorada na legalidade e uma teoria da pena inspirada principalmente no pensamento utilitarista. Diferentemente da velha técnica casuística de elaboração legal essa nova forma de ordenar o direito permite adequar os dispositivos legais à nova filosofia penal proposta por pensadores como Beccaria e Bentham. Para Roxin (2002, p. 40), a falta de uma parte geral seria retroceder vários séculos à situação de “arbitrariedade”.

operacionalidade viabilizou o equilíbrio entre limites da violência e limites garantidores do indivíduo.

Enfim, na parte geral do Código encontramos dois títulos: “Dos Crimes e Das Penas”. O primeiro dividia-se em quatro capítulos e o segundo apresentava apenas um. O primeiro capítulo do Título I tratava “Dos Crimes e Dos Criminosos”, afirmando logo no artigo inaugural que, para fins daquele código, crime e delito eram palavras sinônimas. O artigo 1º também estabeleceu o princípio da legalidade, enquanto o segundo fornecia a definição de crime. Os demais artigos informavam acerca da consciência do direito e da lei penal, da participação, dos delitos de imprensa e dos penalmente inimputáveis.

O Capítulo II era intitulado “Dos Crimes Justificáveis”, estando estabelecidas em seis parágrafos as hipóteses de justificação. O Capítulo III, “Das Circunstâncias Agravantes e Atenuantes dos Crimes”, continha cinco artigos com vinte e duas agravantes e dez atenuantes. O próximo capítulo tratava “Da Satisfação”, onde ficou estabelecida a obrigação de reparar o dano causado pelo criminoso.

Encerrado o primeiro título, segue-se o “Das Penas”. Em seu único capítulo, “Da qualidade das penas e da maneira como se hão de impor e cumprir”, adotou-se um sistema de penas fixas, em três graus: máximo, médio e mínimo. A cumplicidade era punida como tentativa e a tentativa com a mesma pena do crime menos a terça parte – quando não houver outra imposta em especial. Ficou estabelecido, ainda, que a pena de morte se daria na forca e a de galés sujeitaria o réu a empregar-se nos trabalhos públicos da província onde cometeu o crime, calçado com correntes de ferro. Também estavam previstas penas de prisão com trabalho, degredo, desterro, banimento, prisão simples, perda dos direitos políticos e pecuniária.

Na parte especial, o Código Brasileiro apresentou a clássica tricotomia criada pelo Código Francês de 1810 de crimes públicos, particulares e policiais. É bastante antigo o gosto por divisões tripartidas em matéria jurídica e as modernas legislações criminais não se eximiram desta regra comum.<sup>80</sup> A visão trinitária do Código Penal

---

<sup>80</sup> O direito romano é fértil em exemplos de tal natureza, como a divisão do *jus publicum*, feita por Ulpiano, como consistindo em *in sacris, sacerdotibus et magistratibus*. Outro exemplo, agora no direito penal moderno, é a divisão em crimes, delitos e contravenções feita pelo Código Penal Francês de 1810, que o código brasileiro não seguiu (BARRETO, s. d., p. 37-42).

de Napoleão em muito contribuiu para que esse fenômeno se repetisse em muitos outros códigos, como o do Brasil.

A divisão tricotômica das categorias de crimes no código brasileiro possivelmente visou mais o lado prático, isto é, sistemático, do que teórico, pois possibilitou a priorização da regulamentação dos crimes políticos, tornando-os os primeiros a serem tratados na parte especial, assim como em diversos códigos penais de sua época, a exemplo do espanhol, do de Livingston e do austríaco de 1803. Essa prioridade não foi encontrada no Projeto de Vasconcelos, que decidiu estabelecer primeiro os crimes policiais e particulares, assim como o código da Bavária, que também priorizou os crimes particulares em lugar dos políticos.

É a parte especial que põe à prova a compatibilidade dos critérios utilizados pelo legislador para estabelecer os bens jurídicos que pretende tutelar e o seu grau de importância. Não apenas a criminalização da conduta ou a falta dela, mas a própria qualidade e natureza da pena também revelam algumas opções político-criminais importantes do período. Por isso, a análise minuciosa de cada crime, em especial os políticos, e suas respectivas penas, se mostram de extrema importância para o estudo do político dos Oitocentos. É o que pretendemos fazer mais adiante.

Porém, nesse momento, cumpre destacar algumas características estruturais desse outro bloco do Código que se divide em três partes: “Dos crimes públicos”; “Dos crimes particulares” e “Dos crimes policiais”. Os crimes públicos dividiam-se em subtítulos. O primeiro tratava-se “Dos crimes contra a existência política do Império”. Dentro deste título estavam previstos os seguintes capítulos, nesta ordem: “Dos crimes contra a independência, integridade e dignidade da nação”; “Dos crimes contra a constituição do Império e forma do seu governo”; e “Dos crimes contra o chefe do governo”. O Título II intitulou-se “Dos crimes contra o livre exercício dos poderes políticos”, enquanto o III “Dos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos do cidadão”. No Título IV, “Dos crimes contra a segurança interna do Império, e pública tranquilidade”, estavam previstos sete capítulos: “Conspiração”; “Rebelião”; “Sedição”; “Insurreição”; “Resistência”; “Tirada ou fuga de presos do poder da justiça e arrombamento de cadeias”; e “Desobediência às autoridades”. O Título V, “Dos crimes contra a boa ordem e administração pública”, estava dividido em três capítulos, sendo o primeiro deles formado por sete seções:

“Prevaricação”; “Peita”; “Suborno”; “Concussão”; “Excesso ou abuso de autoridade, ou influência proveniente de emprego”; “Falta de exação no cumprimento dos deveres”; e “Irregularidade de conduta”. O Capítulo II cuidava da “Falsidade” e o próximo do “Perjúrio”. O Título VI tratava “Dos crimes contra o tesouro público e da propriedade pública” e era formado por quatro capítulos: “Peculato”; “Moeda falsa”; “Contrabando”; e “Destruição, ou danificação de construções, monumentos e bens públicos”.

A terceira parte, que tratava da categoria “Dos crimes particulares”, dividiu-se em quatro títulos, cujo primeiro intitulava-se “Dos crimes contra a liberdade individual”. O segundo, “Dos crimes contra a segurança individual”, estava dividido em três capítulos, que por sua vez dividia-se em seções. O Capítulo I, “Dos crimes contra a segurança da pessoa e vida”, dividia-se em: “Homicídio”, “Infanticídio”; “Ferimentos, e outra ofensas físicas”; “Ameaças”; “Entrada na casa alheia”; e “Abertura de cartas”. O Capítulo II, “Dos crimes contra a segurança da honra”, dividia-se em: “Estupro”; “Rapto” e “Calúnia e injúria”. O último capítulo, por sua vez, “Dos crimes contra a segurança do estado civil e doméstico”, dividia-se em: “Celebração do matrimônio contra as leis do Império”; “Poligamia”; “Adultério”; “Parto suposto e outros fingimentos”. O Título III que tratou “Dos crimes contra a propriedade” separou-se em três capítulos, a saber: “Furto”; “Bancarrota estelionato e outros crimes contra a propriedade”; e “Dano”. O último título tratou “Dos crimes contra a pessoa e contra a propriedade”, e não apresentou divisões.

A parte final, a IV, que se intitulava, como já mencionado, “Dos crimes policiais”, com certeza foi a que mais sofreu influência do Código de Napoleão de 1810, que também reservou uma parte<sup>81</sup> para tais delitos. Nesta última parte do Código Brasileiro estavam previstos apenas oito capítulos, nesta ordem: “Ofensas da religião, da moral e bons costumes”; “Sociedades secretas”; “Ajuntamentos ilícitos”; “Vadios e mendigos”; “Fabrico e uso de instrumentos para roubar”; “Uso de nomes supostos e títulos indevidos”; e “Uso indevido da imprensa”.

---

<sup>81</sup> No caso Francês, foi reservado um livro inteiro para “Contraventions de police et peines”.

## 2.4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A heterogeneidade dos crimes previstos antes do CCIB dificultava uma definição de delito tal como os novos códigos modernos já claramente dispunham. Para Mello Freire (1794, p. 55) “delito é o fato ilícito espontaneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorre na obrigação de, se possível, reparar o dano e sofrer a pena”. Essa definição, com base em Grócio (*De jure belli ac pacis*, liv. II, cap. XVII), vai ganhando nas *Instituições* rigor dogmático à medida em que sofre divisões, por exemplo: delitos públicos e delitos particulares, capitais e não capitais, atozes ou simples, de fato permanente ou de fato transitório. Enfim, Mello Freire intentava por alguma ordem na doutrina até então adstrita ao comentário do *Livro V*, que por sinal também era desordenado. Tal reelaboração dogmática do direito penal afetou diretamente o CCIB, que obedeceu alguns critérios gerais quanto ao crime, também presentes nos sistemas de legislação penal mais modernos. Por exemplo, a consagração do princípio da legalidade.

Art. 1º Não haverá crime, ou delito (palavras sinônimas neste Código) sem uma Lei anterior, que o qualifique.

Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquelas, que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso, em que aos Juízos se permitir arbítrio (CCIB, 1830).

De todos os princípios fundamentais, o da legalidade foi um dos mais significativos para o direito penal neste período. Tanto assim que, na Constituição de 1824 ele aparece logo no inciso primeiro do artigo 179 (uma espécie de Declaração de Direitos), bem como no artigo de abertura do CCIB, como supracitado. Essa necessidade de certeza do direito fez com que a reserva do legal estivesse presente nos sistemas jurídicos mais importantes da época, ou seja, declarações, constituições e códigos.

Muito embora o princípio da legalidade seja um dos pilares do moderno Estado constitucional, trata-se de algo muito antigo, ligado ao ideal grego da isonomia, considerada como a essência do bom governo. Na obra *De legibus* surgida no final

da república romana, Cícero (apud BOBBIO, 1998, p. 675) escreve que “os magistrados estão acima do povo da mesma forma que as leis estão acima dos magistrados”. O princípio foi inscrito na Magna Carta inglesa de 1215: “Nenhum homem livre será preso [...] exceto se houver julgamento legal de seus pares ou pela Common Law [lei da terra]” (artigo 39).<sup>82</sup> Como uma evidente limitação ao poder estatal em favor da liberdade individual, o princípio da legalidade é, pois, associado ao condicionamento da atuação do soberano à existência de uma lei anterior.

Foi com o surgimento, em especial, do opúsculo “Dos Delitos e das Penas” de Cesare Beccaria, que a reserva legal cristalizou-se como dogmática penal. Nesse aspecto, orienta o italiano: “os juízes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão de que não são legisladores” (BECCARIA, s.d, p. 31). Neste nível, o princípio da legalidade consiste em exigir dos juízes a base da solução das controvérsias em preceitos normativos definidos em lei. Portanto, a prescrição do crime e aplicação da pena previstas em lei seriam a garantia de um tratamento isonômico, livre do perigo de um julgamento arbitrário.

Nos fins do século XVIII, o princípio da legalidade foi inscrito nas Declarações políticas e nas Constituições das Colônias inglesas da América do Norte, tendo a efetiva proibição de leis retroativas expressa, em 1776, na Declaração de Direitos de Maryland.<sup>83</sup> A partir daí, o princípio se difundiu em grande parte do ocidente, sendo contemplado no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

O código penal austríaco de 1787, o prussiano de 1794, bem como o da Bavária de 1813, também incorporaram a reserva legal como instituto dogmático-penal. Feuerbach, autor do Código da Bavária e considerado por muitos o autor do princípio da legalidade penal e da taxatividade penal, reconhece como uma das principais funções deste princípio a efetiva garantia da coação psicológica, através

---

<sup>82</sup> Tradução livre. *THE 1215 MAGNA CARTA [an English translation]*.

<sup>83</sup> Artigo 15: “As leis retrospectivas, que punem fatos cometidos antes de sua existência, e que por elas declaram um ato criminoso, são opressivas, injustas e incompatíveis com a liberdade, portanto nenhuma ex post facto deve ser feita”. Tradução Livre. A DECLARATION OF RIGHTS, AND THE CONSTITUTION AND FORM OF GOVERNAMENT agreed to by the Delegates of Maryland, in Free and Full Convention Assembled - November 11, 1776.

da ameaça da pena. “[...] Como a ameaça só se efetiva uma vez comunicada aos súditos, esse meio de comunicação – a lei penal – é o fundamento jurídico da aplicação concreta de uma pena criminal” (QUIEROZ, 2008, p. 189). Daí, o brocardo em latim *Nullum crimen, nulla poena, sine lege* (Não há crime, não há pena sem lei), cuja forma em latim foi atribuída à Feuerbach.

O princípio seguiu sendo proclamado nos demais códigos, ocupando no Código Brasileiro, assim como no de Livingston, o artigo de abertura. O princípio da legalidade começou a surgir como dogmática-penal quando da passagem das concepções absolutistas para as concepções liberais. As codificações modernas, reflexo deste triunfo, são produto desta passagem, responsáveis por uma intensa tentativa de monopolização do direito por parte do legislador. Para tanto, a teoria da separação dos poderes, pregada por Montesquieu, foi crucial para esta configuração. O teórico demonstra no *Espírito das Leis*, que a liberdade política de um cidadão é a tranquilidade que se tem no governo de forma que um cidadão não possa temer o outro. Quando na mesma pessoa o legislativo e judiciário estão reunidos, não existe liberdade, porque se pode temer que o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário. O autor, pois, quis evitar a viabilidade do uso arbitrário do poder de julgar, prescrevendo o seguinte:

Se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos” (MONTESQUIEU, 1996, p. 170).

Assim sendo, as decisões dos juízes deveriam ser uma reprodução do texto da lei, uma vez que garantiria a segurança do direito, de modo que o cidadão saberia com precisão as obrigações a assumir. Esses preceitos foram apropriados por Beccaria, um dos precursores liberais do direito no que tange à matéria penal. De acordo com as concepções do teórico italiano sobre a estrita legalidade do direito penal, “o juiz deve fazer um silogismo perfeito”, isto é, não criar nada novo, apenas tornar explícito aquilo que já está implícito na lei (BECCARIA, s.d., p. 32). Assim, o magistrado que infligir a outro com uma pena não prevista em lei “é injusto”, pois acrescentaria um castigo novo ao que já está determinado na lei (Ibid., p. 29).

Para Beccaria, “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa

toda a sociedade unida por um contrato social” (Ibid., p. 29). Se fizermos uma análise da quantidade de penas arbitrárias previstas no Livro V das Ordenações Filipinas, veríamos que estas foram prodigalizadas, cabendo inteiramente ao poder discricionário do juiz a fixação das penas dos delitos e a determinação de seu *quantum*. Agora, com o entendimento mais rígido do princípio da legalidade, a espécie de penas arbitrárias foi conduzida à extinção em defesa de um sistema de penas fixas. Por isso, já previu a Constituição de 1824 que ninguém seria sentenciado senão em virtude de lei anterior e na forma nela prescrita. Semelhantemente, não se porão penas arbitrárias, pois valeria o mesmo de um julgamento em virtude de lei *ex post facto*, pois a pena fixada pelo juiz (com força de lei) seria determinada após o fato.

Essa lógica foi traduzida no artigo 33 do CCIB, já transcrito, e no artigo 309, *in verbis*:

Art. 309. Todos os crimes cometidos antes da promulgação deste Código, que tiverem de ser sentenciados em primeira, ou segunda instância, ou em virtude de revista concedida, serão punidos com as penas estabelecidas nas leis anteriores, quando forem menores: no caso, porém de serem mais graves, poderão os delinquentes reclamar a imposição das que se estabelecem no presente Código (CCIB, 1830).

Além de confirmar a incontestável regra da irretroatividade da lei penal, não podendo alguém ser obrigado a cumprir um preceito que não pode ser conhecido ou ser punido com pena não antes estabelecida, se nos atentarmos a este dispositivo, veremos que ele também consagra outro importante princípio, o da retroatividade da lei benéfica. Essa exceção à irretroatividade acontecerá quando as penas estabelecidas no Código forem mais brandas que as anteriores, podendo os delinquentes pleitear sua aplicação. Assim, mesmo que a pena não seja do conhecimento do infrator no momento da prática do ato defeso em lei, esta poderá ser aplicada, caso beneficie o réu. Essa doutrina foi inserida pela comissão especial de revisão das emendas, ou seja, não era prevista no Projeto de Vasconcelos, o que demonstra a preocupação do legislador em garantir a reserva do legal em sua forma ampla.

Inserida no princípio da legalidade, essa doutrina da irretroatividade da lei mais gravosa, segundo Ferrão (1856, v. 3, p. 10) é uma

consequência rigorosa do direito de punir. [...] Se se trata da incriminação de um fato, até então permitido, não há infração naquilo, que o poder social ainda não tinha proibido. Se se trata da agravação da penalidade, a violação da lei penal social não pode arrastar contra o delinquente uma responsabilidade mais grave do que a fixada pelo poder encarregado de determiná-la.

Por isso, não há como se falar em *nullum crimen sin lege* sem falarmos em *nulla poena sine lege*. A legalidade em sua forma ampla abarca tanto ao crime quanto à pena, ou seja, não pode haver outra definição do crime do que aquela que a lei estabelece, bem como pena maior do que aquela prevista durante a prática do delito.

Pois bem, o que dá valor jurídico a um ato criminoso não pode ser mais o rei ou seus delegados, mas a autoridade legislativa. Por isso, para o conceito de crime, a legalidade é essencial e assumiu o artigo inicial do código, que aproveitou para apagar toda diferença conceitual entre crime e delito.<sup>84</sup>

No artigo 2º, o Código sublinha as condições positivas de criminalidade:

1º Toda a ação ou omissão voluntária contrária as Leis penais.

2º A tentativa do crime, quando for manifestada por atos exteriores, e princípio de execução, que não teve efeito por circunstâncias independentes da vontade do delinquente.

[...]

3º O abuso de poder, que consiste no uso do poder (conferido por Lei) contra os interesses públicos, ou em prejuízo de particulares, sem que a utilidade pública o exija.

4º A ameaça de fazer algum mal a alguém.

A disposição do parágrafo 1º compõe-se de um elemento objetivo, que é a contrariedade à lei penal, e um elemento subjetivo, que é a voluntariedade do agente. Quando o Código diz que é crime ou delito toda ação ou omissão voluntária

---

<sup>84</sup> Segundo Tobias Barreto (s.d, p. 38), o propósito de estabelecer no artigo 1º que, para fins daquele código, as palavras crime e delitos seriam sinônimas, foi de deixar claro que, quanto a isso, não seguia o Código Francês de 1810. Pois, segundo o artigo 1º deste último, havia diferença entre *contravenção*, *delito* e *crime*. FRANÇA. *Code des Delits et des Peines*. Paris: Hacquart, 1810, p. 01.

contrária à lei, deve-se entender que, pouco importa o meio, mas a voluntariedade, ou seja, a ação ou omissão determinada pela livre vontade do sujeito.

A expressão “ação ou omissão voluntária” utilizada pelo legislador subscreve um dos tópicos mais marcantes do racionalismo do direito penal. Relaciona-se ao fato de que, para pressupor um crime, é necessário identificar no agente condições psicológicas para a prática do delito e não só sua prescrição em lei. Essa doutrina foi acrescentada pela comissão mista ao Projeto de Vasconcelos, o que demonstra que os autores do CCIB estavam atualizados quanto às novas teorias do direito penal e dispostos a elaborar um sistema correspondente ao seu tempo, ou seja, racional.

A segunda condição positiva da criminalidade diz respeito à tentativa. Seu conceito foi retirado do Código de Napoleão (artigo 2º). Porém, no Brasil, como o caráter punitivo é diferente do francês, isto é, menos autoritário, a punição da tentativa difere-se bastante. Para o Código de 1810, os crimes e delitos na forma tentada são punidos com mesma severidade daqueles crimes e delitos em sua forma não tentada. Já o Código de 1830 não seguiu esta regra, para quem os crimes na sua forma tentada são punidos com as “mesmas penas dos crimes, menos a terça parte em cada um dos graus” (artigo 34). Para fundamentá-lo tal disposição, observamos que Beccaria (s.d, p. 81) estabelece em seu tratado que

uma ação que seja o começo de um delito e que prova a vontade de cometê-lo, merece um castigo, mas menos grande do que o que seria aplicado se o crime tivesse sido cometido. Esse castigo é necessário, porque é importante prevenir mesmo as primeiras tentativas dos crimes. Mas, como pode haver um intervalo entre a tentativa de um delito e a sua execução, é justo reservar uma pena maior ao crime consumado, para deixar àquele que apenas começou o crime alguns motivos que o impeçam de acabá-lo.

A terceira condição positiva de criminalidade diz respeito ao princípio da utilidade, que será explicado com mais propriedade em momento oportuno. Porém, cumpre-nos dizer aqui, que a falta de utilidade pública nas ações do governo também configura crime segundo o legislador oitocentista, mais uma prova de que estavam atualizados com as mais modernas doutrinas penais europeias, em especial a inglesa de Jeremy Bentham e a de seus seguidores. Com efeito, importa não nos abster de falar que o Brasil saía de um velho regime e entrava em um novo, cujo

exercício da autoridade pública era uma derivação da vontade nacional. Logo, convinha estabelecer como princípio regulador da matéria penal este parágrafo.

Por fim, a última condição positiva de criminalidade é a “ameaça de fazer algum mal a alguém”. Como a ameaça não é uma simples vontade, naturalmente o legislador entendeu que seria melhor estabelecer este parágrafo à parte do primeiro, como forma de resguardar a consciência da segurança do direito.<sup>85</sup>

As condições de criminalidade como puderam perceber, estão amplamente ligadas ao princípio da legalidade. Só pode ser considerado crime se puder ser enquadrado em um dos parágrafos do artigo 2º. Porém, o alcance desses pressupostos não é o suficiente para tornar o indivíduo responsável pelo ato criminoso, pois, segundo o artigo 3º “não haverá criminoso ou delinquente, sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de praticá-lo”.

Mesmo que para Tobias Barreto, um crítico do CCIB, este dispositivo que estabelece a presunção do dolo causou uma incerteza no âmbito judiciário, porque na prática vinha gerando decisões que a sociedade desaprovava, além de deixar de prever o crime culposos, sendo posteriormente complementado pela Lei 2.033 de 20 de setembro de 1871 (s.d, p. 60), contemplando um importante ensinamento de Bentham. Pressupõe que para haver delinquência deve haver consciência e intencionalidade.

Segundo o artigo 3º do Código de 1830, para que um sujeito seja considerado criminoso, é necessário um vínculo subjetivo de sua conduta com o fato criminoso. Para o legislador, que provavelmente leu a doutrina de Bentham, o conhecimento do mal e a intenção de praticá-la são esses elementos (cognitivo e volitivo) que fazem o vínculo subjetivo.

No que diz respeito às ações com vistas à punição, para Bentham, há quatro elementos, entre outros, que devem ser levados em consideração: o ato, as circunstâncias; a intenção; e a consciência (BENTHAM, 1823, v. 1, p. 119). Se não há intencionalidade ou consciência no ato do indivíduo, a punição se torna “ineficaz” (BENTHAM, 1823, v. 2, p. 08). Provavelmente Vasconcelos se baseou nessa

---

<sup>85</sup> Vale ressaltar que todas as quatro condições de criminalidade haviam sido previstas no Código de Vasconcelos. Porém, a primeira sofreu o acréscimo do elemento subjetivo que é a voluntariedade do agente, retirada, possivelmente dos ensinamentos de Bentham e dos diversos códigos penais que também prescreviam tal doutrina, como o Espanhol e o de Livingston.

doutrina para escrever o artigo segundo de seu projeto, que foi mantido pela comissão mista e passou a integrar o Código em 1830.<sup>86</sup>

O elemento “circunstâncias” do crime também, claramente, influenciou o legislador Brasileiro, que do artigo 15 a 20 do Código estabeleceu as circunstâncias agravantes e atenuantes do crime. O artigo que mais nos chama a atenção é o 19: “Influirá também na agravação ou atenuação do crime a sensibilidade do ofendido” (CCIB, 1830). Essa concepção foi diretamente retirada da *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* de Bentham, para quem a pena deveria adequar-se à sensibilidade do ofendido: “Que a quantidade de pena aplicada para cada indivíduo infrator pode corresponder à quantidade de pena prevista para infratores semelhantes em geral, porém, as várias circunstâncias que influem sobre a sensibilidade devem ser levadas em conta” (BENTHAM, 1823, v. 2, p. 22).

## 2.5 PRINCÍPIO DA UTILIDADE

Todos os desdobramentos da legalidade são conseqüências lógicas do princípio da utilidade. Sabemos que o modelo liberal adotado pelo Estado brasileiro, após sua Independência, influenciou o direito penal da época, fazendo surgir novos critérios de punição e repressão criminal. Tais critérios foram amplamente influenciados pelo dogma da utilidade, idealizado por Jeremy Bentham. Para o inglês, o princípio da utilidade consistia na aprovação ou desaprovação de toda e qualquer ação que promove ou opõe-se à felicidade da parte cujo interesse está em questão. O objeto, pois, da utilidade é a produção de benefícios, vantagens, prazer, bem-estar e felicidade, o que impede a ocorrência de dano, dor, mal-estar e infelicidade (BENTHAM, 1823, v. 1, p. 2-4).

Desde as discussões iniciais nas Cortes de Lisboa, podemos identificar sinais do que se consideraria mais tarde como o século de Bentham, marcado por ideias do famoso jurisconsulto e, principalmente, influências diretas nas principais obras codificadoras dos Oitocentos. Os deputados portugueses e brasileiros passaram a

---

<sup>86</sup> Não há crime sem lei anterior que o qualifique, e sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal e intenção de praticá-lo (Artigo 2º- Projeto de Vasconcelos).

ter um rigoroso conhecimento das obras de Bentham, cujos exemplares foram oferecidos por ele mesmo às Cortes.<sup>87</sup> O jurista inglês costumava manter correspondência sobre questões de matéria constitucional, penal e civil, com pessoas de diferentes países, exercendo uma importante influência, tanto filosófica quanto política. Suas opiniões contribuíram para se fixarem as ideias de alguns constitucionalistas europeus nas primeiras décadas do século XIX, como os delegados das Cortes de Cádiz de 1821, que amplamente contribuíram para o constitucionalismo português e brasileiro (MORA, 2004, p. 290).

No Brasil, o espírito utilitarista já podia ser notado desde o início dos trabalhos da Câmara dos Deputados, em 1826, quando seus próprios membros revelaram ter “lido os celebres juristas modernos, principalmente o ilustre Jeremias Bentham”.<sup>88</sup> Antes disso, porém, a ideia fundamental de Bentham já havia sido prevista na CIB (“nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”), o que não nos surpreende ter chegado ao CCIB, como no artigo 2º, que prevê que “julgar-se-á crime ou delito [...] o abuso de poder, que consiste no uso do poder (conferido por Lei) contra os interesses públicos ou em prejuízo de particulares, sem que a **utilidade pública** o exija (grifo nosso)” (CCIB, 1830).

Essa ideia desenvolvida por Bentham e inserida no CCIB indica que toda ação de governo, portanto, toda lei, só pode produzir efeitos positivos quando caracterizado o elemento “utilidade pública”. Nesse sentido, a legislação como um todo, inclusive a criminal, deve ser útil, na medida em que tem por fim promover a felicidade geral. Mesmo que a punição seja, em si mesmo, um mal, pois traz dor, seu fim deve trazer a felicidade (BENTHAM, 1823, v. 2, p. 1).

Impugnando os excessos punitivos de sua época, Bentham orienta seus leitores a elevarem o número de penas de prisão em lugar das penas corporais. Assim o fizeram os legisladores brasileiros, que, imbuídos das novas ideias liberais trazidas por Bentham e desejosos de deixar para trás o quadro punitivo do Livro V das Ordenações Filipinas, substituíram a maioria das penas mais cruéis por prisão e multa.

---

<sup>87</sup> Sessão das Cortes Gerais 341ª de 10 de abril de 1822. *Diário do Governo de abril de 1822*. N.º 84. Lisboa: Imprensa Nacional, 1822. p. 578.

<sup>88</sup> Parecer da Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal da Câmara dos Deputados, lido na sessão de 01 de agosto de 1826, ACD.

Se percorrermos atentamente a construção teórica do princípio da utilidade do direito de punir, veremos que desde a reelaboração da dogmática penal, veio se alterando a consideração medieval de crime como pecado, sujeito à penitência (expição) por delito, sujeito à pena (reparação). Em tal percurso se encontra o movimento de humanização das penas, muito bem representado por Beccaria em *Dos delitos e das penas*, originalmente publicado em 1764.

Interessante notar que, em Mello Freire, já encontramos a adesão de uma tese contratualista do direito de punir (§ XI), juntamente com a defesa das teorias de retribuição e prevenção (utilitarista):

A pena é, na definição de Grócio [...] o mal do sofrimento, que **é infligido por causa do mal da ação** [...]. O objetivo das penas **é a segurança do lesado, a emenda do lesante, e o exemplo dos outros**, a saber, para que os outros fujam de perpetrar crimes semelhantes (grifo nosso) (MELLO FREIRE, 1794, p. 64-65).

Neste trecho retirado das *Instituições*, temos que a pena é “infligida por causa do mal da ação”. Essa afirmação retirada de Hugo Grócio é a transcrição da teoria retributiva, para quem a pena equivale ao mal praticado. Todavia, muito mais acentuada é a teoria da prevenção. Quando Mello Freire trata dos fins das penas, em síntese, afirma que são três objetivos da punição das ofensas à lei: “emendar aquele que é punido”; “tornar os outros melhores”; e “fazer mais segura a vida dos restantes” (MELLO FREIRE, 1794, p. 65).

Aparentemente, as duas teorias adotadas por Freire e por diversos penalistas e códigos do século XIX são totalmente opostas. Porém, vale a pena abrir um parêntesis para os ensinamentos de Pires (1998, p. 13), para quem ambas as teorias, retributiva ou preventiva, alimentam a mesma racionalidade penal moderna. Por exemplo, o próprio Beccaria afirma que a certeza da punição é mais importante que a sua gravidade, logo deve ser inevitável (s.d., p. 113). Esse pensamento, ao invés de criticar a teoria retributiva, renovou a ideia de que existe um tipo de “obrigação” pragmática e política na punição, não excluindo a “necessidade” de punição (PIRES, 1998, p. 13).

No momento em que se fundamenta o direito de punir moderno, desloca-se o sentido do direito como uma “faculdade”, para uma “obrigação”. De fato, essa

convicção, que está amplamente ligada às transformações políticas da segunda metade do século XVIII, não estava presente no pensamento de Grócio no primeiro quartel do século XVII (PIRES, 1998, p. 44).

De fato, “é muito comum encontrarmos teorias ‘mistas’ ou ‘conciliatórias’ da pena criminal, que refletem a noção de que a punição penal fundamenta-se a um só tempo em prevenção e retribuição” (QUEIROZ, 2008, p. 44). Essa conciliação pode ser identificada em Mello Freire. Todavia, para este expoente da racionalidade penal moderna portuguesa, a pena assume mais caráter preventivo do que retributivo – “as penas foram estabelecidas, não tanto para punir, como para prevenir os crimes”. Por isso, não hesitou em afirmar que “na imposição das penas somente se deve olhar a utilidade pública” (MELLO FREIRE, 1794, p. 80).

Essa foi também a essência do Código de 1830, amplamente influenciado por Mello Freire e pela doutrina coimbrã, cujo utilitarismo se fez notar nos traços humanistas da lei penal brasileira.

Antes de nos aprofundarmos no quadro punitivo do CCIB, em especial comparação com o do Livro V das Ordenações, vale registrar que alguns eventos do processo legislativo nos ajudarão a entender melhor as intenções do legislador no momento de decidir quais prescrições penais do Projeto de Vasconcelos permaneceriam e quais seriam modificadas.

Sabemos que o processo legislativo que criou o Código compreendeu, em síntese, a apresentação de dois projetos à Câmara dos Deputados, a escolha do Projeto de Vasconcelos como base para os trabalhos da Comissão Mista, o oferecimento de novo projeto pela referida comissão, a votação em plenário da Câmara dos Deputados para manutenção da pena de morte e galés, a aprovação final do Código nas duas Câmaras e a sanção imperial. Logo, em um dado momento, como pudemos perceber, a questão do quadro punitivo foi levado à plenário na Câmara dos Deputados, sendo, portanto, este evento que nos interessa agora.

Na sessão do dia 11 de setembro de 1830, às vésperas da aprovação do CCIB, ainda não se havia discutido no plenário da Câmara dos Deputados sobre a manutenção da pena de morte e galés. Ocorre que o deputado Paula e Souza fez um requerimento para que se criasse uma comissão especial para julgar, entre todas as emendas apresentadas, aquelas absolutamente indispensáveis para entrar

em discussão e votação em plenário. Após a leitura do requerimento, Pinto Chichorro, que aprovava a proposta, fez uma importante ressalva: “tenho que lembrar uma coisa, e vem a ser, que antes de se nomear esta comissão se trate da questão preliminar sobre a pena de morte e de galés”. Tal ressalva foi apoiada por Rebouças, para quem era indispensável que naquela Câmara se discutisse a “grande e importante questão das penas de morte e galés”. E mais, se não fosse discutido preliminarmente, poderia “o novo trabalho [da nova comissão eleita] transtornar o sistema”.

No entanto, resolveu-se naquele mesmo dia 11 aprovar o requerimento de Souza França, relativo à eleição da comissão especial, salvo a emenda de Pinto Chichorro, que foi posta à discussão depois que Limpo Abreu, Paula e Souza e Luiz Cavalcanti foram eleitos para compor a comissão. Assim, dos dias 11 a 15 de setembro iniciou no cenário da Câmara dos Deputados o debate em torno da manutenção da pena de morte e galés, e importantes conclusões podemos retirar desta discussão.<sup>89</sup>

Importante ressalvamos que, da análise das fontes, isto é, dos Anais da Câmara dos Deputados que comportam os debates relativos ao quadro punitivo, buscamos compreender os interesses mais íntimos dos legisladores, ainda que a retórica liberal carregasse o discurso de princípios e teorias iluministas. Veremos que, a maioria dos deputados faziam vistas grossas a muitas conquistas do século das Luzes, em detrimento ao pragmatismo da segurança pública, a exemplo da escolha da pena capital para o controle sobre a população escrava – “dois milhões de escravos, todos ou quase todos capazes de pegarem em armas” (Paula e Souza, ACD, 15/09/1830). Assim, tanto os defensores quanto os opositores à pena de morte tinham um mesmo valor em vista: a preservação da paz, que é contrária à impunidade e ao descontrole.

Antes de adentrarmos nos debates que ocorreram entre os dias 11 e 15 de setembro de 1830, vale salientar que a pena de morte estava presente no Projeto de Vasconcelos, ou seja, aquele usado como base para os trabalhos da comissão mista. Eram punidos com a morte: 1 – o condenado a galés perpétuas que por outro

---

<sup>89</sup> Importante ressalvamos que, da análise das fontes, isto é, dos Anais da Câmara dos Deputados que comportam os debates relativos ao quadro punitivo, buscamos retirar, como na introdução desta dissertação foi abordado, o sentido de cada fala, a intenção de cada orador e a força retórica de seu discurso.

crime incorrer ou tiver incorrido em pena de galés temporária, prisão por mais de quatro anos, banimento por seis anos ou desterro por oito ou mais anos (artigo 103); 2 – o que matar alguém com veneno, incêndio, inundação ou com alguma outra circunstância agravante prevista no projeto (artigo 149); 3 – o que cometer o crime de forçamento de cadeia, se escravo ou se o preso tiver sido condenado à morte (artigo 286 combinado com o artigo 285); 4 – o que tentar diretamente e de fato destruir a constituição política do império, se condenado em grau máximo (artigo 311, § 1º); 5 – o que cometer qualquer hipótese do delito de traição, se consumado, excetuado o § 3º do artigo 311 (artigo 313 combinado com o artigo 311).

Quando da apresentação do projeto pela comissão mista, a pena de morte foi suprimida do novo projeto, “cuja utilidade raríssimas vezes compensa o horror causado na sua aplicação, principalmente no meio de um povo de costumes doces, qual o brasileiro” (ACD, 31/08/1829). Assim, quando foi a debate em setembro de 1830, já estava ausente do projeto. Logo, a deliberação, de fato, foi no sentido de sua reintrodução no projeto e não de sua manutenção.

Outro evento importante que vale a pena ressaltar antes de iniciarmos a análise das discussões de setembro de 1830, foi as intervenções de Antônio Ferreira França na sessão de 6 de maio daquele mesmo ano, para quem a pena de morte se achava abolida pela constituição. Pois bem, a segunda parte da ordem do dia 06 de maio de 1830 era o parecer da comissão mista sobre o projeto do código criminal. Porém, a curta discussão do parecer ficou restrita às falas de Antônio Ferreira França e seu filho Ernesto Ferreira França. Após o pronunciamento de Ernesto, que se mostrou a favor das emendas apresentadas pela comissão, Antônio teve a palavra e inicia sua fala oferecendo uma resolução relativa ao projeto e também de matéria constitucional: “Está abolida pela constituição dela faço esta interpretação e eu creio esta pena achar-se abolida”. Referindo-se à pena de morte e encontrando apoio em seu filho, Antônio Ferreira França pediu licença para dizer que havendo dito isso, a causa merecia primeiro lugar, pois a proposta era constitucional. Porém, o presidente da sessão imediatamente interveio afirmando que naquele momento a discussão não tratava sobre aquele objeto.

Enfim, Ernesto Ferreira França, ao final da sessão, apresentou quatro emendas, sendo a última delas baseada nos argumentos de seu pai: “4ª. Que desde já se

suprima no projeto a pena de morte natural e com este pressuposto se reforme a escala das penas”. Esta emenda foi postergada, por deliberação da Câmara, apenas sendo tratada meses depois, nas sessões de setembro.

Logo, como podemos notar, a questão da pena de morte não se restringiu aos debates travados nos momentos finais do processo legislativo que criou o código. Muito antes, pudemos perceber a preocupação do legislador com esta matéria, que antecipava as intermináveis controvérsias que viriam surgir em momento oportuno e dedicado apenas a esta discussão, como os debates de setembro.

Ao longo dos dias 11, 13, 14 e 15 de setembro, vinte pronunciamentos foram feitos relativos à pena de morte, sendo que quatorze defenderam sua abolição e seis, sua manutenção. Inobstante a tendência ser a não previsão da dita pena no Código de 1830, pelo grande número de discursos favoráveis à sua abolição, alguns importantes fatores foram levados em consideração e impulsionaram a maioria dos deputados a votarem pela sua permanência na legislação. Um deles é a manutenção do sistema escravista. Mesmo que estranha às premissas liberais dos dirigentes do Império, a obstinação em preservar a propriedade fundamental, responsável por grande parte da mão-de-obra da sociedade (escrava), refletiu nas opções aprovadas nos debates de setembro.

Como pudemos ver no início deste capítulo, quando abordada o tema da conjuntura política vintista, o grau de inovação do primeiro liberalismo no Brasil em matéria penal teve mais relação com o contexto político do processo de Independência e de legitimação do Estado-nacional liberal, do que, de fato, com alterações na dinâmica social e política de bloqueio do homem livre. Assim, durante as rotas da Independência, o projeto político liberal tendeu para a manutenção do sistema oligárquico escravista, pois a elite política desejava o mínimo de alterações possíveis na economia e na sociedade. Estava empenhada, pois, em construir um novo arcabouço jurídico, implementando uma reforma administrativa do aparelho judicial e alterando a velha filosofia penal medieval das Ordenações.

Dito isso, sabemos que a tendência, de fato, seria pela manutenção da pena de morte no sistema penal imperial, mas os discursos inicialmente nos levaram a crer, pela quantidade de falas contra a referida pena, que sairia ganhando o voto pela sua abolição. Pois bem, vejamos o que nos indicam os dados da chamada dos

presentes na seção do dia 15 de setembro de 1830: “Fez-se a chamada, e se acharam presentes 74 Srs. deputados”. Sabemos que desde o dia 11 ao dia 15 de setembro de 1830, 20 foram os pronunciamentos sobre a questão da abolição da pena de morte do sistema penal brasileiro, ou seja, apenas uma pequena parte dos deputados se manifestou sobre esta questão. Acreditamos que muitos já tinham seu convencimento formado, pois, de acordo com a fala dos que se manifestaram a favor de sua permanência, esse foi um dos argumentos para sua votação de imediato, sem mais delongas, sem longas discussões. Desta forma, tinham a convicção de que as falas dos deputados contrários à dita pena, de nada adiantariam para mudar a motivação daqueles que tinham o voto formado. Senão vejamos alguns trechos que demonstram isso:

Todos os Senhores. têm examinado esta importante questão, e não há quem não tenha lido quantos escritores, filósofos tem escrito sobre esta matéria. Portanto, a questão já se acha bem desenvolvida, e escusada entendemo-nos a mostra-se é convincente, ou injusta a pena de morte. **Cada um de nós tem formado o seu juízo a pena de morte [...] já sabemos como havemos de votar, e por isso escusado é expender tantas teorias** (grifo nosso) (Vasconcelos, ACD, 15/09/1830).

**A causa pela qual eu, e os demais senhores de opinião diversa da abolição da pena de morte, não temos falado, não é pela causa, que aqui se tem suposto; mas porque julgávamos desnecessário falar sobre esta matéria, que não é nova, e porque suponhamos que todos os Srs. deputados já estavam com o seu voto formado.** Todavia Senhor Presidente, sou chamado a campo: permitam-me os meus honrados colegas, que eu diga alguma coisa. Senhor Presidente, se acaso tivéssemos de tratar esta questão em geral, nunca era nesta casa, que a devíamos tratar, mas sim nas academias, e de aplicar esta pena. **Este código está impresso desde 1827, e é por isso, que não queríamos falar, mas só votar para aproveitarmos o tempo, e por julgarmos esta discussão ociosa** (grifo nosso) (Paula e Souza, ACD, 15/09/1830).

Paula e Souza e Vasconcelos dividiam o mesmo entendimento sobre a manutenção da pena de morte. O primeiro deles, inclusive, afirma que o Código já estava impresso desde 1827, ou seja, mesmo ano em que o projeto do deputado mineiro foi impresso. Assim, concluímos que Paula e Souza não só partilhava da mesma opinião de Vasconcelos, como era um grande admirador de seu trabalho. Logo, da

mesma forma que Paula e Souza, possivelmente outros deputados haviam se identificado com o discurso do deputado mineiro.

Isabel Lutosa (2001), ao escrever sobre o “primeiro político de fato que o Brasil conheceu” recorda que, no dia 06 de maio de 1826, quando o imperador abriu os trabalhos da Assembleia Geral, entre seus membros da Câmara dos Deputados, representando a província de Minas Gerais lá estava Bernardo Pereira de Vasconcelos, que

Estreando timidamente em 1826, logo se transformou no orador mais brilhante e na primeira voz da oposição. Os contemporâneos ressaltavam a precisão lógica e a agudeza de seu raciocínio, veiculado por meio de discursos em que a ironia e o sarcasmo funcionavam como eficazes armas retóricas.

Este brilhante orador mineiro possivelmente convenceu a maioria absoluta dos presentes da sessão de 15 de setembro de 1830 para votarem a favor da manutenção da pena de morte e galés no CCIB. Porém, diferentemente do que advogava, a pena de morte só recaiu nos crimes de escravo e homicídios. Vasconcelos pleiteava, por meio de suas únicas duas falas (dias 14 e 15), a permanência da referida pena “nos casos estabelecidos no Código” (ACD, 15/09/1830), possivelmente naqueles 05 casos previstos em seu projeto, que há pouco foram citados.

A partir das duas falas de Vasconcelos, julgamos oportuno expor cinco de suas principais teses para manutenção da pena de morte. Primeiramente, o mineiro chama a atenção dos deputados a favor da abolição da pena de morte a refletirem sobre a falta de prisões para receber os que cometerem grandes crimes. Em segundo lugar, afirma que se ouvisse a voz do seu coração, de certo votaria contra a pena de morte, pois sustenta ter antipatia até à pena de galés e prisão. “Mas a inocência é a vítima do crime” e deve-se “olhar para a segurança pública com preferência a tudo” (ACD, 15/09/1830). Em terceiro lugar contradisse a tese de Ferreira França, de que a pena de morte era inconstitucional, lendo o artigo 27 da CIB, que prevê que “nenhum Senador ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital”, comprovando sua admissão. Após, refutando a tese de que o Senado não aprovaria o Código com a pena de morte,

defende que, na lei da responsabilidade dos ministros de estado, a Assembleia Geral (cujo Senado faz parte) aprovou a pena de morte. Logo, “que razão, pois haverá para que o senado mude de opinião? O que acontecerá, é que o senado multiplicará a pena de morte, regulando-se pelo Código Filipino” (ACD, 15/09/1830). Com eloquência, por fim, Vasconcelos até argumenta contra o discurso religioso do deputado Rebouças, de que a morte era proibida pelas leis divinas, afirmando que não era teólogo, mas que “se fosse necessário mostraria, que pelas leis divinas se impõe a pena de morte” (ACD, 15/09/1830).

As cinco principais teses expostas por Vasconcelos entre os dias 14 e 15 de setembro (penúltima e última sessão antes da votação) nos mostram que o deputado mineiro destacava-se quanto à astúcia e precisão com que refuta cada tese levantada a favor da abolição da pena de morte. Sua autoconfiança nítida no sarcasmo de algumas de suas falas demonstra a força de sua retórica que, possivelmente, foi crucial na votação em questão.

Os outros deputados que, pela ordem, tomaram a palavra para se manifestar contra a abolição da pena de morte foram Rego Barros, Paula Cavalcanti e Paula e Souza. Todas as falas ocorreram no dia 15 de setembro e vale a pena transcrever, primeiramente, parte dos argumentos do primeiro orador, dentre os três:

Somente sustentarei que a pena de morte não pode ser impopular entre nós, observando se que o Brasil não tem essas prisões seguras, como os países onde esta pena foi abolida; assim como também esses países não tem a numerosa escravatura que o Brasil encerra em seu seio. **A pena de morte deve com efeito ser abolida nos casos políticos, porém não nos casos de homicídio e para conter a escravatura, pois que esta é a única pena que a pode conter. Nos erros políticos não a posso admitir,** porque eles procedem da má inteligência das causas; e mesmo muitas vezes, o partido vencido, seja o bom partido; isto é aquele que faria a felicidade da nação se o seguisse. É pois para o bem do meu país que eu voto à favor da pena de morte em alguns casos; e eu ousou dizer com todo o orgulho que [...] votei contra a pena de morte nos casos políticos, e a favor dela quando a severidade das leis deve exigir vingança do sangue derramado, ou para segurar nossa existência contra os escravos (grifo nosso) (ACD, 15/09/1830).

Dito isso, o deputado Rego Barros, na mesma sessão, oferece uma emenda com os seguintes termos: “extingua-se a pena de morte nos erros políticos”. Esta emenda foi seguida da de Paula e Souza que dispôs: “Que no código só se conserve a pena de morte no grau máximo do crime de homicídios, e de cabeças de insurreição”.

Cumprir destacar que, no discurso de Rego Barros, uma mudança no que tange ao projeto inicial de Vasconcelos foi proposta. É totalmente contra a pena de morte nos casos políticos, diferentemente do deputado mineiro, que também assumia uma clara posição liberal não prescrevendo pena de morte para a maioria dos crimes políticos. Mais uma vez retomamos aos ensinamentos de Flory (1986, p. 173-175), com que comungamos, para quem os liberais que se opunham ao imperador e desejavam restringir seu poder para perseguir os inimigos políticos (que muitos eram eles mesmos), inclinaram o quadro punitivo do código a favor dos dissidentes e revolucionários políticos. Acreditamos, com isso, que não foi difícil Rego Barros encontrar adeptos à sua emenda, já que, segundo o publicista conservador mais destacado do Brasil, Justiniano José da Rocha, tratava-se de uma “década liberal”, de “inovações radicais” e de “superação de tradições” (FLORY, 1986, p. 203).

Vale a pena abrir um parêntesis aqui para um importante fato. Conforme Carvalho (2011, p. 204), até 1837, não podemos falar em partidos políticos no Brasil. As organizações políticas ou parapolíticas que existiam antes, na maioria, era do tipo secreta e de influência maçônica. Somente após a abdicação começaram a formar sociedades mais abertas. Assim, como Justiniano José da Rocha afirmara, tratava-se de uma “década liberal”, o que é totalmente diferente do que falamos em Partido Liberal. Logo, não havia programa partidário, mas fortes lideranças políticas, como Vasconcelos.

Adorno (1988) sugere, dentre outros, três movimentos de difusão cultural do liberalismo no Brasil: a formação dos intelectuais brasileiros em Coimbra; a participação da maçonaria nos projetos separatistas; e o envolvimento dos clérigos com a maçonaria. Até a Independência, a educação superior se concentrava na Universidade de Coimbra e sobre a atmosfera intelectual que lá dominava. Durante o século XVIII, com a expulsão dos jesuítas de Portugal, o ensino coimbrã passou por uma modernização técnica. Nesse ínterim, o Iluminismo chega a Portugal. Mesmo que o Iluminismo português tenha se assemelhado ao italiano, não

irreligioso e revolucionário, os estudantes brasileiros em Portugal tiveram acesso à ideologia do liberalismo, possibilitando a formação cultural dos futuros estadistas e construtores do Estado nacional. Além disso, no fim do período colonial, fundaram-se as lojas maçônicas no Brasil. Foi nesse espaço de sociabilidade que se organizou o movimento emancipatório (BARATA, 2002). A maçonaria criou uma base institucional político-ideológica para propagar as ideias separatistas, o que em muito influenciou os rumos da Independência e os projetos liberais na Assembleia. Registramos ainda o envolvimento dos clérigos com a maçonaria. Apesar de as Ordens Religiosas e dos Seminários não atuarem como instituição político-ideológica como a maçonaria, muitos clérigos lutavam em nome do humanismo e das ideologias políticas iluministas filiando-se às sociedades secretas (ADORNO, 1988).

Pois bem, mesmo que durante a votação da pena de morte no Brasil não podemos falar em programa ou ideologia político-partidária liberal, podemos falar em um núcleo bastante conciso de construtores do Estado imperial formado pela coalização, sobretudo, de magistrados (27%), padres (23%), fazendeiros (10%), bacharéis (8%) (CARVALHO, 2011, p. 108). Muitos desses deputados, ao mesmo tempo em que defenderam o processo emancipatório do Brasil, logo, eram simpatizantes do liberalismo político, possuíam grandes propriedades que dependiam da mão-de-obra escrava. Assim, esses dados podem corroborar com a nossa tese do porquê foi aprovada a abolição da pena de morte para os crimes políticos e sua não abolição para os crimes de rebelião escrava.

Mesmo que a maioria absoluta dos oradores, que por sinal, mostrou-se brilhante na arte da retórica, defendesse a abolição completa da pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro, o futuro para essa pena já estava traçado, pelo menos enquanto a escravidão fosse admitida no Brasil. Pois bem, mesmo que ela tenha sido admitida, vale a pena citarmos e transcrevermos os principais argumentos e teses para sua abolição. Como já demonstramos, das vinte falas proferidas a esse respeito nas sessões de 11 a 15 de setembro de 1830, seis se manifestaram contra sua abolição e dezesseis a favor. Desses dezesseis, se encontram os deputados Rebouças, Carneiro da Cunha e Ribeiro de Andrade, os únicos que se pronunciaram em 11 de setembro.

Rebouças é o primeiro a lançar o argumento religioso e a tese da invasão ao Poder Divino.

A sociedade reconhece que ninguém se pode suicidar, porque só a Deus, que fez o homem e lhe deu o ser, pertence tirar ao homem a vida que lhe deu. Se, pois se quiser conceder que haja alguma sociedade para a qual ou da qual os associados comprometessem suas vidas, devemos crer que essa sociedade é composta por loucos, e o efeito da loucura nunca deu, nem jamais estabeleceu direito, e muito menos poderá servir de exemplo. Logo, qualquer pretensão sobre a vida do homem não é fundada em direito algum. Logo é uma iniquidade, uma invasão ao Poder Divino (ACD, 11/09/1830).

Lino Coutinho, defensor da mesma tese religiosa, refere-se à pena de morte como uma “obra do demônio” por ser “manifestamente contra a divindade e contra a natureza” (ACD, 15/09/1830).

O segundo argumento de Rebouças é compatível com o de Antônio Ferreira França, que já foi por nós ventilado. Refere-se à sua positiva contrariedade à constituição, pois, o artigo 179, § 2º diz que “nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública”, o § 18 “promete um código criminal fundado nas bases de justiça e equidade” e o § 19 e 20 “declara abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis”, e “prescreve que nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. A inconstitucionalidade da pena de morte defendida por Rebouças refere-se ainda ao § 21 do artigo 179 da Constituição de 1824, que estatui casas de correção, determinando que as cadeias sejam seguras, limpas e bem arejadas, com casas diversas e separadas para os réus. “Mesmo no parágrafo final a nossa constituição coroa o respeito que consagra pela inviolabilidade dos direitos dos homens” (ACD, 11/09/1830).

Além desses dois argumentos citados acima, Rebouças elenca uma série de outros, dentre eles: “não era necessário o ódio”; “a experiência convence que a pena de morte rara, às vezes teria sido repressiva”; e “as luzes do século, a verdadeira filosofia e evangelho, todo o cristianismo, conspiram contra a pena de morte”. Assim, termina seu pronunciamento reprovando a pena de morte para que não ficasse manchado o código por eles criado.

Carneiro da Cunha, o próximo deputado a se manifestar a favor da abolição da pena de morte, mantém argumentos semelhantes ao de Rebouças, afirmando duas principais teses, que são resumidas a seguir:

É incontestável, Senhor Presidente, que a pena de morte ataca todos os princípios de igualdade, de justiça e de humanidade, que se opõe ao Poder Divino, que a nenhum indivíduo concedeu o terrível e funesto direito de privar da existência o seu semelhante

Não é da falta desta pena que tem resultado a desmoralização, e menos o terror que ela incute servirá de repressão ao malvado, que se dispõe a ser o assassino de seu semelhante (ACD, 11/09/1830).

Semelhantemente, Ribeiro de Andrade, o último deputado a se manifestar no dia 11 de setembro, também usa argumentos parecidos com os anteriores, porém, com um pouco mais de profundidade teórica, senão vejamos uns de seus parágrafos que julgamos mais interessantes:

A pena de morte considerada em sua eficácia material tem por fim reduzir o culpado à impotência, suprimir o perigo social pela morte do inimigo, e procurar a segurança da sociedade pela satisfação de uma vingança; Se o culpado preso e nos ferros está impossibilitado de perpetrar novos crimes, que mister há de condená-lo à morte? Não é ir contra os fins da sociedade que tem por fito a conservação de seus membros? Não é semelhantemente pena verdadeira duplicação de pena? (ACD, 11/09/1830)

Com o elucidado argumento acima, sustenta, por fim, o argumento religioso, apelando para as escrituras bíblicas: “Oh sepulcro! Onde está tua vitória? Oh morte! Onde está teu aguilhão?”. Encerra-se, pois, a discussão sobre a pena de morte e galés daquele dia com apenas o pronunciamento dos três deputados acima descritos.

No dia 13 de setembro, apenas o deputado Ernesto se manifestou. Seu discurso utilitarista merece nosso destaque:

Qual será o meio mais capital de promover-se a moral? É promovendo a instrução pública, para que o homem conhecendo os seus direitos, os saiba respeitar nos seus semelhantes e conheça igualmente os seus deveres para com a nação. As penas não são os verdadeiros meios com que se extirpam os delitos, é sim com casas de correção, promovendo a instrução

primária e a moral pública, e não com péssimo sistema de sacrificar homens (ACD, 13/09/1830).

No dia 14, foi a vez que Vasconcelos abrir a discussão. Inicialmente, julgou necessário que os deputados a favor da abolição da pena de morte e galés se manifestassem sobre qual pena substituíram-nas, caso fossem, de fato, abolidas. Também sugeriu que a Câmara declara-se se o código votado compreendia os escravos. Após, Vasconcelos passou a palavra ao deputado Henrique de Rezende que, segundo o taquígrafo, disse que votava contra a pena de morte.

Outros pronunciamentos a favor da abolição da dita pena aconteceram naquele dia 14. Novamente Rebouças de manifestou, depois foi a vez de Martins Francisco. Este último expôs um interessante argumento que vale a pena transcrever:

Disse-se: se a câmara abolir a pena de morte, o código não passará do senado? Seremos nós estacionários procurando a opinião do senado para o seguirmos? Façamos a nossa obrigação, e deixemos o senado fazer a sua; porém eu julgo o senado muito filantrópico, e eles sem dúvida adotará esta supressão. Mas, supondo mesmo que não o faça, façamos o nosso dever; nós votamos segundo as nossas consciências (ACD, 14/09/1830).

Creemos que, a essa altura, o Senado já estava ciente dos rumos tomados na Câmara dos Deputados. Logo, independente das falas dos defensores da abolição, sabiam o resultado da votação.

O dia 15 de setembro, o último dia da discussão sobre a pena de morte e galés, onze pronunciamentos foram feitos, sendo oito contra a pena de morte e três a favor. Advogamos que o número de pronunciamentos a favor da pena de morte se intensificou neste dia, por corresponder ao dia da votação da emenda proposta por Rego Barros. Logo, Paula e Souza foram “chamados a campo”, assim como Paula Cavalcanti e Vasconcelos para empreender a tarefa de defender seus interesses.

Entre os deputados que se manifestaram a favor da abolição neste dia 15 de setembro estão: Lino Coutinho (que se manifestou duas vezes), Ernesto, Ferreira França, Holanda Cavalcanti, Ribeiro de Andrade, Rebouças e Carneiro da Cunha. As teses levantadas dos discursos mais enxutos proferidos neste dia reforçaram que a pena de morte “é manifestadamente contra a divindade e contra a natureza” (Lino Coutinho, ACD, 15/09/1830); “não era repressiva” (Ernesto, ACD, 15/09/1830); “a

constituição condena expressamente” (Antônio Ferreira França, ACD, 15/09/1830); e “o Brasil não quer discursos aparatosos, de leis úteis” (Holanda Cavalcanti, ACD, 15/09/1830). Enfim, robustecendo os argumentos anteriores contra a pena e refutando os novos argumentos a favor dela, a questão foi levada à votação ao final da sessão, ficando aprovada a emenda de Rego Barros, que abole a pena de morte nos crimes políticos e a mentem nos homicídios e revoltas escravas. Assim, o sistema penal do CCIB já se achava estabelecido e aprovado pelas duas Câmaras naquele mesmo ano.

Os artigos 33 ao 63 compunham-se das seguintes penas: morte, galés, prisão com trabalhos, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão de emprego, perda de emprego simples, perda de emprego com inabilidade e açoites.

O modo de execução da pena de morte seria dado na forca, depois que tivesse se tornada irrevogável a sentença e executada no dia seguinte da intimação (artigos 38 e 39). As galés sujeitavam os réus a andarem com “calceta nos pés e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos públicos da província, onde tiver sido cometido o delito, à disposição do governo” (artigo 44). Os menores de vinte e um anos e maiores de sessenta, não sofreriam esta pena, sendo substituída pela de trabalho com a mesma duração.

A pena de prisão com trabalho, segundo o Código, obrigaria aos réus a ocuparem-se diariamente de trabalho dentro do recinto das prisões (artigo 46). Enquanto não se estabelecessem os arranjos necessários para o trabalho nas prisões, elas seriam substituídas pela prisão simples, mais a sexta parte do tempo (artigo 49). Esta última deveria oferecer maior comodidade, segurança e proximidade, quando possível, do lugar do delito (artigo 48).

Outra espécie da pena prevista no Código era a de banimento. Segundo o artigo 50, “a pena de banimento privará para sempre os réus dos direitos de cidadão brasileiro, e os inibirá perpetuamente de habitar o território do Império. Os banidos, que voltarem ao território do Império, serão condenados à prisão perpétua.” Apesar da previsão deste artigo, o banimento não foi imposto a crime algum.

As penas de degredo e desterro, por sua vez, estavam reguladas no Código e impostas a alguns poucos crimes. Previa-se que “a pena de degredo obrigaria os réus a residir no lugar destinado pela sentença, sem poderem sair dele, durante o

tempo que a mesma lhes marcar” (artigo 51). Já a pena de desterro, obrigaria os réus a “sair dos termos dos lugares do delito, da sua principal residência e da principal residência do ofendido, e a não entrar em algum deles, durante o tempo marcado na sentença” (artigo 52).

Quanto à pena de multa, prevista em todos os tipos de crime (públicos, particulares e policiais), às vezes individualmente, às vezes combinada com outra pena, introduziu-se o sistema dia-multa que obrigava os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária “sempre regulada pelo que os condenados pudessem haver em cada um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a Lei especificadamente não designasse de outro modo” (artigo 55).

A pena de suspensão do emprego privava os réus do exercício de seus empregos, não podendo ser empregados em outros durante o tempo da suspensão, e a pena de perda de emprego importava a perda de todos os serviços que os réus prestavam (artigo 58 e 59). A perda de emprego, se expressa declaração de inabilidade, privavam os réus de nova nomeação (artigo 59).

Por fim, a pena de açoite era aquela aplicada ao réu escravo, cujo crime não prescrevesse a pena capital ou galés. O número de açoites era fixado na sentença, não podendo ultrapassar cinquenta. Essa pena foi abolida pela Lei 3.310 de 15 de outubro de 1886.

## 2.6 AB-ROGAÇÃO DAS ORDENAÇÕES

Como pudemos perceber, segundo o princípio da legalidade que fundamenta o direito criminal do novo Estado liberal, toda espécie de crime e sua respectiva pena contrária ao CCIB seria revogada. Assim, todo o Livro V das Ordenações Filipinas que ventilava sobre matéria penal foi ab-revogado pela lei que instituiu o Código.

Quando das *Instituições de direito criminal português* de Mele Freire, publicadas em 1789, diversas ordenações já haviam sido revogadas pelo desuso. Mello Freire elenca, pois, vinte e seis títulos do *Livro V* em desuso, que, cruzando-os com seus enunciados e penas, montamos o quadro abaixo.

### Quadro I

#### Delitos e suas respectivas penas ab-rogadas até 1789

<b>Título</b>	<b>Delitos</b>	<b>Penas</b>
<b>III</b>	Dos feiticeiros	Morte natural ou açoites e degredo
<b>XIII</b>	Dos que cometem pecado de sodomia, e com alimárias	Morte natural de fogo e infâmia. Confisco de bens
<b>XIV</b>	Do infiel que dorme com alguma cristã e o cristão que dorme com infiel	Morte natural
<b>XV</b>	Do que entra em mosteiro ou tira freira ou dorme com ela ou a recolhe em casa	Morte natural, açoites ou degredo. Confisco de bens
<b>XVII</b>	Dos que dormem com suas parentas e afins	Morte natural por fogo ou degredo
<b>XIX</b>	Do homem que casa com duas mulheres e da mulher que casa com dois maridos	Morte natural
<b>XXV</b>	Do que dorme com mulher casada	Morte natural ou degredo
<b>XXVI</b>	Do que dorme com mulher casada de feito e não de direito ou que está em fama de casada	Morte natural ou degredo
<b>XXXII</b>	Dos alcoviteiros e dos que em suas casas consentem as mulheres fazerem mal de seus corpos	Morte natural, açoites ou degredo. Confisco dos bens
<b>XXXVI</b>	Das pecuniárias dos que matam, ferem ou tiram arma na Corte	Açoites ou degredo e pecuniária. Mão cortada.
<b>XXXVIII</b>	Do que matou sua mulher por achá-la em adultério	Não penalizado, degredo ou morte natural

<b>LX</b> <b>(princípio)</b>	Dos furtos e dos que trazem artifícios para abrir portas	Morte natural, açoites ou degredos. Pecuniária e arbitrária
<b>LXVI</b> <b>(§§ 7º e 10)</b>	Dos Mercadores que quebram: E dos que se levantam com fazenda alheia	Morte natural ou degredo
<b>LXIX</b>	Que não entrem no reino cigano, arménios, arábios, persas nem mouriscos de granada	Açoites e degredo para galés
<b>LXX</b>	Que os escravos não vivam por si e os negros não façam bailes em Lisboa	Açoites, prisão e pecuniária
<b>LXXIX</b>	Dos que são achados depois do sino de recolher sem armas, e dos que andam embuçados	Degredo, prisão e pecuniária
<b>LXXX</b>	Das armas que são defesas e quando se devem perder	Morte natural, açoites, degredo ou prisão. Pecuniária.
<b>LXXXII</b>	Dos que jogam dados ou cartas ou as fazem ou vendem, ou dão tabolagem, e de outros jogos defesos	Açoites ou degredo e pecuniária
<b>LXXXVI</b> <b>(§ 5º)</b>	Dos que põem fogos	Morte natural, açoites ou degredo. Pecuniária
<b>XC</b>	Que não façam vódas, nem batismos de fogaça nem os amos peçam por causa de seus criados	Açoites ou degredo
<b>XCII</b>	Dos que tomam insígnias de armas e dom ou apelidos que lhes não pertencem	Degredo e confisco de bens e privilégios
<b>XCIII</b>	Que não tragam hábitos nem insígnias das Ordens Militares em jogos ou em máscaras	Degredo ou prisão e pecuniária
<b>XCIV</b>	Dos mouros e judeus que andam sem sinal	Prisão e pecuniária
<b>C</b>	Das coisas que se não podem trazer por dó	Degredo e pecuniária
<b>CI</b>	Que não haja alfeloeiros nem obreiros	Prisão e açoites
<b>CIX</b>	Das coisas que são defesas levarem-se a terras de mouros	Degredo e perdimento

		dos bens
--	--	----------

Fonte: FREIRE, Pascoal José de Mello Freire. Instituições de direito criminal português. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 55, p. 81, 1794; Ordenações Filipinas: Livros V. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em agosto de 2014.

Não sabemos ao certo, até a aprovação do Código em 1830, quais os demais delitos e suas respectivas penas já haviam caído em desuso, além dos já citados. Porém, por meio de um levantamento feito por Correia (1977, p. 104-107) e por Seco (1871, p. 580-581), temos a informação de que desde o final do século XVIII é possível vislumbrar uma tendência para mitigar o rigor punitivo em Portugal.

Primeiramente, vale registrar que o Alvará de 03 de outubro de 1758, com clara tendência humanitária, previu diversas sanções contra os carcereiros que não dessem comida suficiente aos escravos presos ou que os metessem em correntes e trabalhos. Posteriormente, o pensamento iluminista começou a fazer-se sentir pelo Alvará de 05 de março de 1790, que procurou promover a celeridade da Justiça, providenciando a breve expedição dos processos dos livramentos dos réus presos.

O mesmo Alvará ordenou ainda a comutação de certos delitos em degredo para a Índia. O Alvará de 07 de janeiro de 1797 autorizou a comutação da pena de morte no cargo de carrasco. Já o Decreto de 11 de março do mesmo ano ordenou a comutação da mesma pena em degredo perpétuo para Moçambique, relativamente aos réus que tivessem menos de quarenta anos de idade, exceto aqueles que cometeram crimes muito atrozés e de outras penas em degredo temporário para a Índia e Moçambique.

Os princípios da brandura na penalidade, ou melhor, a aversão às penas cruéis e desmedidas modificava a lei, ainda que isso não fosse muito atendido pelos tribunais, segundo Seco (1871, p. 580). Um exemplo são os decretos de 20 de agosto de 1777, 20 de agosto de 1790 e 13 de novembro de 1790, que exigiam certo número de juízes para a aplicação das penas, em especial a de morte aos militares. O último dá, ainda, ao conselho de justiça a faculdade de minorar as penas impostas pelo regulamento militar.

O decreto de 12 de dezembro de 1801 mandou rever na Casa da Suplicação os processos dos réus presos em cadeias públicas, condenados por sentença definitiva à morte e a outras penas que podiam comutar em galés perpétuas ou temporárias,

para que assim se fizesse conforme a grandeza dos crimes, empregando-os nos trabalhos públicos em Lisboa. Mandava ainda que se sentenciassem os processos daqueles réus que ainda não estivessem julgados, excetuando “os réus de crimes enormíssimos, nos quais deve sempre ter lugar à execução da pena última” (SECO, 1871, p. 581).

O Livro V das Ordenações Filipinas, no seu Título 53, impunha a pena de morte e de confisco quando o dano possível ou real excedesse a um marco de prata. Sendo o dano de valor menor, a pena seria de degredo perpétuo para o Brasil e confisco. Segundo Ferrão (1857, v. 5, p. 181), há séculos essas últimas penalidades haviam caído em desuso, não apenas quanto à perpetuidade do degredo, que já se depreendia do decreto de 16 de julho de 1672, mas quanto ao confisco. Pois bem, segundo Seco (1871, p. 581), o decreto de 11 de janeiro de 1802 fixou a verdadeira inteligência do de 16 de julho de 1672 sobre quais crimes hão de ser considerados gravíssimos, logo, sujeitos à pena de morte, excluindo implicitamente os demais. Salvo os crimes gravíssimos, os criminosos eram entregues ao intendente da polícia que os ocupava de trabalhos públicos, mesmo no caso de condenação às galés. Por isso, na prática, a galés veio a se transformar na prisão com trabalho.

A tudo isso devemos acrescentar que muitas penas de mutilação também tinham entrado em desuso, bem como os tormentos pela Lei de 05 de março de 1790. Freire (1794, p. 67) afirma que a pena de vivicombúrio – que é a de morte por fogo – nos crimes de falsificação de moeda, no de sodomia e no de coito com alimária, ascendentes e descendentes, estava em desuso, além de dever passar a entender “da queima do corpo após a morte”.

Todavia, o que muito nos interessa aqui é que, para o crime de lesa-majestade, a pena de morte permaneceu em vigor até a feitura do CCIB. O advérbio “morra morte natural cruelmente” (OF, V, 6) reclamava a pena mais atroz do que o simples homicídio, cuja forma mais usual era o garrote, a forca ou o fogo. Este último caso, como vimos, passou por uma modificação na sua execução que, segundo Manuel Ferreira (apud CORREIA, 1977, p. 99), antes de queimados, os réus deviam ser mortos por outra forma – a regra geral era o garrote, como para os crimes de moeda falsa e bestialidade ou poderia ser por afogamento, como para o crime de sodomia.

Pouco antes de o CCIB entrar em vigor, alguns importantes progressos relativos à matéria criminal foram feitos – mesmo que não abolissem a pena de morte. Como já pudemos ver em momento anterior, durante as Cortes Gerais de Lisboa, na sessão de 01 de fevereiro de 1821, aboliu-se das Ordenações “a confiscação de bens; a transmissão da infâmia; os açoutes com baraço e pregão ou sem ele; o marcar com ferro quente, mesmo nos ombros; o uso da tortura”.<sup>90</sup> As *Bases da Constituição da Nação Portuguesa*, aprovadas ainda em 1821, ventilaram sobre a necessidade da lei penal, proporcionalidade e personalidade das penas, abolição dos castigos cruéis e infamantes e direito de queixa.<sup>91</sup> Quando Dom Pedro assume a regência do Brasil, decretou que a proibição da prisão, salvo em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judiciária competente, e o dever de fundamentação das decisões judiciais, a fim de se formar a culpa antes de expedir a ordem de prisão; consagrou o direito à razoável duração do processo criminal, à confrontação dos réus com as testemunhas que o culpavam (contraditório) e à justa e ampla defesa; ordenou a proibição das prisões secretas e da tortura e consagrou o direito do preso à integridade física e a instalações carcerárias adequadas, numa clara mudança da função reservada ao sistema penitenciário (DECRETO DE 23 DE MAIO DE 1821).

Enfim, várias reformas ocorreram e humanizaram o caráter punitivo até então em vigor. Porém, a pena de morte ainda se fazia presente nas Ordenações, em especial nos crimes políticos. Se observarmos no CCIB, o delito de lesa-majestade (punido com morte cruel) foi completamente desmembrado, passando a figurar entre os diversos crimes públicos e de polícia, cujas penas são inferiores as antes previstas – não se prevendo pena de morte em nenhum deles. Não vale a pena transcrever novamente todos os Títulos e Capítulos do Código que correspondem aos crimes públicos e policiais, vez que já foram por nós citados, quando da sistematização do código. Porém, cumpre lembrarmos que não existia qualquer previsão de crime de lesa-majestade, nem mesmo com a nomenclatura “traição”.

Uma das diferenças substanciais entre o Projeto de Vasconcelos e o Código aprovado em 1830 foi justamente a exclusão do crime de traição. Este, previsto nos

---

<sup>90</sup> Sessão de 1 de fevereiro de 1821 das Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa. In: Subtil, 199, p. 84.

<sup>91</sup> Decreto das Bases da Constituição. Coleção dos decretos, resoluções e ordens das cortes gerais, extraordinárias e constituintes da nação portuguesa, desde a sua instalação em 26 de janeiro de 1821. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1822, p. 18.

artigos 311 e 312 do projeto, sofreu um desmembramento, deixando de existir a nomenclatura “traição” e tendo boa parte de seus tipos penais se configurado no código em títulos esparsos e com penas mais moderadas. Essa redefinição dos crimes contra o monarca foi vista pelo historiador Thomas Flory como uma estratégia de restringir o poder do imperador de perseguir seus inimigos políticos, quem novamente fazemos questão de citar.

As cláusulas penais do Código Penal foram em parte desenhadas para adaptarem-se às metas políticas de oposição ao imperador. Como a lei que criou o juiz de paz, o código tinha um lado prático igual ao ideológico e suas raízes intelectuais estavam ancoradas em uma década liberal, sua dimensão política o situava firmemente na fase do liberalismo brasileiro que estava contra o poder e que precedeu e seguiu imediatamente a abdicação do imperador (FLORY, 1986, p. 173).

Deixando de existir o crime de traição, se tornou mais fácil dos liberais se opor ao imperador, pois, mesmo que muitos dos tipos penais ainda se encontrassem no código, suas penas puderam ser minoradas, deixando o peso punitivo de um crime de quebra de fidelidade à pátria, punido em quase todos os demais códigos da época com a pena capital. Assim, por exemplo, era crime de traição para Vasconcelos “tentar diretamente e de fato destruir a constituição política do império”, punido em grau máximo com pena de morte (artigo 311, 1º do Projeto de Vasconcelos). No CCIB, o mesmo tipo penal foi punido em grau máximo com prisão perpétua com trabalho. Da mesma forma se procedeu com o crime de conspiração, punido por Vasconcelos como crime de traição, logo, com morte ou galés perpétuas (quando consumado). Já no código, foi punido com desterro para fora do império por quatro a doze anos. Essa lógica foi mantida para o crime de rebelião, também punido com morte (em grau máximo) por Vasconcelos e pelo código com prisão perpétua com trabalho.<sup>92</sup>

Uma significativa influência do Código de Livingston motivou ainda mais os legisladores a minorarem o impacto de certos crimes do projeto de Vasconcelos, como no caso dos ajuntamentos ilícitos. Este tipo penal aparece no código de

---

<sup>92</sup> O artigo 318 do Projeto de Vasconcelos (referente ao crime de rebelião) não se refere diretamente à pena de morte, mas possui a seguinte redação: “pena do artigo... §1º”. Isso nos fez remeter ao único artigo antecedente com §1º, que é o 311, referente ao crime de traição, punido com a pena de morte em grau máximo.

Livingston no artigo 209 com redação quase idêntica àquela dada ao código brasileiro e com a mesma espécie de pena. No projeto de Vasconcelos se “o ajuntamento de mais de vinte pessoas em lugar público, não tendo fim algum permitido ou tendo-o, se mostrar tendência perigosa” (artigo 117) tiver “por fim cometer delitos contra o Estado” seria punido como crime contra o Estado, isto é, com a possibilidade da aplicação das penas de morte ou galés perpétuas (artigo 119). No código brasileiro, o crime passou a incorrer quando da reunião de “três ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para cometerem algum delito, ou para privarem ilegalmente a alguém do gozo, em exercício de algum direito ou dever” (artigo 285). Sua punição foi minorada para a pena de multa (artigo 286).

Esse novo quadro punitivo dado à reestruturação dos tipos penais, muitos deles antes ligados ao crime de traição, outros simplesmente redefinidos a estilo do código de Livingston, indica como a atuação dos legisladores do império inclinando o código, como disse Flory (1986, p. 174), “a favor dos dissidentes e revolucionários políticos”. A pena de morte foi praticamente retirada dos crimes políticos, faltando alguns meses para a abdicação do imperador. Mesmo assim, provavelmente prevendo o que ia suceder, sancionou o código com as referidas cláusulas liberalizantes.

Essa leveza insuspeita da punibilidade de certas prescrições do código brasileiro não acompanhou o sentido da lei em conter as rebeliões escravas e alguns crimes mais graves. Seria fundamental para o próprio desenvolvimento do novo Estado liberal, segundo uma parte do legislativo nacional, a manutenção da pena capital em algumas hipóteses, pois, caso contrário, acabaria por elevar os índices de criminalidade no país. Segundo o professor Subtil (1991, p. 87), “a criminalidade põe em xeque o projeto da legitimação e autoridade do Estado” minando, assim, o reino da legalidade. Logo, essa necessidade de imposição da ordem ao conjunto da população livre e cativa pode explicar o percurso traçado pelo código nacional, fundado num modelo garantista da liberdade sem ter que abrir mão da pena capital para alguns casos mais conturbadores da ordem.

### 3 A LEI E O CRIME: RUPTURAS E CONTINUIDADES

#### 3.1 INTRODUÇÃO

Até a aprovação do CCIB em 1830, no terreno das realizações legislativas, podemos apontar o Livro V das Ordenações Filipinas como a fonte do Direito Penal mais expressiva no Brasil. Mesmo que, em muitas partes, a antiga legislação portuguesa já havia sido ab-rogada pelo desuso ou pela vontade e conveniência dos próprios monarcas<sup>93</sup>, os projetos do *Novo Código* intentados há séculos nunca chegaram à lei.<sup>94</sup>

O processo de codificação não era algo que poderia ser feito incautamente. Veremos que, ainda que influenciada pela década liberal, a crença nos códigos se materializou no Brasil em 1830 de forma prudente. Foram feitas importantes mudanças, sem deixar margem à instabilidade pública.

Destacaremos que, em contraponto às interpretações correntes, que nos informam como fontes primeiras do CCIB o projeto de Mello Freire de 1786, o Código Penal Francês de 1810 e a tradição iluminista e utilitarista (DANTAS, 2011, p. 13), a primeira obra codificacionista nacional é repleta de influência espanhola e norte-americana.

#### 3.2 A MITIGAÇÃO DA LESA-MAJESTADE E DOS CRIMES DE TRAIÇÃO

A velha noção romana de lesa-majestade, que as Ordenações do Reino reproduziram como “traição cometida contra a pessoa do Rei ou seu Real Estado” (OF, V, *caput*), foi o centro dos crimes públicos durante séculos no direito português. Segundo Sardinha (2011, p.18)

---

<sup>93</sup> Segundo Mello Freire (1794, p. 81), até 1789, vinte e seis títulos do Livro V das Ordenações *Filipinas* já haviam sido ab-rogados pelo desuso. Ver a lista dos crimes no Quadro I no Capítulo 2.

<sup>94</sup> De acordo com SILVA (2006, p. 478), desde o reinado de Dom João IV no século XVII já se tentava estabelecer novas Ordenações. O projeto mais próximo de se tornar lei foi o de Mello Freire, encarregado por Dona Maria I no final do século XVIII de construir um *Novo Código*.

Antes do período iluminista, na época do direito comum (*ius commune*), o direito penal político encontrava-se dominado pelo direito romano [...]. A doutrina política absoluta, ao identificar, na prática, o Estado com a pessoa do soberano, encontrou expressão jurídico-penal nas constituições do Baixo Império em que os conceitos de “majestade do povo” (*maiestas populi*) e “majestade do príncipe” (*maiestas principis*) se apresentavam já associados num mesmo e único bem jurídico, tratado conjuntamente do ponto de vista penal.<sup>95</sup>

Desde a fundação do Estado português, os aspectos punitivos dos aleivosos e traidores já preocupavam os monarcas. Dom Afonso II foi o primeiro a editar uma lei, datada de 1211, sobre o assunto. Apesar das circunstâncias especiais que caracterizavam a traição régia, não existia ainda um crime especificamente autônomo contra a majestade real (FOUTO, 2010, p. 16).

De acordo com a Lei sobre traição de Dom Afonso II, que foi transcrita integralmente nas Ordenações Afonsinas, no Título II de seu Livro V (*Dos que fazem treição, ou aleive contra EIRey ou seu Estado Real*), três casos eram punidos como traição: (1) crime perpetrado contra a pessoa do rei ou de seus filhos ou parente chegados; (2) crime contra o seu senhor; (3) e crime contra Deus e a Igreja (OA V, II). Foram previstas, pois, três situações caracterizadas por uma relação de subordinação – que consubstancia, em si, uma especial relação de fidelidade.

Foi após a recepção do direito romano, que a traição ao rei assumiu a figura autônoma da lesa-majestade, isto é, “erro de treição, que o homem faz contra a pessoa d’EIRey” (OA V, II). Tal delito apropriou-se da noção de *crimen maiestatis* desenvolvida pela *lex Cornelia de maiestatis* de Sulla (81 a.C), que ampliou o conceito de crime contra o Estado para crime contra a própria figura do *princeps* (SARDINHA, 2011).

O *crimen maiestatis* referia-se originariamente a todo o atentado contra a segurança do Estado e ultraje a órgãos públicos, radicando na tutela da *maiestas* do *populus* romano. A instituição do principado veio alterar esta

---

<sup>95</sup> Ao conferimos o estudo de Érica Cristhyane Morais da Silva sobre o caso de Levante das Estátuas no século IV d.C nas perspectivas da *História do Império Romano*, observamos que nesse período a lesa-majestade incluía uma série de casos múltiplos que iam desde crimes cujas intenções eram atingir o interesse do Estado romano em geral, como crimes que visavam atingir a majestade e o interesse do imperador, a exemplo daqueles contra as imagens imperiais (SILVA, 2012, p. 179-186).

concepção, na medida em que deslocou a *maiestas* do *populus* para o *princeps* (FOUTO, 2010, p. 29).

O crime de traição ao rei encontra-se no centro da recepção do direito romano justiniano, que coincide com o estabelecimento de um novo regime jurídico caracterizado pela publicização do *ius puniendi*, sobretudo no século XIII. O cenário de dispersão de poder determinado pelas formas primitivas de tutela deixou de responder às exigências da nova política centralista dando origem a um regime de crimes públicos.

Como visto no capítulo primeiro deste trabalho, quando do domínio germânico, o sistema punitivo era constituído basicamente por um sistema de autodefesa das sociedades em formação. Na prática, o instituto da perda da paz, que resultava no desprovemento de proteção jurídica face ao ofendido ou a toda a comunidade, era um dos mais aplicados. Segundo Correia (1977, p. 52-54), ele era consequência dos casos de traição derivada de ofensa de um especial dever de fidelidade. Assim, a relação pessoal de fidelidade, não só do inferior relativamente a um superior, mas entre parentes, permaneceu por séculos como a configuração alto-medieval da traição.

Com a nova política criminal que despontou no século XIII em Portugal, que tratou da apropriação do procedimento judiciário pelo rei, houve uma profunda reformulação do crime de traição. O fundamento de punir da traição ao rei, antes tido apenas como quebra de fidelidade, passou a significar ainda lesão à soberania do Estado corporizada na pessoa do rei. A punição dava-se aos atentados, não apenas políticos, mas pessoais, ao imperador. Essa natureza dual do fundamento de punir da traição ao rei foi introduzida ao regime penal da lesa-majestade presente nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

O fato de se encontrar no Livro V das Ordenações Filipinas a identificação exclusiva da traição com a lesa-majestade, nos permitiu identificar uma multiplicidade de concepções que a reflexão iluminista tentaria atacar no momento da feitura dos códigos modernos. A reforma penal atacaria não somente os casos punidos como traição, mas o seu fundamento de punir, sobretudo as penas.

A índole de violação da ordem existente no crime de lesa-majestade dava a ele um caráter de crime execrável, de inteira reprovação moral e política. Os traidores foram

infames e perigosos para muitas sociedades, e punidos com excesso de severidade, não só pelos romanos, mas pelos macedônios, persas, cartagineses, gregos, dentre outros (MELLO FREIRE, 1794, p. 104).

Nas três Ordenações do Reino, lesa-majestade era considerado o crime mais abominável. O traidor era punido com morte naturalmente cruel, cuja forma de execução era deixada ao arbítrio do julgador. Seus bens poderiam ser confiscados, sua memória danada e seus descendentes impedidos de receber honra de cavalaria ou outra dignidade ou ofício (OA, V, 2; OM, V, 3; OF, V, 6).

Quatorze era o número de casos punidos pelas Ordenações Filipinas como delitos de lesa-majestade, sendo o primeiro deles aqueles atos que tratassem da morte do Rei ou se sua família. Os crimes contra a segurança interna e externa do Estado também eram todos considerados delitos cometidos diretamente contra a pessoa do Rei. Não se falava, pois, em inimigos de Estado, mas em “inimigos do Rei”. Por exemplo, eram delitos de lesa-majestade:

3. [...] se em tempo de guerra algum se fosse para os inimigos do Rei, para fazer guerra aos lugares.

4. [...] se algum der conselho aos inimigos do Rei por carta, ou por qualquer outro aviso em seu desserviço ou se seu Real Estado (OF, V, 6).

Punia-se também como lesa-majestade, ou seja, com o mesmo rigor daqueles delitos contra a segurança do Estado e contra à família Real, atos atentatórios à dignidade do Rei, por exemplo:

7. [...] se algum matasse, ou ferisse de propósito em presença do Rei alguma pessoa que estivesse em sua companhia.

8. [...] se algum em desprezo do Rei quebrasse, ou derribasse alguma imagem de sua semelhança ou armas Reais, postas por honra ou memória (OF, V, 6).

Até mesmo os delitos de quebra de cadeia, arrombamento de prisão, desobediência à autoridade eram punidos como lesa-majestade. Com o fortalecimento do poder absoluto dos reis, as leis penais passaram a integrar novos casos tidos por agravos à autoridade majestática. Durante o reinado de Dom José I, na segunda metade do

século XVIII, a lista de crimes de lesa-majestade de “primeira cabeça<sup>96</sup>” aumentou consideravelmente, estendendo-se às situações de confederações, ajuntamentos, vozes sediciosas e tumultos que tentassem atingir o poder do soberano ou resistir aos ministros, oficiais e executores das ordens reais (SOARES, 2013, p. 181-182).<sup>97</sup>

Segundo Valiente (1992, p. 23), as monarquias da Idade Moderna passaram a utilizar-se da lei penal como um dos instrumentos mais importantes de imposição de sua autoridade, justamente pela lógica do Estado progressivamente absolutista. Contudo, na segunda metade do Setecentos, de acordo com Sardinha (2011, p. 18), a reflexão iluminista do direito tentou restringir o âmbito objetivo dos crimes políticos. Os atos que colocavam diretamente em causa a sobrevivência do Estado e aqueles atos atentatórios à dignidade do monarca passaram a ser objeto de tratamento penal distinto.

Como a reforma penal foi parte de uma cultura jurídica comum em boa parte da Europa no final do Setecentos, esse traço moderno – que separou o direito penal político da defesa da segurança do Estado e da defesa exclusivamente do monarca – esteve presente em diversas codificações surgidas nesse período.<sup>98</sup> Em 1787, o

---

<sup>96</sup> Nas Ordenações do Reino, o crime de lesa-majestade continha duas cabeças. A primeira pertencia aos réus de traição à pessoa do Soberano e traição a outras pessoas que o Soberano igualava a si a este respeito (alta-traição). À segunda cabeça pertenciam os réus de lesa-majestade simples. Em todos os casos, a pena era de morte e confiscação de bens, ainda que os réus tivessem descendentes ou ascendentes. O que diferenciava uma cabeça de outra era, principalmente, as penas acessórias, como a infâmia (OA, V, 2; OM, V, 3; OF, V, 6).

<sup>97</sup> A extensão da figura delitiva do crime de lesa-majestade foi, sem dúvida, uma resposta a um motim ocorrido na cidade do Porto um ano antes. Em 1756, o então Marquês de Pombal, durante a execução de suas reformas político-econômicas em Portugal, decidiu criar a Companhia Geral da Agricultura das Vinhas do Alto Douro. Esta companhia, desde logo, desagradou grande parte da população da região. De acordo com Fernando de Oliveira (apud PINHEIRO, 2010, p. 288), sua criação favoreceu apenas os “magnates da empresa”, despertando a população a desafiar na rua os poderes dominantes, em defesa dos valores em que acreditava. Para Santos Julia (apud PINHEIRO, 2010, p. 290), este motim aponta para a categoria da “revolução como uma ação coletiva de luta pelo poder”. Face interesses paralelos, Dom Fernando I toma diversas medidas, como a edição da Carta Régia de 21 de outubro de 1757 que passou a punir com maior severidade motins desta natureza, ou seja, de luta coletiva pelo poder. Este exemplo deixa claro como a lei penal pode assumir papel de sentinela de políticas econômicas, constituindo-se num fator fulcral de conservação e proteção da ordem.

<sup>98</sup> Como pudemos ver no capítulo primeiro desta dissertação, grandes intentos de codificação penal ocorreram nesses anos e Mello Freire foi um expoente muito significativo desta cultura, com o seu Código Criminal de 1786 para Portugal, o primeiro da Europa. Ao projeto do jurista português, se seguiram imediatamente as codificações na Europa central, isto é, o Código Penal da Áustria de 1787 e o da Prússia de 1794. Antes das referidas codificações modernas, o projeto de Mello Freire já fazia a distinção dos delitos que ofendiam ou atacavam a sociedade, o Imperador ou o seu poder e autoridade, daqueles delitos que não se ofendia diretamente o Estado, nem o Imperante na sua pessoa, nem o seu alto e supremo poder, mas a sua dignidade, autoridade e direito (MELLO FREIRE,

Código Penal da Áustria já distinguia a alta-traição da traição contra o país. O Código Penal da Prússia de 1794 foi ainda mais preciso. Ele estabeleceu tipos penais distintos para a traição à pátria, alta-traição e lesa-majestade. Assim, sob a influência dos escritores iluministas e da cultura jurídica da codificação do direito, o espírito de renovação ampla e profunda penetrou na legislação e ela pode “libertar-se do influxo entorpecedor do *crimen magestatis* do direito romano” (LISZT, 1899, p. 421).

No Brasil, não foi o CCIB o primeiro a tratar do crime de traição após a Independência, mas a Lei de Responsabilidade dos Ministros, Secretários de Estado e Conselheiros de Estado.

Art 1º Os Ministros e Secretários de Estado são responsáveis por traição:

§ 1º Atentando por tratados, convenções, e ajustes, dentro ou fora do Império, ou por outros quaisquer atos do seu ofício, ou prevalecendo-se dele com dolo manifesto:

1º Contra a forma estabelecida do Governo.

2º Contra o livre exercício dos poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império.

3º Contra a independência, integridade, e defesa da nação.

4º Contra a pessoa ou vida do Imperador, da Imperatriz, ou de algum dos Príncipes, ou Princesas da imperial família.

§ 2º Maquinando a destruição da religião católica apostólica romana.

§ 3º São aplicáveis aos delitos especificados neste artigo as penas seguintes.

Máxima: morte natural.

Média: perda da confiança da nação, e de todas as honras; inabilidade perpetua para ocupar empregos de confiança, e cinco anos de prisão.

---

1823, p. 25, 30). O primeiro dava-se o nome de alta-traição e o segundo de lesa-majestade. A pena para os dois crimes políticos era a mesma. “Depois de açoitados pelas ruas públicas com baraço e pregão, serão enforcados; o seu corpo dividido em quatro partes se porá nas praças da cidade até o tempo o consumir; o seu coração e fígados se lançarão ao fogo, e as cinzas ao mar; os seus bens se tornarão para o nosso fisco, posto que filhos tenham (Ibid., p. 31).” Porém, para o caso de alta-traição, havia a infâmia, por ser crime mais execrável que a lesa-majestade. “[...] Os abomináveis réus deste crime [alta-traição] serão enforcados e morrerão morte vil e afrontosa; e antes de a padecerem, descalços e nus, e com o baraço ao pescoço e a cabeça rapada, serão publicamente açoitados pelas ruas da cidade e apregoados por infames e traidores (Ibid., p. 28).” O *Novo Código* projetado por Mello Freire abriu caminho para o que seria o início de uma importante ruptura da tradição romanística representada pela figura criminal da lesa-majestade.

Mínima: perda da confiança na nação, inabilidade perpetua, restrita ao emprego, em que é julgado, e cinco anos de suspensão do exercício dos direitos políticos (LEI DE 15 DE OUTUBRO DE 1827).

A referida lei estabelecia a morte como pena em grau máximo pela traição de ministros e secretários. É certo que à altura em que se encontrava o país recém-independente, qualquer atentado dessa natureza tinha íntima relação com a ordem social e o edifício político até ali construído. Mesmo quando frustrado, o crime produzia grande perturbação ao Estado. Todavia, parece que os legisladores que criaram a lei de responsabilidade preferiram não seguir seu exemplo quando da criação do CCIB.

Ao compararmos os incisos o artigo 1º da lei de responsabilidade com aqueles semelhantes em redação no CCIB, observamos uma redução significativa no rigor punitivo dos crimes públicos.<sup>99</sup> Como foram abolidas as penas de morte para os crimes políticos, a pena máxima não poderia passar de prisão perpétua com trabalho. Nesse sentido, quando o código entrou em vigor, a regra da retroatividade da lei benéfica – demonstrada no capítulo segundo desta dissertação (como fruto do princípio da utilidade) – passou a ser aplicada, comutando-se a pena capital da lei de responsabilidade dos ministros e conselheiros de Estado na imediatamente inferior.<sup>100</sup> Vale lembrar que essa doutrina foi inserida pela comissão especial de revisão das emendas, ou seja, não era prevista no Projeto de Vasconcelos, o que demonstra a preocupação do legislador em garantir a efetiva reformulação do sistema penal, em especial no que tange aos crimes públicos, amplamente modificados pelo código.

Pois bem, o fato é que, com o novo diploma legal de 1830, o centro gravitacional dos crimes públicos deixou de pertencer aos delitos de lesa-majestade, punidos, via de

---

<sup>99</sup> Os artigos do CCIB semelhantes aos incisos do § 1º da lei de responsabilidade são 68 a 84, 85 e 91 a 99. As penas variavam de galés perpétuas, prisão perpétua com trabalho, prisão com trabalho e prisão simples com ou sem multa. Deixou de se punir a traição contra a pessoa do Imperador ou de sua família e a maquinação da destruição da religião católica apostólica romana, como fez a lei de responsabilidade.

<sup>100</sup> Dois meses após a abdicação de dom Pedro I foi editada uma lei “sobre a forma da eleição da Regência permanente e suas atribuições”. Em seu artigo 19 ficou estabelecido que “a Regência não poderá [...] perdoar aos Ministros e Conselheiros de Estado, salvo a pena de morte, que será comutada na imediata, nos crimes de responsabilidade”. Com essa lei, o legislativo confirma o princípio da retroatividade da lei mais benéfica abolindo de fato a pena de morte para os crimes políticos (LEI DE 14 DE JUNHO DE 1831).

regra, com a morte. A lei de responsabilidade estabeleceu o crime de traição, mas o código não. O código sequer incriminou o homicídio praticado contra os membros da família real.

Dentre os crimes especialmente políticos ficaram estabelecidos os crimes contra a existência política do império, crimes contra o livre exercício dos poderes políticos, crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos políticos dos cidadãos e crimes contra a segurança interna do Império e pública tranquilidade. Essa ruptura da tradição romanística do *crimen magestatis*, presente nas codificações do período jusracionalista, inclusive na brasileira, de acordo com Sardinha (2011, p. 19)

atesta o contributo da doutrina desta época para a institucionalização do poder: o Estado enquanto comunidade politicamente organizada e expressão orgânica da soberania não se confundia com o detentor, em cada momento, da autoridade política.

Apesar de a lei penal ainda ter sido um valioso instrumento político e horizonte de ação dos eleitos à câmara baixa do Primeiro Reinado, deslocou-se o centro de gravidade do direito penal político da defesa do monarca para a segurança do Império.

Como consequência disso, cinco dos quatorze delitos de lesa-majestade previstos nas Ordenações Filipinas foram mitigados pela fisionomia dogmática dessas figuras jurídico-penais não corresponder mais à noção moderna do direito penal. São eles: 1 – tratar a morte do Rei, da Rainha, de seus filhos ou filhas legítimas, ou a isso desse ajuda, conselho ou favor; 2 – ajudar ou ordenar como de feito a fuga ou tirada do preso por delito de traição; 3 – matar ou ferir de propósito na presença do Rei alguma pessoa que esteja em sua companhia; 4 – por desprezo do Rei, quebrar ou derrubar alguma imagem de sua semelhança ou armas reais postas por honra ou memória; 5 – matar, ferir ou ofender sem justa causa alguém que foi dado como refém ao Rei, sabendo de sua condição, ou lhe der ajuda para fugir de seu poder [OF, V, 6 (§§ 1º, 6º, 7º, 8º, 23)].<sup>101</sup>

<sup>101</sup> Os parágrafos do Título VI, Livro V das Ordenações Filipinas, referentes ao crime de lesa-majestade, capitulados no projeto de Vasconcelos e, conseqüentemente no CCIB são: 2, 3, 4, 5, 22, 24, 25 e 26. Correspondem aos seguintes artigos do Projeto de Vasconcelos, respectivamente: 324, 332, 321, 311 (§2º e 7º), 290, 285 (§1º), 285 (§3º) e 268 combinado com 269 e com 282. Da mesma forma, os referidos parágrafos do Título VI, Livro V das Ordenações Filipinas também correspondem aos seguintes artigos do CCIB: 76, 70 combinado com 71, 72, 68 combinado com 87, 120 combinado com 121, 123, 127, 116 combinado com 128, com 137, com 139 e com 140.

Pois bem, apesar da abolição da nomenclatura lesa-majestade e traição, algumas antigas incriminações seguiram no Código, porém em títulos esparsos e com penas bastante moderadas. Essa redefinição foi vista pelo historiador Thomas Flory como uma estratégia de restringir o poder do imperador de perseguir seus inimigos políticos.

As cláusulas penais do Código Penal foram em parte desenhadas para adaptarem-se às metas políticas de oposição ao imperador. Como a lei que criou o juiz de paz, o código tinha um lado prático igual ao ideológico e suas raízes intelectuais estavam ancoradas em uma década liberal, sua dimensão política o situava firmemente na fase do liberalismo brasileiro que estava contra o poder e que precedeu e seguiu imediatamente a abdicação do imperador (FLORY, 1986, p. 173).

Deixando de existir o crime de traição, se tornou mais fácil dos liberais se oporem ao imperador, pois, mesmo que muitos dos tipos penais ainda se encontrassem no código, suas penas puderam ser minoradas, deixando o peso punitivo de um crime de quebra de fidelidade à pátria, punido em quase todos os demais códigos da época com a pena capital.

Vale registrar que o projeto de Vasconcelos ainda previa o crime de traição (artigos 311 e 312). E se esta se consumasse, a pena era de morte. Passado o projeto pelas comissões revisoras, houve uma reestruturação dos crimes políticos, abolindo de vez a traição, suprimindo algumas de suas incriminações e reorganizando outras. Além disso, para aquelas incriminações que foram capituladas no Código a pena foi reduzida substancialmente.

Por exemplo, no projeto de Vasconcelos “tentar diretamente e de fato destruir a constituição política do império” era punido em grau máximo com pena de morte (artigo 311, 1º). No código, o mesmo tipo penal foi punido em grau máximo com prisão perpétua com trabalho. Da mesma forma se procedeu com o crime de conspiração, punido por Vasconcelos como crime de traição, logo, com morte ou galés perpétuas (quando consumado). Já no código, foi punido com desterro para fora do império por quatro a doze anos. Essa lógica foi mantida para o crime de

rebelião, também punido com morte (em grau máximo) por Vasconcelos e pelo código com prisão perpétua com trabalho.<sup>102</sup>

A leveza insuspeita do novo quadro punitivo, possível graças, sobretudo, à abolição do crime de traição, indica como este inclinou-se “a favor dos dissidentes e revolucionários políticos” (FLORY, 1986, p. 174). A pena de morte e outras penas mais graves foram abolidas ou minoradas para os crimes políticos, faltando alguns meses para a abdicação do imperador. Mesmo assim, provavelmente prevendo o que ia suceder, sancionou o Código com as referidas cláusulas liberalizantes.

### 3.3 O MODELO DA EXPERIÊNCIA GADITANA PARA A REDAÇÃO DOS CRIMES POLÍTICOS E DE RESPONSABILIDADE DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS

Durante o processo de rompimento com a tradição romanística jurídico-penal, o direito estrangeiro passou a exercer enorme influência no parlamento Imperial. Como já vimos em momento anterior nesta dissertação, desde a Independência, a colônia portuguesa voltou-se para os países do velho mundo, incorporando modelos legislativos de maior prestígio, como, por exemplo, o Código da Espanha de 1822.

Notamos que, dentre os crimes públicos, o CCIB apresenta artigos muito similares com o CPE. Acreditamos que o Projeto de Vasconcelos foi a principal ponte entre os dois referidos códigos. Assim como o legislador espanhol, o deputado mineiro dedicou parte de seu projeto aos delitos de traição e alguns incisos do artigo 311 parece terem sido inspirados no diploma espanhol.<sup>103</sup>

Apesar de a comissão de emenda ter modificado bastante esse artigo 311 do Projeto de Vasconcelos, retirando de seu *caput* a terminologia traição, seus incisos

---

<sup>102</sup> O artigo 318 do projeto de Vasconcelos (referente ao crime de rebelião) não se refere diretamente à pena de morte, mas possui a seguinte redação: “pena do artigo .... §1º”. Isso nos fez remeter ao único artigo antecedente com §1º, que é o 311, referente ao crime de traição, punido com a pena de morte em grau máximo.

<sup>103</sup> No CPE de 1822, os crimes públicos compõem a “Primeira parte” denominada “*De los delitos contra la sociedad*”. Dezenove delitos são punidos como traição. São eles delitos contra a liberdade da nação, contra o Rei e sua família, contra a religião do Estado, contra a existência política da nação e delito de rebelião e de armamento ilegal de tropas eram punidos como traição (artigos 188, 189, 190, 191, 219, 220, 221, 122, 224, 225, 227, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256 e 275 c/c 276).

foram mantidos quase na íntegra. No mínimo três artigos do CCIB, antigos incisos do artigo 311 do Projeto de Vasconcelos, apresentam redação bastante semelhante ao CPE.

Cap. I – De los delitos contra la libertad de la Nacion

Art. 188. Toda persona de cualquiera clase que conspirare directamente y de hecho á trastornar ó destruir ó alterar la Constitucion política de la Monarquía Española, ó el gobierno monárquico moderado hereditario que la misma Constitucion establece, será perseguida como traidor, y condenada á muerte.

Cap. III – De delitos contra el Rey, la Rainha e el príncipe heredero

Art. 221. El que conspirasse directamente y de hecho á destronar al Rey, ó á privarle de su legítima autoridad, ó á despojarle de las prerogativas y facultades que le concede la Constitucion, ó á trastornar ó alterar el orden de suceder em la corona, es igualmente traidor, y sufrirá la pena de muerte.

[...]

Art. 226. Cualquier persona que use de fraude ó dolo en la justificacion de la imposibilidad física ó moral del Rey, que debe preceder para cualquiera de los casos espresados em el párrafo segundo del artículo 162 y en el 187 de la misma Constitucion, sufrirá la pena de trabajos perpétuos (CPE, 1822).

Vejamos os artigos do projeto de Vasconcelos com similitudes aos supracitados:

Cap. III – Dos crimes contra a segurança interna do império

Art. 311. É crime de traição:

1º Tentar diretamente ou de fato destruir a constituição política do império. Pena – no grau mínimo prisão perpétua com trabalho, no grau médio galés perpétuas, no grau máximo morte.

2º. Tentar diretamente e de fato destronizar o imperador, privá-lo em todo ou em parte de sua autoridade constitucional, ou alterar a ordem legítima da sucessão. Pena – galés por doze anos no grau mínimo prisão perpétua com trabalho no médio, e galés perpétuas no máximo.

3.º Diretamente e de fato concorrer para uma falsa justificação da impossibilidade física ou moral do imperador. Pena – galés por 6 a 20 anos (PROJETO DE VASCONCELOS DE 1827).

Mantiveram-se no código brasileiro os referidos incisos do artigo 311 do projeto, apesar da dessemelhança das penas e da dissociação da categoria de traição.

Cap. II – Dos crimes contra a constituição do império, e forma do seu governo

Art. 85. Tentar diretamente, e por fatos, destruir a Constituição Política do Império, ou a forma do Governo estabelecida. Penas – de prisão com trabalho por cinco a quinze anos. Se o crime se consumir. Penas – de prisão perpetua com trabalho no grau máximo; prisão com trabalho por vinte anos no médio; e por dez anos no mínimo.

Cap. III – Dos crimes contra o chefe do governo

Art. 87. Tentar diretamente, e por factos, destronizar o Imperador; privá-lo em todo, ou em parte da sua autoridade constitucional; ou alterar a ordem legitima da sucessão. Penas - de prisão com trabalho por cinco a quinze anos. Se o crime se consumir. Penas - de prisão perpetua com trabalho no grau máximo; prisão com trabalho por vinte anos no médio; e por dez anos no mínimo. [...]

Art. 88. Tentar diretamente, e por factos, uma falsa justificação de impossibilidade física, ou moral do Imperador. Penas – de prisão com trabalho por quatro a doze anos. Se o crime se consumir. Penas – de prisão com trabalho por vinte anos no grau máximo; por doze no médio; e por seis no mínimo (CCIB, 1830).

Os crimes públicos, com efeito, deixam de ter como centro gravitacional aquele sistema punitivo tradicional de uma monarquia absolutista, com a previsão de delitos de lesa-majestade e sequer crimes de traição, mas não deixou de expressar a doutrina do constitucionalismo, ou seja, não deixou de ser um contributo à institucionalização do poder na década liberal.

O primeiro artigo do CPE que trata dos delitos em espécie foi aquele que reconheceu o sistema político da monarquia constitucional em Espanha (artigo 188). Aquele que conspirasse contra a Constituição de Cádiz seria punido como traidor. Esse artigo foi modelo para o inciso primeiro do artigo 311 do Projeto de Vasconcelos e permaneceu no CCIB em capítulo à parte intitulado “Dos crimes contra a constituição do império, e forma do seu governo”.

De fato, o legislador brasileiro tomou como exemplo a experiência constitucional de Cádiz na construção do governo constitucional no Brasil e na administração da justiça nos primórdios do Império. Berbel (2012, p. 170) acredita que após algumas décadas conturbadas, os líderes brasileiros não duvidavam da necessidade de

“ancorar o novo Império em princípios liberais e constitucionais para a soberania da nação”. E as linhas mestras do constitucionalismo das Cortes de Cádiz deu às Cortes de Lisboa e, posteriormente, ao parlamento brasileiro o impulso que precisava para por em prática sua obra reformadora, tanto no âmbito político quanto na justiça.

Por isso, o crime de conspiração à forma de governo deveria assumir a posição quase que inaugural dos crimes em espécie do código, dada a sua importância na institucionalização do poder numa década em que se buscava a consolidação do Estado nacional. No CCIB, o crime de lesão à Constituição (artigo 85) não era caracterizado como traição, como no espanhol e no Projeto de Vasconcelos, pois essa nomenclatura fora extinta, porém sua pena ainda assumia caráter ainda mais rigoroso no diploma de 1830: a prisão perpétua com trabalho em grau máximo se crime se consumasse.

Essa pena também foi estabelecida para o delito do artigo 87 do CCIB, que previu o crime contra o chefe do governo. O caráter punitivo mais rigoroso para essa espécie de delito, assim como o crime contra a constituição do império, se justificava na medida em que se tentasse destronizar o imperador ou privá-lo de sua autoridade constitucional, em ameaça à forma de governo. Nesse sentido, era necessário garantir punição mais severa para os que tentassem abalar o sistema político do país recém-independente, seja ferindo a constituição diretamente, seja ferindo o governo monárquico constitucional.

Vale registrar ainda que a importância dada ao chefe de governo pelo CCIB também se justifica na medida em que a opção pela monarquia, enquanto forma de governo, se tornou a saída política e social para as elites, garantindo a manutenção da ordem e a autonomização do Brasil frente a Portugal. Souza (p. 227, 1997), ao trabalhar a construção sócio-política da figura do soberano no Brasil do século XIX, afirma que a adesão a Dom Pedro I significava “[...] o estabelecimento e/ou continuidade da ordem social, com outros renovados instrumentos de coerção, nos quais se calcassem a legitimidade das elites, dos senhores, das câmaras, das autoridades”. Por isso, qualquer afronta à monarquia passava a significar violação à ordem. Tutelava-se, desse modo, a autoridade constitucional do monarca ou da regência, a fim de dar continuidade ao projeto de construção do Estado nacional.

Nesse mesmo raciocínio se estabeleceu o artigo 88 do CCIB, que teve como modelo o artigo 226 do CPE de 1822. Os crimes contra o chefe do governo, tanto no diploma espanhol quanto no brasileiro, não tinham o intuito, de fato, de defender o monarca, como no antigo crime de lesa-majestade, mas de defender a monarquia. Assim, a falsa justificação da impossibilidade física ou moral do imperador também deveria ser punida como crime contra o chefe do governo, ainda que com pena bastante inferior a do artigo antecedente, com o mínimo de seis anos de prisão com trabalho.

Além da influência do diploma espanhol na redação de crimes contra a constituição do Império, forma de governo e chefe de governo, é nítida também a matriz espanhola na redação dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. Tais delitos foram tratados no código brasileiro no capítulo que se inscreve “Prevaricações, abusos e omissões dos empregados públicos” (artigos 129 a 166).

Sabemos que o constitucionalismo gaditano exerceu profundo impacto no constitucionalismo brasileiro. Acreditamos que tenha sido por este motivo que o deputado Vasconcelos tenha buscado inspiração no CPE, que apresentou modelo de judicatura baseado no implemento de responsabilidade penal.

Como os crimes de responsabilidade ameaçavam o andamento da administração pública, apresentavam-se na relação de direito público. Todavia, apesar de não ser um direito político, a concepção de responsabilidade no CPE funcionava como controle do magistrado, de modo que as Cortes de Cádiz podiam recorrer ao diploma legal em prol de seus interesses liberais de adesão política.

Garriga e Slemian (2013, p. 214), ao discutirem a dinâmica institucional da justiça na formação do Império do Brasil como parte de uma compartilhada tradição jurídica em todo o mundo ibero-americano, relembram que a responsabilidade judicial foi constitucionalizada nas Cortes de Cádiz, responsáveis por articular normativamente um modelo de justiça que serviu de referência ao constitucionalismo brasileiro. Consequentemente foi matéria do CPE de 1822, também “um dos modelos para o brasileiro de 1830 a este respeito”.

Nesse momento, vale mencionar que a estrutura jurídica dos dois países tinha íntima relação com a tradição jurídica do *ius commune* compartilhada no mundo ibérico no Antigo Regime. Sobre este alicerce levantou um arquétipo de juiz perfeito

e inalcançável contra quem a agenda ilustrada voltaria suas críticas nos Setecentos. Quando os regimes constitucionais oitocentistas buscaram desenhar aparatos institucionais mais racionalizados, estabeleceram um novo padrão de controle judicial.

O regime de responsabilização dos funcionários públicos do CCIB revela que não foi aleatória a escolha do legislador brasileiro pelo modelo espanhol. A essência da experiência gaditana não foi apenas o de limitar o caráter absoluto da Monarquia, mas de frear a atuação arbitrária da magistratura, promovendo a vinculação de todo ato à lei. Por isso, o tema da responsabilização dos juízes (funcionário públicos) era praticamente obrigatório neste momento em quase todo código moderno. No interior da experiência de Cádiz, a estabilização do regime liberal, fortemente ligado ao sistema de responsabilidade dos magistrados, foi conformando princípios de centralização e hierarquia que, para o contexto brasileiro, em muito servia, pois também partilhavam a mesma tradição jurídica.

Até aquele momento, não se encontrava no direito português a ideia geral do crime de responsabilidade. Mello Freire (p. 101, 1823), em seu projeto de Código Criminal, foi o primeiro que deu definição, debaixo do nome geral de prevaricação. Segundo o jurista português eram eles “crimes próprios dos juízes e oficiais de justiça e outras pessoas, que tem ofícios e cargos públicos, competidos contra a sua particular obrigação e nos mesmos cargos e ofícios que administram”.

Apesar do ineditismo de Mello Freire no que tange a ideia geral do crime de responsabilidade, tudo indica que foi no CPE de 1822 que o legislador brasileiro buscou referências para escrever a redação de, pelo menos, seis abusos funcionais específicos: prevaricação, suborno, concussão, excesso ou abuso de autoridade ou influência proveniente do emprego, falta da exação no cumprimento dos deveres e irregularidade de conduta.

O artigo 451 do CPE pune como prevaricadores os juízes “*que á sabiendas juzgan contra ley por inteses personal, por afecto ó desafecto á alguna persona ó corporación, ó en perjuicio de la causa pública ó de tercero interessado*”. A pena é de perda de emprego ou cargo e inabilidade para outro. Acreditamos que o artigo 129 *caput* e § 1º do Código brasileiro tem por fonte próxima essa disposição espanhola. O diploma de 1830 considera incursos no crime de prevaricação os

juízes “que por afeição, ódio ou contemplação ou para promover interesse pessoal seu [...] julgarem ou procederem contra a literal disposição da lei”. A pena também inclui perda de emprego e de inabilidade para outro.

Apesar da prevaricação também estar presente na maioria dos demais códigos da época, uma disposição específica para o referido crime cometido por juízes só se verifica no código espanhol. Por exemplo, o Código Penal da Bavária [1813 (1852), por meio de seu artigo 352, formulou uma disposição genérica contra todo e qualquer funcionário público que violar cientemente os deveres do cargo, ou para procurar uma vantagem pessoal, ou para causar dano ao Estado ou a um cidadão, impondo pena de suspensão, ou em casos mais grave a de demissão. O Código da Áustria (1803), no artigo 85, semelhantemente designou de forma genérica como crime de responsabilidade dos funcionários públicos o abuso de autoridade. Dentro do mesmo delito, determinou que o magistrado que desviasse o cumprimento do dever legítimo do próprio ofício deveria ser punido com prisão dura de cinco anos (artigo 87). No Código Francês (1810) também estava previsto o crime de abuso de autoridade como a forma genérica dos crimes de responsabilidade, a partir do artigo 166. Não fora utilizada qualquer denominação específica para a prevaricação do magistrado.

Nesse sentido, chegamos à conclusão que, de fato, punia-se os abusos funcionais em quase todos os Códigos modernos da época, porém de forma genérica. Em todos eles encontramos dispositivos sobre crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. Todavia, foi no espanhol que observamos uma similitude nos abusos funcionais, sob a forma específica, com o brasileiro. Assim como o código fruto das Cortes de Cádiz apresenta extenso rol de delitos de responsabilidade dos funcionários públicos, o CCIB também decidiu tratar com bastante casuísmo os crimes que afetavam a boa Ordem e a Administração Pública.

Além da prevaricação, outro exemplo que corrobora nossa tese é o delito de suborno. O artigo 133 do CCIB estabelece como suborno o ato de “deixar-se corromper por influência, ou peditório de alguém, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever”. A pena para quem incorresse neste crime era a perda

de emprego com inabilidade para outro qualquer, multa e prisão.<sup>104</sup> Essa ideia faz-se objeto dos artigos 456 e 457 do CPE, ao estabelecerem que qualquer funcionário público que admitisse suborno ou presente e “*en su consecuencia haga alguna cosa contraria á su obligacion, ó deje de hacer alguna á que esté obligado*” seria privado de seu emprego ou cargo, não podendo obter outro público em quatro anos, além de sofrer pena de prisão.

No que diz respeito ao crime de concussão, foi no Código Francês de 1971, que a figura delituosa apareceu pela primeira vez em uma codificação criminal. Tal criminalização foi imitada por diversos códigos seguintes, inclusive o napoleônico. Porém, muitos códigos ainda o confundiam com a corrupção, como o Código da Baviera (artigo 355), ou sequer utilizavam denominação específica, enquadrando a hipótese nos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos sob a genérica forma de abuso de autoridade.

Desde o Código Francês de 1791, ao crime de concussão foi atribuído o caráter de extorsão, que o diferenciava da corrupção. Para a referida lei, era incurso no delito de concussão aquele funcionário público que recebe o que sabia não ser devido ou ultrapassa o devido a impostos, taxas, contribuições, dinheiro, rendimento ou salário (artigo 174). Concordou com o código anterior o de Napoleão de 1810, ao estabelecer que todo funcionário público responsável pela percepção de direitos ou contribuições públicas, que estivesse ciente de haver cometido, para si ou para sua comissão, o crime de concussão, seria castigado com a pena de seis anos de prisão, sem prejuízo da restituição do que recebeu ilegitimamente (artigo 14).

Interessante notarmos que o artigo 135 do CCIB se assemelha muito com os artigos relacionados dos Códigos franceses. O tipo penal da concussão foi tratado da seguinte maneira pelo ordenamento jurídico brasileiro do século XIX:

Art. 135. Julgar-se-á cometido este crime [concussão]: 1º Pelo empregado público, encarregado da arrecadação, cobrança, ou administração de quaisquer rendas ou dinheiros públicos ou da distribuição de algum imposto, que direta ou indiretamente exigir ou fizer pagar aos contribuintes o que souber não deverem. Penas - de suspensão do emprego por seis meses a dois anos. No caso, em que o empregado público se aproprie o que assim

---

<sup>104</sup> Além da perda de emprego e inabilidade para outro, a pena da peita no artigo 130 do CCIB prevê a multa igual ao triplo do dinheiro que receber e prisão por três a nove meses.

tiver exigido, ou o exija para esse fim. Penas - de perda do emprego; prisão por dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento do que tiver exigido, ou feito pagar (CCIB, 1830).

Porém, interessante observarmos que o legislador brasileiro não se resumiu ao clássico tipo penal francês para a concussão. Incluiu outras hipóteses ao crime de concussão.

Art. 135. [...] 2º Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legítimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos, do que os prescritos nas leis; ou lhes fizer sofrer injustas vexações. Penas - de suspensão do emprego por seis a dezoito meses; e as mais, em que incorrer pela vexação que tiver praticado. Penas - de suspensão do emprego por seis a dezoito meses; e as mais, em que incorrer pela vexação que tiver praticado (CCIB, 1830).

Em comparação aos códigos modernos, percebemos que, da segunda parte do artigo 135 em diante, o delito de concussão deixou de ter como fonte próxima os códigos franceses, e passou a se assemelhar aos crimes do capítulo intitulado “*De las estorsiones y estafas cometidas por funcionarios públicos*” do diploma das Cortes de Cádiz.

Art. 471. El funcionario público de los que quedan espresados, que para exigir y cobrar las contribuciones, rentas, impuestos ó derechos legítimos emplee voluntariamente contra los contribuyentes médios mas gravosos que los prescritos por las leyes, reglamentos ú órdenes superiores, ó les haga sufrir vejaciones indebidas para el pago, será suspenso de su empleo y sueldo por uno á seis arios, sin perjuicio de cualquier otra pena que merezca por la vejación (CPE, 1822).

Concordam ainda a terceira parte do artigo 135 do CCIB com o artigo 472 do CPE, bem como o artigo 136 com o artigo 478.

Art. 135. [...] 3º Pelo que, tendo de fazer algum pagamento em razão do seu ofício, exigir por si, ou por outrem, ou consentir que outrem exija de quem o deve receber algum premio, gratificação, desconto, ou emolumento não determinado por lei. Penas - de perda do emprego; prisão por dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá se o tiver recebido (CCIB, 1830).

Art. 472. El funcionario público de los que quedan espresados, que para hacer algun pago de los que debe ejecutar por razon de su destino exija del

que lo haya de cobrar, y le haga satisfacer algun descuento, gratificacion ú otra cualquiera adeala ilegítima para aprovecharse de ella, perderá su empleo ó cargo, y no podrá obtener jamas otro público, y reintegrará lo indebidamente exigido con el tres tanto por via de multa (CPE, 1822).

Art. 136. As pessoas particulares, encarregadas por arrendamento, ou por outro qualquer titulo, de cobrar, e administrar rendas, ou direitos, que cometerem algum dos crimes referidos no artigo antecedente, incorrerão nas mesmas penas, como se fossem empregados públicos (CCIB, 1830).

Art. 478. Las personas particulares encargadas por razon de arriendo, asiento, comision ú otro título de cobrar, administrar ó distribuir alguno de los impuestos, rentas, contribuciones ó derechos espresados, que en el manejo de ellos cometan alguno de los delitos referidos en este capítulo, perderán tambien su encargo ó comision, harán iguales resarcimientos, y pagarán iguales multas en los casos respectivos, y sufrirán en ellos la pena de infamia, y las dos terceras partes del tiempo de obras públicas, presidio ó reclusion impuestas á los funcionarios públicos (CPE, 1822).

Inspirado na criminalização da concussão tipificada nos Códigos Penais Franceses de 1791 e 1810, o legislador brasileiro do Oitocentos tratou de também tipificar no ordenamento jurídico nacional tal crime de responsabilidade do funcionário público, trazendo, porém, além de sua definição clássica, outras modalidades retiradas do CPE. Mais uma vez, a legislação espanhola veio a inspirar a brasileira nas hipóteses em que todos os demais códigos modernos do período guardavam silêncio. Por isso não foi aleatória a escolha do modelo Espanhol, pois o desejo de moralização dos legisladores brasileiros deste período, com relação aos funcionários públicos, era o mesmo dos legisladores espanhóis.<sup>105</sup>

O código brasileiro seguiu ainda o sistema espanhol no que diz respeito aos crimes de “excesso ou abuso de autoridade ou influencia proveniente do emprego”, impondo pena de suspensão do emprego, na forma do artigo 139, àquele que

---

<sup>105</sup> A ânsia pela moralização dos funcionários públicos por parte dos legisladores espanhóis se nota através da pluralidade de decretos a esse respeito, no período da crise do poder absoluto (HERRERO, 1989, p. 341-351). O mais importante deles foi o decreto CCXCLIV de 24 de março de 1813 que determinou as “*Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos*”. Acreditamos que tenha sido este decreto, devidamente sistematizado, que deu origem a série de criminalização de desvios dos funcionários públicos, mais especificamente dos adstritos à administração da justiça, presentes no Código Penal Espanhol de 1822. Ver *Coleccion de los decretos y ordenes que han espedido las cortes generales y extraordinárias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1818, mandada publicar de orden de las mismas, Cuarta parte del seminario judicial, Tomo II*. México: Imprenta de J. M. Lara, calle de la Paima núm. 4, 1852, p. 175-182.

“exceder os limites das funções próprias do emprego”. A incriminação do artigo 140 nos chamou ainda mais a atenção. Aqueles que continuam “a exercer funções do emprego, ou comissão, depois de saber oficialmente que fica suspenso, demitido, removido, ou substituído legalmente” são punidos pelo diploma brasileiro com “prisão de três meses a um ano, [...] multa igual ao dobro do ordenado e mais vencimentos que indevidamente recebeu depois de suspenso, demitido, removido ou substituído legalmente”. Resta claro que esse tipo penal cingiu-se à ideia do CPE. Além do silêncio da maior parte dos códigos penais a esse respeito, a redação do referido artigo é bastante semelhante ao artigo 503 do diploma espanhol, inclusive nas espécies de punição.

Art. 503. Cualquiera otro funcionario público, que después de saber de la manera expresada en el artículo precedente, que ha sido depuesto ó suspendido por autoridad legítima de su cargo ó empleo, continúe ejerciéndole en todo ó parte, no podrá obtener otro alguno en adelante, sufrirá, una reclusión de seis meses á dos años; y además de restituir las obvenciones y sueldos que haya percibido como devengados después de saber su destitución ó suspensión, pagará por vía de multa otro tanto de lo indebidamente percibido (CPE, 1822).

Além desses dois primeiros artigos da seção dos crimes de “excesso ou abuso de autoridade ou influencia proveniente do emprego” do código brasileiro, outros artigos, ainda da mesma seção, saltaram aos nossos olhos devido à semelhança de redação com o código espanhol. São eles os artigos 141 (referente ao artigo 502 do CPE)<sup>106</sup>, artigo 144 (referente ao artigo 496 do CPE)<sup>107</sup>, artigo 145 (referente ao

<sup>106</sup> Art. 141. [...] conservar comando militar contra a ordem do Governo, ou legitimo superior; ou conservar reunida a tropa, depois de saber que a lei, o Governo, ou qualquer autoridade competente tem ordenado, que largue aquele, e que separe esta. Penas - de desterro para fora do Império por quinze anos no grau máximo; de degredo para uma das províncias mais remotas da residência do réu, por oito anos no grau médio; e por quatro no mínimo (CCIB, 1830).

*Art. 502. El que teniendo un mando militar cualquiera, lo conservare á sabiendas contra una orden del Gobierno, y el que conserve reunida la tropa de su mando después de saber que la ley ó el Gobierno tienen ordenado que se separe, ó se la licencie, sufrirá la pena de deportación [...]* (CPE, 1822).

<sup>107</sup> Art. 144. Exceder a prudente facultade de reprender, corrigir, ou castigar, ofendendo, ultrajando, ou maltratando por obra, palavra, ou escrito algum subalterno, ou dependente, ou qualquer outra pessoa, com quem se trate em razão de ofício. Penas - de suspensão do emprego por um a dez meses (CCIB, 1830).

*Art. 496. El funcionario público que en los actos de su oficio y excediéndose de las facultades de mandar, advertir, reprender, corregir ó castigar arregladamente, ofenda, ultraje, injurie ó maltrate de obra, de palabra ó por escrito á alguno de sus subalternos ó dependientes, será suspenso de su empleo ó cargo por dos meses á cuatro años; sin perjuicio de la pena que merezca como particular* (CPE, 1822).

artigo 499 do CPE)<sup>108</sup>, artigo 146 (referente ao artigo 479 do CPE)<sup>109</sup>, artigo 147 (referente ao artigo 480 do CPE)<sup>110</sup>, artigo 148 (referente ao artigo 481 do CPE)<sup>111</sup>, artigo 149 (referente ao artigo 482 do CPE)<sup>112</sup>, artigo 150 (referente ao artigo 492 do

---

<sup>108</sup> Art. 145. Cometer qualquer violência no exercício das funções do emprego, ou a pretexto de exercê-las. Penas - de perda do emprego no grau máximo; de suspensão por três anos no médio; e por um no mínimo; além das mais, em que incorrer pela violência (CCIB, 1830).

*Art. 499. El funcionario público de cualquiera clase, que en el ejercicio de sus funciones, ó con pretexto de ejercerlas, corneta ó haga cometer alguna otra violencia contra una persona, ó contra una propiedad sin motivo legítimo para ello, sufrirá también la privación de empleo; sin perjuicio de la pena que como particular merezca por la violencia cometida (CPE, 1822).*

<sup>109</sup> Art. 146. Haver para si direta, ou indiretamente, ou por algum ato simulado em todo, ou em parte, propriedade, ou efeito, em cuja administração, disposição, ou guarda deva intervir em razão de ofício; ou entrar em alguma especulação de lucro, ou interesse relativamente á dita propriedade, ou efeito. Penas - de perda do emprego, prisão por dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento da importância da propriedade, efeito, ou interesse da negociação. Em todo o caso a aquisição será nula (CCIB, 1830).

*Art. 479. Cualquier funcionario público ó comisionado en nombre del Gobierno, que ó abiertamente , ó por medio de algún acto simulado, ó por interpuesta persona, torne para sí en todo ó parte finca ó efecto, en cuya [...] administración intervenga en aquel acto por razón de su cargo ú oficio, ó bien entre á la parte en alguna otra negociación ó especulación de lucro ó interés personal relativas á las mismas fincas ó efectos [...] perderá su empleo ó cargo [...] pagará una multa de seis a veinte por ciento del importe de la finca, efecto ó interés de la negociación, siendo además nula cualquiera adquisición que haga de esta manera (CPE, 1822).*

<sup>110</sup> Art. 147. As mesmas penas se imporão aos que cometerem os crimes referidos no artigo antecedente nos casos, em que intervierem com o caráter de peritos, avaliadores, partidores, ou contadores; e bem assim, os tutores, curadores, testamenteiros, e depositários, que delinquirem de qualquer dos sobreditos modos, relativamente aos bens dos pupilos, testamentarias, e depósitos (CCIB, 1830).

*Art. 480. Iguales penas sufrirán los que interviniendo de oficio en los actos espresados con el carácter de peritos, tasadores, agrimensores, partidores, contadores ó defensores judiciales, incurran en el propio delito; y asimismo los tutores, curadores y albaceas testamentarios que lo cometan con respecto á los bienes de sus pupilos ó testamentarías (CPE, 1822).*

<sup>111</sup> Art. 148. Comerciareem diretamente os Presidentes, Comandantes de Armas das Províncias, os Magistrados vitalícios, os Párocos, e todos os Oficiais de Fazenda dentro do distrito, em que exercerem suas funções, em quaisquer efeitos que não sejam produções dos seus próprios bens. Penas - de suspensão do emprego por um a três anos, e de multa correspondente á metade do tempo (CCIB, 1830).

*Art. 481. Los Gefes políticos superiores ó subalternos, los comandantes militares de las provincias ó pueblos, los intendentes, magistrados y jueces letrados de primera instancia, los que ejerzan jurisdicción eclesiástica, y los curas párrocos [...] que abiertamente ó por medio de actos simulados, ó por interpuesta persona comercien, dentro del distrito donde respectivamente ejerzan sus funciones, en cualesquiera efectos, excepto los procedentes de sus haciendas propias, perderán su empleo, y lo que se les aprehenda perteneciente á este comercio ilícito (CPE, 1822).*

<sup>112</sup> Art. 149. Constituir-se devedor de algum oficial, ou empregado seu subalterno, ou dá-lo por seu fiador, ou contrair com ele alguma outra obrigação pecuniária. Penas - de suspensão do emprego por três a novo meses, e de multa de cinco a vinte por cento da quantia da dívida, fiança, ou obrigação (CCIB, 1830).

*Art. 482. Cualquiera funcionario público que á sabiendas se constituya deudor de alguno de sus subalternos, ó haga fiador suyo á alguno de estos, ó contraiga con ellos cualquiera otra obligación pecuniaria, será reprendido, y suspenso de empleo y sueldo por espacio de seis meses á dos años (CPE, 1822).*

CPE)<sup>113</sup> e artigo 151 (referente ao artigo 493 do CPE)<sup>114</sup>. Muitos dos *caputs* dos referidos artigos do Código Brasileiro parecem terem sido copiados do diploma espanhol e suas penas, apesar de abrandadas, foram mantidas em suas espécies, em grande parte dos casos.

Observando os artigos debaixo da epígrafe “Falta da exação no cumprimento dos deveres” notamos que o legislador brasileiro novamente recorreu ao exemplo espanhol para construir sua lei penal nacional. O artigo 156 do CCIB contém a seguinte incriminação: “Deixar de fazer efetivamente responsáveis os subalternos, que não executarem cumprida, e prontamente as Leis, Regulamentos, e ordens, ou não proceder imediatamente contra eles, em caso de desobediência, ou omissão”. Semelhantemente, o artigo 487 do CPE (1822) prevê:

En las propias penas incurrirán respectivamente los superiores que no hagan que sus subalternos y dependientes cumplan y ejecuten sin dilación las leyes, reglamentos y órdenes que les incumban, ó que no procedan inmediatamente contra ellos como corresponda, en el caso de que sean inobedientes ú omisos.

Praticamente todos os demais artigos da seção intitulada “Falta da exação no cumprimento dos deveres” do CCIB apresentam redação similar com o CPE, apesar de conterem determinações análogas a outros códigos anteriores. Porém, não podemos deixar de citar alguns artigos nitidamente inspirados na redação

---

<sup>113</sup> Art. 150. Solicitar, ou seduzir mulher, que perante o empregado litigue, esteja culpada, ou acusada, requeira, ou tenha alguma dependência. Penas - de suspensão do emprego por quatro a dezesseis meses, além das outras, em que tiver incorrido. Se o que cometer este crime for Juiz de Facto. Penas - de prisão por dois a dez meses, além das mais, em que incorrer (CCIB, 1830).

*Art. 492. El juez de derecho ó alcalde que seduzca ó solicite á mujer que litigue, ó esté acusada ó procesada ante él, ó citada como testigo, perderá su empleo ó cargo, y quedará inhabilitado perpetuamente para volver á ejercer la judicatura; sin perjuicio de cualquiera otra pena que como particular merezca por su deliro (CPE, 1822).*

<sup>114</sup> Art. 151. Se o crime declarado no artigo antecedente for cometido por carcereiro, guarda, ou outro empregado de cadeia, casa de reclusão, ou de outro estabelecimento semelhante, com mulher, que esteja presa, ou depositada debaixo de sua custodia, ou vigilância; ou com mulher, filha, ou irmã de pessoa, que esteja nessas circunstâncias. Penas - de perda do emprego, e prisão por quatro a dezesseis meses, além das outras, em que tiver incorrido (CCIB, 1830).

*Art. 493. El alcaide, guarda ó encargado de cárcel, casa de reclusión ú otro sitio, que seduzca ó solicite á mujer que tenga presa bajo su custodia, será también privado de su cargo, y no podrá obtener otro alguno público en el espacio de cuatro á diez años; sin perjuicio de cualquiera otra pena que merezca como persona particular (CPE, 1822).*

espanhola. São eles o artigo 157 (referente ao artigo 491 do CPE)<sup>115</sup>, artigo 160 (referente ao artigo 513 do CPE)<sup>116</sup> e artigo 162 (referente ao artigo 514 do CPE)<sup>117</sup>.

Por fim, vale mencionar a influência espanhola nas incriminações compostas na epígrafe “irregularidade de conduta” do diploma brasileiro. De acordo com o artigo 166 do CCIB, o empregado público que for convencido de (1º) “incontinência pública e escandalosa” ou (2º) “vícios de jogos proibidos” ou (3º) “embriaguez repetida” ou (4º) “haver-se com ineptidão notória” ou (4º) “desídia habitual no desempenho de suas funções”, será punido com “perda do emprego com inabilidade para obter outro, enquanto não fizer constar a sua completa emenda”.

A figura da irregularidade de conduta veio efetivamente integrar o elenco dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos por meio do Projeto de Vasconcelos, assim como quase todos os demais crimes citados até o momento. O artigo 261 do referido projeto dispunha que:

Art. 261. O empregado convencido de incontinência pública e escandalosa, ou de embriaguez repetida, ou vícios de jogos proibidos, ou de gastar com escândalos muito mais do que permitem os seus honestos recursos, ou de ter com igual escândalo uma conduta relaxada e vergonhosa, por qualquer outro motivo, ou de haver-se com ineptidão notória ou desídia habitual no desempenho de suas funções, perderá o emprego e não poderá obter outro

---

<sup>115</sup> Art. 157. Largar, ainda que temporariamente, o exercício do emprego sem prévia licença do legítimo superior; ou exceder o tempo de licença concedida, sem motivo urgente, e participado. Penas - de suspensão do emprego por um a três anos, e de multa correspondente á metade do tempo (CCIB, 1830).

*Art. 491. El funcionario público que abandone su destino, aunque sea temporalmente, sin previa licencia del superior respectivo; el que sin ella deje de asistir á su obligación, ó no vuelva á desempeñarla después de cumplida la licencia que haya obtenido, y de habersele avisado por su gefe, no estorbándosele alguna enfermedad otro impedimento legítimo, perderá su empleo, además de resarcir los perjuicios que cause por su falta, y los sueldos que haya percibido como devengados después de ella (CPE, 1822).*

<sup>116</sup> Art. 160. Julgar, ou proceder contra lei expressa. Penas - de suspensão do emprego por um a três anos (CCIB, 1830).

*Art. 513. El juez letrado de derecho de cualquiera clase, que por falta de instrucción ó por descuido falle contra ley expresa, proceda contra ella, ya haciendo lo que prohíbe, ya dejando de hapla lo que ordena, sufrirá una suspensión de empleo y sueldo de seis meses á un año, y será apercibido (CPE, 1822).*

<sup>117</sup> Art. 162. Infringir as leis, que regulam a ordem do processo, dando causa á que seja reformado. Penas - de fazer a reforma á sua custa, e de multa igual á despesa que nela se fizer (CCIB, 1830).

*Art. 514. Igual pena sufrirá el que por contravenir á las leyes que arreglan el proceso, lugar á que el que haya formado sea repuesto por el tribunal superior competente (CPE, 1822).*

sem fazer constar a sua completa conduta (PROJETO DE VASCONCELOS DE 1827).

Vajamos agora que foi mantida por Vasconcelos uma tipicidade idêntica do artigo 495 do CPE (1822), inclusive sua penalidade:

Art. 495. El funcionario público de cualquiera clase, que sea convencido de incontinencia pública y escandalosa, ó de embriaguez repetida, ó de vicio en juegos prohibidos, ó de gastar con escándalo mucho mas de lo que permitan sus sueldos, bienes ó recursos honestos, ó de tener con igual escándalo una conducta relajada ó vergonzosa por cualquier otro concepto, ó de manejarse con conocida ineptitud ó desidia habitual en el desempeño de su cargo, perderá también su empleo ú oficio, y no podrá obtener otro alguno público hasta que no haga constar su completa enmienda.

De fato, não há como negar a influência marcante das Cortes de Cádiz na redação do Projeto de Vasconcelos e conseqüentemente nos diversos crimes públicos do CCIB. Em especial nas seções relativas aos delitos cometidos por funcionários públicos, o regime de responsabilização do diploma estrangeiro penetrou no ordenamento jurídico brasileiro, no momento exato em que a estabilização do regime liberal esteve fortemente ligada ao sistema de responsabilidade dos magistrados.

Desde meados do século XVIII, no mundo ocidental, é possível notar a emergência de um programa ilustrado racionalizador das instituições, aliado a uma política generalizada de reforma nas ações dos governos. De acordo com Slemian (2011, p. 226), do ponto de vista do direito, a crítica à velha ordem voltava-se à predominância dos tradicionais intérpretes e glosadores do direito, bem como do direito romano,

em nome de uma racionalização e organização das fontes, simplificação dos procedimentos da justiça e maior transparência nas ações dos seus agentes". [...] As leis e normas, que acabavam por desempenhar um papel secundário numa tradição em que se valorizava a capacidade de sua aplicação pelo jurista a depender do contexto, ganhariam a partir de agora um papel central na *projeção* de um novo ordenamento social e dos critérios de estabelecimento dos limites entre a legalidade.

Como vimos no capítulo primeiro desta dissertação, se anteriormente os códigos eram pensados como meios de organizar a legislação esparsa, agora, sobretudo a partir do Oitocentos, passaram a assumir caráter de fonte de direito. Por isso, o movimento codificacionista moderno não poderia deixar de ser um ataque à magistratura, em especial

nos casos das monarquias de herança ibérica comum, como Brasil e Espanha, onde os juízes passariam a apenas a aplicar a lei a partir da sistematização feita pelos códigos e não mais interpretá-la, função exclusiva do legislativo. Assim, não foi à toa que a codificação na Espanha, seguida pelo Brasil, incorporou importantes novidades quanto aos crimes e formas de punição dos funcionários públicos, sobretudo como crítica à magistratura que remonta à tradição jurisdicional ibérica.

Ainda nos primeiros anos da Independência, o código que versava sobre a responsabilização do funcionário público não se restringiu ao de direito material, ou seja, ao CCIB. O Código do Processo Criminal de 1832 (LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832) dedicou o capítulo V inteiramente ao assunto, debaixo da epígrafe “Denúncia dos crimes de responsabilidade dos empregados públicos e formas do processo respectivo”. A partir de sua promulgação, se pôde verificar uma “pressão por parte do governo para que se cobrasse responsabilidade de determinadas ações, julgadas arbitrárias, dos agentes judiciários” (Ibid, p. 257). Assim, o CCIB, inspirado no sistema de responsabilização das Cortes de Cádiz e aliado ao Código do Processo Criminal, agora poderia ser uma poderosa arma de ataque à velha ordem jurídica, representada especialmente por uma magistratura de componentes absolutistas.

### 3.4 A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO PENAL DE EDWARD LIVINGSTON PARA UM SISTEMA CORREICIONAL LEVE

A tradição historiográfica informa como fontes primeiras do CCIB, via de regra, o projeto de Mello Freire de 1786 e o Código Penal Francês de 1810, bem como a tradição iluminista e utilitária (DANTAS, 2011, p. 13). Todavia, como vimos há pouco, o Código aprovado em 1830 incorporou diversos outros modelos legislativos de grande importância, como o Código Espanhol de 1822. E tudo indica que outra grande influência do Código Brasileiro foi o Código Penal de Edward Livingston.

Nos dias 21 e 22 de maio de 1829, antes da comissão mista apresentar parecer com o novo projeto em 10 de setembro de 1830, foi ofertado pelo editor do jornal liberal *Astréa*, João Clemente Vieira Souto, a ambas as Câmaras, exemplar da tradução do

Código Criminal para o Estado da Luisiana, elaborado por Edward Livingston. O taquígrafo da Câmara dos Deputados anotou: “A oferta feita pelo cidadão João Clemente Vieira Souto de um exemplar da tradução do projeto do código penal para a Luisiana, foi recebida de bom grado” (ACD, 21/05/1829). Da mesma forma, na Câmara do Senado está registrado: “[...] o cidadão brasileiro João Clemente Vieira Souto oferecera a este Senado um exemplar da tradução do Projeto do Código Penal para o Estado da Luisiana, por Eduardo Livingston” (ACS, 22/05/1829).

No dia seguinte à oferta ao Senado, o jornal *Astréa* emitiu um aviso reconhecendo o talento e a consumada literatura de Edward Livingston, o que mereceu que a Assembleia da Luisiana o encarregasse da organização de um Projeto de Código. De acordo com o jornal, a tradução do projeto foi oferecida por um brasileiro, amigo de Vieira Souto, e ofertada às Câmaras Legislativas para considerações (ASTRÉA, n. 429, 23/05/1829).

Neste ponto, pudemos observamos testemunhos da política da atividade jornalística na sociedade brasileira. O periódico *Astréa* teve importante papel na divulgação dos projetos políticos liberais. Defendia, sobretudo, a atuação do júri em todos os julgamentos de matéria penal e a penalização daqueles que atuassem de modo a limitar a liberdade de imprensa.<sup>118</sup>

Não foi ao acaso que o redator do periódico liberal decidiu dar ao parlamento Imperial brasileiro o projeto de Código da Luisiana. Este, além de constituir o juízo por jurados, punia com rigor os crimes contra a liberdade de imprensa, com multa, prisão e até suspensão dos direitos políticos. As “ofensas contra a liberdade de imprensa” foram subscritas imediatamente após “as ofensas contra os direitos de sufrágio” (LIVINGSTON, 1833, p. 398-401), demonstrando que tal crime possuía ampla relação com os direitos políticos.

---

<sup>118</sup> João Clemente Vieira Souto (1784-1852) foi o redator responsável pelo *Astréa*, jornal com publicação desde 1826 no Rio de Janeiro. Compunha o grupo dos liberais, ao lado de Evaristo Vieira, responsável pelo periódico *Aurora Fluminense*. Não sabemos muito a respeito de sua pessoa, apenas de suas posições políticas deduzidas do próprio *Astréa*. Interessante ressaltar que a redação do *Astréa* muitas vezes tem sido atribuída à José Joaquim Vieira Souto, deputado na segunda legislatura (1830-1833), o que é incorreto. Apesar do sobrenome idêntico, José Joaquim e João Clemente são pessoas distintas, porém com uma ligação – ambos são filhos de Lourenço José Vieira Souto, bacharel em direito e ouvidor de Santa Catarina. A genealogia dos Vieira Souto pode ser encontrada na pesquisa retirada do site Genealogia Brasileira mantida por Lênio Kuiz Richa, membro do Colégio Brasileiro de Genealogia e da Associação Brasileira dos Pesquisadores de História e Genealogia (ASBRAP). Disponível em: <<http://www.genealogiabrasileira.com/>>. Acesso em jan. de 2015.

Para o redator do *Astréa*, o Código de Livingston era um modelo a ser seguido pelo legislativo brasileiro, pela sua linha liberal e progressista. O Brasil daquela época passava por profundas transformações, alterando a sua ordem político e jurídica. Assim, o alcance das reformas legislativas tornou o direito um campo aberto de batalhas em torno das novidades doutrinárias nacionais, sobretudo estrangeiras.

Apesar da importância da atividade jornalística na década de 1820 na propagação da doutrina jurídico-penal de liberdade de imprensa e de maior atuação do júri popular, foi somente em 1830 que houve uma movimentação mais intensa do Legislativo na continuidade dos trabalhos da Comissão do Código Criminal. Esse período coincide com uma nova oferta do Código de Livingston à Câmara dos Deputados.

José Silvestre Rebello, primeiro Encarregado de Negócios nos Estados-Unidos, sempre atento às carências e necessidade do Brasil, nunca deixava de aditar aos relatórios políticos livros e impressos que lhe pareciam úteis. Sabemos que em 1824, levou à presença de Dom Pedro I o plano de código penal que Edward Livingston havia feito para apresentar ao parlamento da Luisiana. Dentre os registros da transcrição da documentação diplomática, encontramos um ofício de Rebello ao Governo brasileiro relatando que em uma de suas missões levou consigo a carta que Dom Pedro I mandou escrever à Livingston, sobre o Código Criminal que havia lhe oferecido (BRASIL-ESTADOS UNIDOS, 1824-1829, 2009, p. 52; 254).<sup>119</sup>

Não sabemos qual o destino dado ao plano do Código para a Luisiana entregue ao Imperador em 1824, afinal de contas não se tratava ainda do sistema completo

---

<sup>119</sup> José Silvestre Rebello foi o primeiro diplomata a apresentar credenciais em nome do governo brasileiro. Nomeado Encarregado de Negócios nos Estados Unidos pelo Decreto de 21 de janeiro de 1824, chegou ao seu futuro posto no dia 03 de abril, obtendo o reconhecimento da independência do Brasil pelos Estados Unidos ao apresentar suas credenciais ao presidente James Monroe em 26 de maio do mesmo ano. Com isso, foi o primeiro agente a assumir formalmente as funções diplomáticas, pois, até aquele momento, o Brasil se encontrava numa situação de isolamento diplomático. Silvestre Rebello trazia para o serviço diplomático um perfil diferente da maioria de seus pares. Português de origem, mas domiciliado desde a mocidade no Brasil. Era conhecido como homem de letras, versado em história e geografia, amante das belas-artes e dedicado ao comércio na praça do Rio de Janeiro. Foi um dos primeiros afeiçãoados à causa da independência do jovem Império, fundador e secretário de uma sociedade 'Philotécnica' que teria por objetivo 'reunir as diferentes províncias em comunidade de ideias e da qual deviam fazer parte os homens mais ilustrados da época e que se achassem em caso de encaminhar convenientemente os povos com os seus conselhos'. Também foi juiz comissário da Comissão Anglo-Brasileira, destinada a arbitrar as questões decorrentes do apresamento de navios negreiros, criada pelo tratado luso-britânico de 22 de janeiro de 1815. Ele atribuía um valor especial a este título, que o ajudou em sua qualificação diplomática (BRASIL-ESTADOS UNIDOS, 1824-1829, 2009, p. 9-11; ACCIOLY, 1936, p. 95).

escrito por Livingston. Mas, tomamos ciência de que em 12 de maio de 1830 os Anais da Câmara dos Deputados registram a oferta que “fez o cidadão José Silvestre Rebello de um exemplar do código criminal da Luiziana [...] recebido com agrado e remetido à comissão respectiva”.

No mesmo dia, o deputado Ernesto mandou à mesa um requerimento a fim de que se nomeasse o “quanto antes” uma comissão de fora presidida por um membro da câmara dos deputados, que se encarregasse da tradução “com a possível brevidade” da legislação penal organizada para o estado da Luisiana por Livingston (ACD, 12/05/1830). Apesar de, depois de uma breve discussão que não acompanhou o taquígrafo, tenha ficado decidido que tal matéria deveria ser tratada em outra ocasião, consta dos anais da sessão de 14 de maio, que a questão voltou à discussão.

Nessa ocasião, o deputado Ferreira de Mello sugeriu uma emenda ao requerimento de Ernesto, a fim de que “a comissão seja dos membros desta casa, e que a nomeação seja da nomeação do Sr. Presidente, podendo a mesma comissão propor outra de fora para a coadjuvar” a tradução do código. Ocorre que os deputados brasileiros não dominavam a língua inglesa, gerando alguns ataques à emenda proposta por Ferreira de Mello (ACD, 14/05/1830).

Ernesto foi o primeiro a rebater, alegando que os membros da casa “tem muito a fazer e estão bastante ocupados com as ordens do dia e diferentes comissões”. Além disso, para ele seria mais viável escolher pessoas capazes fora da câmara com conhecimento da legislação e da língua inglesa, sendo, porém o presidente um membro da casa (ACD, 14/05/1830).

Já o deputado Hollanda Cavalcante de imediato votou contra o requerimento, alegando ser quase impossível achar “homens que traduzam a língua inglesa, que saibam alguma coisa de direito e que tenham os mais conhecimentos necessários”. Assim, “o melhor era mandar-se que o governo ficasse autorizado a despender uma quantia, a fim de se traduzir tal código” (ACD, 14/05/1830).

Para Vasconcelos, a aprovação do requerimento adiaria ainda mais a recepção das emendas ao projeto do código, que estava marcada para o dia 1º de julho de 1830. O projeto de Livingston levaria “três ou quatro meses” para ser traduzido e, nesse interim, ficaria “suspensa a discussão sobre o código”. Por isso, seu voto também foi

contra o requerimento para a tradução do projeto norte-americano (ACD, 14/05/1830).

Julgando-se discutida a matéria, decidiu-se por ficar o projeto de Livingston na comissão em sua forma original, isto é, em língua inglesa. Todavia, este fato não impediu o acesso às doutrinas do jurisconsulto americano por parte do parlamento Imperial.

Várias evidências demonstram que o Código de Livingston interessou diversos legisladores no momento da confecção do CCIB. Uma carta do Senhor Wright, o cônsul americano no Rio de Janeiro afirma:

As câmaras estão agora empenhadas na revisão das leis penais desse país, e eu acredito que tenham selecionado Código Penal de Livingston como base; o Ministro dos Negócios Exteriores, que é um membro de uma Câmara dos Deputados, e um outro membro, me solicitaram cópias do trabalho em francês, e eu os envie.<sup>120</sup>

Através dessa carta, confirma-se o fato de que os deputados tiveram acesso a uma cópia do Código de Livingston em francês, língua que boa parte lia com maior facilidade. Por isso, o deputado Pereira Rebouças pôde afirmar na sessão de 14 de setembro de 1830: “não são ocultos a ninguém os escritos de Eduardo Livingston” (ACD, 14/09/1830).<sup>121</sup>

O nome de Livingston apareceu diversas vezes nas sessões de setembro de 1830. Como defendia a abolição da pena de morte, seu código foi citado por vários deputados que, da mesma forma, lutavam pelo fim da pena capital, como, por exemplo, Ernesto: “Livingston afirma que na Luisiana, no espaço de 17 anos, o único crime que tinha pena de morte foi muito mais frequente que os outros” (ACD, 13/09/1830).

Não somente a abolição da pena de morte na doutrina norte-americana interessou o parlamento Imperial. Muitos crimes públicos da legislação brasileira, de fato, foram

---

<sup>120</sup> Consular Letters, Rio de Janeiro, Nov. 1827 - Dec. 1830, apud Moore, 1928, p. 358.

<sup>121</sup> A título de exemplo, vale citar a fala de Lino Coutinho sobre o Código para a Luisiana ao defender a elaboração de um código penal casuístico para o Brasil. “Lino Coutinho: [...] porque quando se marca bem os casos, é quando o cidadão está sossegado, e não está sujeito a arbitrariedade dos juízes, e por isto eu sou sempre inclinado por um código casuístico, bem como no código da Luisiana que há cabeças, cúmplices e autor” (ACD, 10/09/1830). Essa fala confirma o profundo conhecimento do deputado da obra de Livingston.

inspirados nas doutrinas de Livingston, sobretudo naquelas contidas em seu *Code of Crimes and Punishments*.

A obra completa de Edward Livingston trata de um sistema denominado *System of penal Law for the State of Louisiana* (Um sistema de Lei penal para o Estado da Luisiana). Ele consiste em quatro códigos – *Code of Crimes and Punishments* (Código de Crimes e Punições), *Code of Procedure* (Código de Procedimento), *Code of Evidence* (Código de Evidência) e *Code of Reform and Prision Discipline* (Código de Reforma e Disciplina Prisional) – e um livro – *Book of Definitions* (Livro de Definições).

Não foi à toa que Livingston criou um sistema de códigos. Na Luisiana do Oitocentos, a tradição francesa da codificação tinha prevalecido, tendo seu maior expoente o juriconsulto Livingston. Depois de ter pertencido à Espanha e à França por longos anos, a Luisiana tinha sua jurisprudência em total desordem.

Quando todo o território passou ao controle dos Estados Unidos, em 1803, ocupou-se, desde logo, de sua organização política. Em 1812, uma assembleia de representantes se reuniu na Nova Orleans e redigiu uma constituição que foi sancionada pelo Congresso. Faltava-lhe agora ordenar a legislação civil e criminal. Foi assim que, em 1820, uma lei determinou que se fizesse um código penal para o Estado da Luisiana e a Assembleia Geral, composta do Senado, e escolheu-se Edward Livingston, versado no conhecimento das leis, para redigi-lo (NOVOS ANNAES DAS SCIENCIAS E DAS ARTES, 1827, p. 147).

Intelectualmente, Livingston estava muito bem assistido para elaborar um código penal, quando nomeado pelo legislativo da Luisiana. Seu conhecimento enciclopédico não era uma volumosa massa desordenada de ideias, mas algo que foi armazenada ordenadamente para o uso.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> Edward Livingston (1764-1836) nasceu em Nova York e quando jovem ingressou na faculdade de Direito em Albany. Segundo Mueller (1970, p. 25) era muito estudioso e leu clássicos como Bentham, Montesquieu, Franklin, Bacon, Cicero, Blackstone, Beccaria, Erasmus, Pothier, Howard e Kent. De acordo com Hunt (1864, p. 41), Livingston tinha interesse em Direito Civil e estudou o Código, Institutas, Pandectas e Novelas Justinianas, no original, com os melhores comentários nelas. Representou diversas vezes Nova York e Luisiana no Congresso Americano e foi Prefeito de Nova York. Após mudar-se para Nova Orleans no início do século XIX, atuou como advogado, se destacando como um célebre jurista no novo estado. Foi eleito para o Senado dos Estados Unidos (1829-1831) e nomeado Secretário de Estado (1831-1833) no governo de Andrew Jackson.

Já em 1822, Livingston enviou alguns fragmentos do código que se ocupava a redigir para a assembleia geral, dando mostra do seu trabalho. O plano foi aprovado pela assembleia, que decretou sua impressão e distribuição aos principais funcionários do estado (Ibid., p. 148). Foi nesse período que Silvestre Rebello, diplomata brasileiro, enviou pela primeira vez ao Brasil fragmentos da obra de Livingston.

Após ser compensado monetariamente, e ter sido votado pela continuação de seu trabalho em 1824, Livingston completou o seu sistema de lei penal, que, em princípio, foi considerado muito progressista e libertário. Apesar de sua obra ter aparecido repetidamente na legislatura dentre os anos de 1826 a 1827, a Luisiana nunca a adotou como código criminal e, de fato, não adotou nenhum outro até 1942 (LYONS, 1974, p. 243-244).

Quanto à teoria penal, Livingston foi utilitarista e considerado como o “American Bentham” (MUELLER, 1970, p. 25). Apesar da não aprovação de seu código, Livingston foi muito honrado na Louisiana e em outros lugares dos Estados Unidos e do mundo como na Guatemala, na Rússia e no Brasil (apud, p. 26). O código Livingston certamente tem lugar eminente na história da codificação penal brasileira, lado a lado com o código penal da Espanha de 1822.

Segundo Moore (1928, p. 351), no tratamento dos delitos e das penas, Livingston é frequentemente neoclássico. Prefere penas moderadas a severas e a morte é socialmente desnecessária e potencialmente perigosa para a liberdade e o progresso. Grande parte das penas previstas é a de prisão, no lugar do banimento, deportação, confisco da propriedade, trabalho público, exposição ao escárnio ou qualquer pena corporal que impõe dor, sanções que não encontram lugar em seu sistema.

A mesma moderação das penas do Código de Crimes e Punições de Livingston pôde se fazer sentir no Código brasileiro de 1830, em especial nos crimes políticos. No Título “Dos crimes contra o livre exercício dos Poderes Políticos” (artigos 91 a 99) do Código Imperial, observamos influências diretas do Código de Livingston que nos chamaram a atenção.

Primeiramente, vale ressaltar que dentre as disposições dos artigos 93 ao artigo 98, não encontramos qualquer redação semelhante no projeto de Vasconcelos. Este

sequer previa título ou capítulo específico para os crimes contra o livre exercício dos poderes políticos. O fato de esses artigos terem sido inseridos após a apresentação do projeto de Vasconcelos indica que sua matriz possivelmente veio de um código posterior a 4 de maio de 1827 – data da sessão na Câmara dos Deputados em que Vasconcelos depositou seu projeto.

O Código de Livingston, em seu título “Dos delitos contra o Poder Legislativo” (artigos 118 a 121), apresentava a seguinte redação para o artigo 119:

Art. 119. Qualquer que usar de alguma ameaça de violência com algum membro da Assembleia Geral, com intento de influir em sua conduta oficial ou fizer alguma agressão contra ele por qualquer coisa que ele tenha dito ou feito, como um membro da Assembleia, será multado com não menos de cem dólares ou mais de quinhentos dólares; e será preso por não menos de um e não mais de seis meses (LIVINGSTON, 1833, p. 382).<sup>123</sup>

Concorda com o sistema de penas moderadas criado por Livingston, para punir os delitos contra o livre exercício dos poderes políticos, o CCIB, sobretudo o artigo 93.

Art. 93. Usar de violência, ou de ameaças contra qualquer membro das Câmaras Legislativas, ou para melhor influir na maneira de se portar no exercício de seu emprego, ou pelo que tiver dito, ou praticado no mesmo exercício. Penas - de prisão com trabalho por seis meses a quatro anos, além das mais, em que incorrer pela violência, ou ameaças (CCIB, 1830).

A redação dos artigos citados de cada código é bastante semelhante. E, apesar do tempo máximo de encarceramento previsto na legislação brasileira ser oito vezes maior do que o do Código de Livingston para o mesmo delito, notável coincidência continua sendo a brandura na punição de crimes dessa natureza.

A redação do artigo 94 do Código brasileiro também lembra a do artigo 118 do Código de Livingston. Senão vejamos:

Art. 94. Entrar tumultuariamente no recinto de cada uma das Câmaras Legislativas; obrigar cada uma delas por força, ou por ameaças de violência a propor, ou a deixar de propor, fazer, ou deixar de fazer alguma Lei,

---

<sup>123</sup> Todas as citações feitas do Código de Livingston são traduções livres de sua obra em inglês intitulada *The complete Works of Edward Livingston on criminal jurisprudence consisting a code of crimes and punishments, a code of procedure, a code of evidence, a code of reform and prison discipline, a book of definitions*, publicada em 1833.

Resolução, ou qualquer outro ato; obrigar a dissolver-se inconstitucionalmente, ou a levantar, prorrogar ou adiar a sessão. Penas - de prisão com trabalho por três a doze anos (CCIB, 1830).

Art. 118. Se alguém intencionalmente ou por força impedir a reunião da Assembleia Geral deste Estado, ou de alguma de suas Câmaras, ou com o designo de impedir tal reunião usando de violência pessoal ou de ameaças contra algum dos membros da Assembleia Geral, o impedir de participar da Casa a que pertence, ou por força ou ameaça, compelir qualquer uma das ditas Câmaras da Assembleia Geral a suspender-se ou dissolver-se, ou à aprovar qualquer resolução ou lei ou à fazer qualquer outro ato, ou à rejeitar qualquer resolução ou lei que está constitucionalmente ultrapassada, será multado com não menos de quinhentos dólares e não mais de dois mil dólares; será preso por não menos de cinco anos e não mais de dez anos com trabalho forçado; e perderá seus direitos políticos (LIVINGSTON, 1833, p. 381-382).

Ainda com relação aos crimes contra o livre exercício dos poderes políticos do CCIB, encontramos um delito específico que parece ter sido inspirado no Título “Dos delitos contra o Poder Executivo” (artigos 122 a 125) do Código de Livingston. Trata-se da disposição encontrada no seguinte artigo:

Art. 97. Usar de violência, ou ameaças contra os agentes do Poder Executivo para força-los a fazer de maneira ilegal um ato oficial, ou a deixar de fazer legalmente um ato oficial; ou a fazer como Oficial, um ato para que não estejam autorizados. Usar de violência ou ameaças para constranger algum Juiz, ou Jurado a proferir, ou deixar de proferir despacho, ordem, voto, ou sentença; ou a fazer, ou deixar de fazer qualquer outro ato oficial. Penas - de prisão com trabalho por seis meses a quatro anos, além das mais em que incorrer pela violência ou ameaças (CCIB, 1830).

O Código de Livingston previa em seu artigo 124 que usar de violência ou ameaça de violência contra algum funcionário do executivo para induzi-lo ou força-lo à prática de “algum ato oficial de um modo ilegítimo” ou a fazer, “debaixo da cor do seu ofício [sob o pretexto de seu ofício] algum outro ato a que não está autorizado a fazer, ou a omitir o cumprimento de algum ato oficial a que está obrigado”, o delinquente terá uma pena de prisão por três a doze meses, além de multa de cinquenta a duzentos dólares e as demais que incorrer pela violência (LIVINGSTON, 1833, p. 383).

A última disposição do Título “Dos crimes contra o livre exercício dos Poderes Políticos” que observamos ter como matriz o Código de Livingston foi a prevista no artigo 98.

Art. 98. Levantar motim, ou excitar desordem, durante a sessão de um Tribunal de Justiça, ou audiência de qualquer Juiz, de maneira que se impeça, ou perturbe o ato. Penas - de prisão por dois a seis meses, além das mais, em que incorrer (CCIB, 1830).

Antes de citarmos a referência ao Código de Livingston, vale a pena registrarmos que parte desse tipo penal já estava presente no Livro V das Ordenações Filipinas.

Título LI. Defendemos que nenhum alevante volta, nem arrouido perante Justiças, ou contra elas. E o que o contrário fizer, se propósito alevantar arroido em Juízo contra a Justiça ou contra outrem em sua presença, e ferir, morra por isso. E se não ferir, fique em arbítrio do Julgador dar-lhe a pena, que lhe direito parecer, além das mais, que por outras nossas Ordenações merecer. E alevantando em rixa nova sem outro propósito, esse Julgador o condene logo na pena, que merecer segundo a qualidade das pessoas, e da culpa, que em tal arruído tiver.

A citada Ordenação proíbe que “alguém alevante volta ou arruído” perante as justiças, da mesma que o CCIB proíbe “levantar motim ou excitar a desordem” também perante as justiças. Porém, cumpriu a lei brasileira qualificar melhor o fato.

Acreditamos que essa nova qualificação se concebeu por meio do Código de Livingston. Se não fossem tomados os fundamentos do tipo penal proposto por Livingston, o mais leve rumor ou sussurro poderia proceder num crime político grave. De sorte, delitos dessa natureza mereceram penalidade correcional leve, a exemplo do artigo 205 do Código de Livingston, onde a punição não excedia vinte dólares e três dias de prisão.

Art. 205. Se alguém, durante a sessão de qualquer corte de justiça, na presença dela, por palavras ou fazendo clamor [gritaria] ou barulho, intencionalmente obstruir os procedimentos da referida corte, ou se recusar a obedecer qualquer ordem legal que a dita corte determinar para manutenção da ordem ou preservação da regularidade do procedimento na corte [...] será punido com multa não excedente a vinte dólares e com prisão não excedente a três dias (LIVINGSTON, 1833, p. 394).

Outra significativa influência do Código de Livingston motivou mais os legisladores a minorarem o impacto de certos crimes, sobretudo do próprio projeto de Vasconcelos, que não conhecia a obra americana ainda. Foi o caso do crime de ajuntamento ilícito. No projeto de Vasconcelos se “o ajuntamento de mais de vinte pessoas em lugar público, não tendo fim algum permitido ou tendo-o, se mostrar tendência perigosa” (artigo 117) tiver “por fim cometer delitos contra o Estado” é punido como crime contra o Estado, isto é, com a possibilidade da aplicação das penas de morte ou galés perpétuas (artigo 119).

Quando a comissão do código criminal reestruturou o antigo delito de traição, os ajuntamentos ilícitos participaram de uma nova categorização. Além de deixar de ser punido como de traição, passando a ser punido como crime policial – ou seja, nem mesmo era punido como crime público – sua punição foi minorada para apenas uma pena pecuniária de vinte a duzentos mil réis (artigo 286).

Incorria agora o ajuntamento ilícito quando da reunião de “três ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para cometerem algum delito, ou para privarem ilegalmente a alguém do gozo, em exercício de algum direito ou dever” (artigo 285). Se ajuntamento tivesse por fim “impedir a percepção de alguma taxa direito, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; ou a execução de alguma Lei ou sentença; ou se for destinado a soltar algum réu legalmente preso” a pena passaria a quarenta a quatrocentos mil réis, além das que os réus tiverem incorrido (artigo 285).

Esses artigos referidos acima do delito policial de ajuntamento ilícito do CCIB trata-se de uma tradução, quase literal, de alguns artigos do Código de Livingston que, por sinal, prescreveu pena ainda maior que a lei brasileira para tal delito.

Art. 209. Se três ou mais pessoas se ajuntarem com o intento de se auxiliarem por meios violentos a cometer uma ofensa, ou ilegalmente destituir uma pessoa do gozo de um direito, tal ajuntamento será chamado de ajuntamento ilegal, e os culpados serão multados em não menos de cinquenta e não mais de trezentos dólares, e serão condenados a prisão solitária por não menos de três e não mais de doze anos.

Art. 211. Se o fim de um ajuntamento ilegal for o de se opor à cobrança de quaisquer taxas, portagens, impostos, ou tributos legalmente instituídos, ou à execução de qualquer lei do estado, ou sentença legal de um tribunal, ou

efetuar o resgate de um prisioneiro legalmente preso por qualquer crime, a pena da ofensa será aumentada em metade.

Comungamos com Dantas (2011, p. 32), ao afirmar que “a impressão que se tem é que os legisladores brasileiros preferiram, baseando-se no modelo norte-americano, minorar o impacto ou punibilidade, de certas perturbações de ‘pública tranquilidade’”. Antes os ajuntamentos que tivessem por fim a realização de delitos contra o Estado eram punidos como crimes públicos, inclusive podendo ser cominada pena capital. Agora, optando pelo modelo de Livingston, as antigas e duras penas do projeto de Vasconcelos para os ajuntamentos foram substituídos por multa.

Seguindo a lista de artigos influenciados diretamente pelo Código da Luisiana, encontramos aqueles presentes no título “Dos crimes contra a segurança interna do Império, e publica tranquilidade”. No mínimo três capítulos apresentam artigos semelhantes em redação com o código do norte-americano. São eles os capítulos sobre “insurreição” (artigos 13 a 15), “resistência” (artigos 16 a 19) e “tirada ou fuga de presos do poder da justiça e arrombamento de cadeias” (artigos 120 a 127).

Primeiramente, analisamos o delito de insurreição. Notamos que o projeto de Vasconcelos não fez qualquer menção a crimes dessa natureza, nem mesmo os códigos modernos de sua época, a exceção de dois: o Código Espanhol de 1822 e o Código de Livingston. Vejamos o artigo que trata de tal delito no Código Espanhol:

Art. 274. Es rebelión el levantamiento o insurrección de una porción mas o menos numerosa de súbditos de la Monarquía, que se alzan contra la patria y contra el Rey, o contra el Gobierno supremo constitucional y legítimo de la Nación, negándole la obediencia debida, o procurando sustraerse de ella, o haciéndole la guerra con las armas (CPE, 1822).

A criminalização da insurreição na Espanha visava conter rebeliões contra a pátria, contra o rei e contra o governo constitucional. Diferentemente, no Brasil a criminalização da insurreição visava conter a revolta do escravo contra a sua condição.

#### Capítulo IV – Insurreição

Art. 113. Julgar-se-á cometido este crime, reunindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas - Aos cabeças

- de morte no grau máximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze anos no mínimo; - aos mais - açoutes.

Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas, no artigo antecedente, aos cabeças, quando são escravos.

Art. 115. Ajudar, excitar, ou aconselhar escravos á insurgir-se, fornecendo-lhes armas, munições, ou outros meios para o mesmo fim. Penas - de prisão com trabalho por vinte anos no grau máximo; por doze no médio; e por oito no mínimo (CCIB, 1830).

O único código que também tratou a insurreição como crime de levante de escravos, foi o Código de Livingston. Senão vejamos:

Capítulo III – Incitação à insurreição (*Of exciting insurrection*)

Art. 115. Toda pessoa livre que ajuda em alguma insurreição de escravos contra os habitantes livres deste Estado, que se une a alguma reunião secreta de escravos em que se planeja tal insurreição, com o designo de promovê-la, incitar ou persuadir à algum escravo a empreendê-la, deve ser punido com prisão perpétua com trabalho.

Art. 116. Por “insurreição” se entende uma reunião armada com intenção de recuperar a liberdade pela força.

117. O termo “incitar” na descrição deste delito se entende por persuadir ou induzir ao que tem por objeto imediato a insurreição. Não é o caso do culpado somente se usar uma linguagem própria para tornar os escravos descontentes de seu estado. Se feito isso com designo de promover tal descontentamento, é um delito punível com multa, não menor de cinquenta e não maior de duzentos dólares, ou prisão solitária, não menos de trinta dias e não mais de seis meses (LIVINGSTON, 1833, p. 381).

Em artigo recente publicado na Revista do IHGB, Dantas (2011) recupera o tipo penal da insurreição incorporado no CCIB a partir de dicionários e documentos dos séculos XVII, XVIII e XIX (da Espanha, França, Inglaterra, Estados Unidos e Brasil). Inspirada por um olhar mais atento à grande população escrava existente no país recém-independente, a historiadora chegou à conclusão de que a opção por definir insurreição como levante de escravos foi claramente inspirada no Código de Livingston.

Nos séculos XVIII e XIX, o vocábulo insurreição ainda não havia sido dicionarizado no português pelo padre Raphael Bluteau e por Antonio Morais Silva (Ibid, p. 276). Apesar disso, pudemos identificar sua ampla utilização no Brasil já nas décadas de 1810 e 1820. Segundo Pimenta (2003, p. 131) “nesse caso, a dicionarização dos vocábulos dá-se em décadas posteriores à sua utilização, pois o tempo do registro lexicográfico não consegue acompanhar o tempo da transformação político-social”.

Foi no Setecentos – com a Revolução Francesa – que o termo derivado do latim *insurgere* (levanta-se contra), assumiu seu sentido moderno de

movimento contra a opressão do povo em prol da libertação geral, conduzida de baixo para cima, visando derrubar o Governo existente (Insurreição com fins políticos) ou a classe dirigente na sua totalidade (Insurreição com fins sociais). Existiu, durante a Revolução Francesa e com base indireta no pensamento de Locke, a tentativa de legalizar o direito à Insurreição, isto é, de tornar legal o que historicamente foi sempre resolvido através da manifestação da força (BOBBIO, 1998, p. 631).

Assim, entre finais do século XVIII e as primeiras décadas do Oitocentos, circulava a palavra insurreição remetendo-se ao vocábulo *l'insurrection* do artigo 35 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* do Ato Constitucional de 24 de junho de 1793.

Art. 35. Quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é para o povo e para cada agrupamento do povo, o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres (Tradução livre).

Após a França dar sentido moderno ao termo insurreição, ele passou a ser usado constantemente em Portugal, quando das invasões napoleônicas. O descontentamento perante a situação de ocupação transformou-se rapidamente em levantamentos e de uma atitude de quase apatia geral passou-se à insurreição. As notícias da insurreição em Portugal chegaram ao Rio de Janeiro e foi relatado pela *Gazeta Extraordinária do Rio de Janeiro* de 14 de setembro de 1809: “A fermentação é geral em todo o Portugal. Dizem que houve uma insurreição em Lisboa, e que o General Junot ficou ferido”.

Ainda no século XVIII, a palavra *Insurrection* aparece pela primeira vez num dicionário inglês, agora não mais como um movimento legítimo, mas como “um levante sedicioso, uma rebelião” (Tradução livre, SAMUEL JOHNSON, 1792). O

direito de insurreição passa a alojar-se no próprio conceito da lei, constituindo-se sua negação. A partir dessa nova significação, o vocábulo aparece com frequência nos periódicos do mundo ocidental como um perigo de contágio revolucionário e de anarquia.

No Brasil, Dantas (2011, p. 276) observou que Frei Caneca utilizou-se da palavra insurreição, no contexto da Confederação do Equador, em seu *Typhis Pernambuco* em 08 de janeiro de 1824:

Depois de se ter demonstrado nos números antecedentes a falsidade do motivo que a perversa facção portuguesa teve a habilidade de empregar para iludir e violentar a s. m. i. a acabar com a soberana Assembléia Constituinte brasiliense, arriscando desta feição a integridade do império com a desconfiança e a insurreição das províncias, e abrindo o Brasil os abismos da anarquia e guerra civil, fazia-se frustrâneo dizer uma palavra que fosse sobre o demais conteúdo nos decretos, proclamação e manifesto de 16 de novembro [...].

Da mesma forma, a Comissão Militar encarregada de julgar os participantes da Confederação do Equador, já na primeira página do processo criminal, também declarou que julgaria os “chefes da insurreição e rebeldia” havida em Pernambuco. Segundo Dantas (2011, p. 277), a expressão “insurreição das províncias”, comumente usada, implicava quase uma “secessão ou guerra civil” e lembrava o sentido do vocábulo “insurgente” utilizado por Dom Pedro I durante a guerra da Cisplatina.

Assim, durante a década de 1820, o vocábulo insurreição foi utilizado no Brasil, porém ainda não se assemelhava àquele usado pelo CCIB como levante de escravos. Poderíamos concluir então que o tipo penal do artigo 113 foi obra dos legisladores brasileiros. Porém, a questão é mais complexa que isso.

Na edição de 12 de outubro de 1791, a *Pennsylvania Gazette*, um dos mais importantes jornais da Filadélfia, publicou um relato dos acontecimentos na colônia francesa de São Domingos, retirado de uma carta enviada por uma pessoa em *Cape François* a outra na capital do estado americano. A publicação tratava dos acontecimentos ao longo de 1791, ano em que começou a revolta de São Domingos. Em seu relato, o autor utilizava repetidas vezes a palavra insurreição para se referir à sublevação dos escravos na colônia francesa (ibid., 281).

Após São Domingos (doravante, Haiti) alcançar sua independência em 1804, o Presidente americano Thomas Jefferson se recusou a reconhecer sua soberania. Assim, por muitos anos, nos Estados Unidos, o movimento ficou ainda referido como uma *insurreição* de escravos.

Antes dos episódios do fim do Setecentos em São Domingos, algumas colônias britânicas da América do Norte já usavam a tipificação do crime de insurreição escrava. Em 1690, a legislatura da Carolina do Sul aprovou uma Lei que determinava que se algum escravo cometesse assassinato ou fizesse qualquer *insurrection*, rebelião ou conspiração para levantar motim ou rebelião, seria punido com a morte. Após alguns anos, a colônia estendeu a pena capital aos livres que auxiliassem os escravos no levante. O exemplo da Carolina do Sul logo foi seguido por outras colônias como Virginia, Maryland e Nova York. Ou seja, ainda no período colonial a tipificação do crime de insurreição escrava era bastante comum e continuou constante em alguns estados dos Estados Unidos independente (DANTAS, 2011, p. 284-288).

Possivelmente, frente à magnitude dos acontecimentos em São Domingos e à tipificação de insurreição escrava já presente na legislação de diversas antigas colônias vizinhas, Edward Livingston incorporou o instituto da insurreição em seu sistema de lei penal, lançado mão do termo como qualitativo de levante de escravo. Porém, vale lembrar que o juriconsulto americano penalizou apenas a “incitação à insurreição” e não insurreição em si. Isso porque, elaborou um sistema de norma aplicável à população livre e não escrava, diferente do Código brasileiro.

O CCIB possuía apenas uma classificação penal específica para os escravos, isto é, a insurreição. Apesar disso, segundo Campos (2003, p. 118) “a legislação penal seguiu tributária da cultura jurídica portuguesa, que limitava a interferência na relação entre senhor e escravo”. Por isso, “o controle sobre os escravos realizou-se muito mais em nível local” e o CCIB serviu muito mais como um código de homens livres.

Pois bem, encontrada a matriz do delito do artigo 113 do CCIB, cumpre agora tecer alguns comentários sobre tal classificação penal. Contradizendo o próprio espírito do tratado de 1827 celebrado entre Brasil e Inglaterra, que dava prazo de três anos

para que fosse proibido o tráfico de escravos, o código continha um artigo específico para os réus escravos.

Art. 60. Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja a capital ou de galés, será condenado na de açoites e, depois de os sofrer, será entregue ao seu senhor que se obrigará a trazê-lo com ferro pelo tempo e maneira que o juiz designar. O número de açoites será fixado na sentença e o escravo não poderá levar por dia mais de 50.

Admitida aos homens livres a pena de morte e galés, não havia razão para ser isento delas o escravo. Assim, o Código conheceu que, das penas gerais, as de morte e galés poderiam ser aplicadas aos escravos. No caso de qualquer outra pena, devia lhes aplicar a de açoites, pois, a condição de escravo a legitimava, ainda que a pena corporal tivesse sido abolida pela Constituição de 1824.

Frente à escravidão admitida e tolerada no país, por causas de ordem social e política, o legislador não quis deixar de consignar, a exemplo do Código de Livingston que previu o crime de “incitação à insurreição”, o delito de “insurreição”, que entrava na classe “dos crimes contra a segurança interna do Império e pública tranquilidade”. Apesar de não ter sido prevista em lei especial para escravos, entrando nas disposições do Código Criminal comum, o crime se revestiu de caráter grave, sendo o único delito público cuja prescrição continha a pena de morte.

Apesar da leveza da punibilidade da maioria das prescrições do código brasileiro, esta não acompanhou o sentido da lei em conter as os levantes da população escrava. Seria fundamental para o próprio desenvolvimento do novo Estado liberal, segundo uma parte do legislativo nacional, a manutenção da pena capital em algumas hipóteses, pois, caso contrário, acabaria por elevar os índices de criminalidade no país. Segundo o professor Subtil (1991, p. 87), “a criminalidade põe em xeque o projeto da legitimação e autoridade do Estado” minando, assim, o reino da legalidade. Logo, acreditamos que essa necessidade de imposição da ordem ao conjunto da população livre e cativa pode explicar o percurso traçado pelo código nacional, fundado num modelo garantista da liberdade sem ter que abrir mão da pena capital para alguns casos mais conturbadores da ordem.

Pelo Código Brasileiro, o escravo podia sofrer três tipos de sanção, caso verificada a insurreição. Se fosse o cabeça, sofreria a pena de morte em grau máximo, galés

perpétua em grau médio e galés por quinze anos em grau mínimo. Se não fosse o cabeça, sofreria a pena de açoites. Esta, por sua vez, era por excelência a punição dos escravos rebeldes. Como vimos no citado artigo 60, o limite humanamente tolerado era de 50 açoites por dia. Logo, muitos escravos escapavam da pena capital, mas morriam no açoitamento exorbitante. Tão grave como o crime de insurreição eram apenas dois: homicídio (artigo 192) e latrocínio (artigo 271).

O crime de “insurreição” no Brasil era, até certo ponto, uma “sedição”. Para se configurar a sedição, segundo o artigo 111, era necessário “ajuntar-se mais de vinte pessoas”. Da mesma forma, seria julgado pelo crime de insurreição (artigo 113), a reunião de “vinte ou mais pessoas”. O limite entre as duas classificações penais se encontrava nas condições das pessoas que se ajuntavam. Se fossem escravos, “para haverem a liberdade por meio da força”, estava caracterizada a insurreição. Se fossem homens livres, “para o fim de obstar a posse do empregado público (...) ou para o privar do exercício do seu emprego ou para obstar à execução e cumprimento de qualquer ato ou ordem legal de legítima autoridade”, restava caracterizada a sedição.

Nesse ponto, notamos uma sensível diferença entre o Código brasileiro e o Código de Livingston. De acordo com o artigo 116 do Código de Livingston, para se caracterizar insurreição, não era necessário um número mínimo de pessoas no ajuntamento. Por insurreição se entendia “reunião armada com intenção de recuperar a liberdade pela força”.

Acreditamos que o legislador brasileiro quis manter o padrão de qualificação dos crimes públicos de ajuntamentos – conspiração, sedição e insurreição. Por isso, especificou o número de pessoas para que a reunião seja dada como criminosa exatamente nos três crimes, que fazem parte do mesmo Título (“Dos crimes contra a segurança interna do Império, e pública tranquilidade). Além disso, em caso de reunião com menos de vinte e mais de duas pessoas, se julgaria cometido o crime de ajuntamentos ilícitos (artigo 285), punido com pena bastante inferior, isto é, de multa.

Segundo o legislador imperial, para caracterizar insurreição, o juiz não deve fazer questão da reunião ser armada, bastando ter por fim “haver a liberdade por meio da força”. O Código de Livingston, diferentemente do brasileiro, exige essa cláusula. E

mais, não é culpado de incitação à insurreição “somente se usar uma linguagem própria para tornar os escravos descontentes de seu estado”. Se isso for feito para promover o descontentamento, o delito é punido apenas com multa entre cinquenta e duzentos dólares ou prisão solitária de trinta dias a seis meses (artigo 117).

No Brasil, a natureza do crime de incitação à insurreição era de delito contra a segurança interna e tranquilidade pública. Assim, era punido com prisão com trabalho por vinte anos em grau máximo, por doze em grau médio e por oito em grau mínimo (artigo 115). Diferentemente, para Livingston, todos que cometessem esse delito deveriam ser punidos com prisão perpétua com trabalho, isto é, a penalidade máxima de seu código. Isso porque, nos Estados Unidos, esse delito tinha natureza de ofensa contra o poder soberano do Estado (*the sovereign power of the State*). Tanto que foi classificado logo após a traição (artigo 109) e a sedição (artigo 110). E, como vimos há pouco, em diversas ex-colônias americanas já era punido duramente, inclusive com a pena capital.

Outro dispositivo do Código brasileiro que parece ter sido inspirado no Código de Livingston é o do artigo 117.

Art. 117. As ameaças de violencia capazes de aterrar qualquer homem de firmeza ordinaria, considerar-se-ão neste caso iguaes á uma opposição de effectiva força (CCIB, 1830).

De acordo com o legislador brasileiro do Oitocentos, aquele que se opuser “alguém de qualquer modo com força à execução das ordens legais das autoridades potentes” deve ser punido com prisão com trabalho por um a quatro anos. Trata-se do crime de resistência do artigo 116.

Esse delito já se encontrava prescrito no projeto de Vasconcelos, no artigo 282: “É crime de resistência qualquer opposição de força à execução das ordens das autoridades competentes”. Todavia, Vasconcelos não considerou “as ameaças de violência” empregadas para impedir a autoridade pública no exercício de suas funções. É aí que entra a influência de Livingston.

De acordo com seu artigo 164, “as ameaças desse tipo de violência [...] suficientes para intimidar um homem de firmeza comum, equivalem a uma opposição forçada” (LIVINGSTON, 1833, p. 388). Assim, distinguem-se as violências das ameaças, não dando margem a dúvidas sobre a incriminação das duas como resistência.

Concordou com Livingston o legislador brasileiro, que com profunda previdência não foi omissivo a esse respeito.

Por fim, o delito público do Código brasileiro referente que entendemos ter sido diretamente influenciado pelo Código de Livingston foi o de tentativa de fuga de presos do poder da justiça.

Art. 126. Se a fuga fôr tentada, ou efectuada pelos mesmos presos, não serão por isso punidos; mas serão metidos em prisões solitárias, ou lhes serão postos ferros, como parecer necessário para segurança ao Juiz, debaixo de cuja direção estiver a prisão.

O projeto de Vasconcelos já estabelecia que se os presos fugissem ou tentassem fugir, “não serão por isso castigados, mas serão encarcerados em prisões mais severas, ou lhes serão postos ferro” (artigo 289). Como vimos no artigo supracitado do Código brasileiro, a expressão foi substituída por “metidos e prisões solitárias, ou lhes serão postos ferros”. Possivelmente, a pena de prisão solitária tenha sido inspirada no Código de Livingston, já que nem sequer constava no rol das penas passíveis de serem aplicadas dos artigos 33 a 64 do CCIB.

Art. 175. Se alguém legalmente encarcerado em qualquer cadeia pública, antes ou depois da condenação, por qualquer ofensa ou ação civil, quebrar prisão por violência à qualquer pessoa encarregada de manter ou guardar tal prisão, fugir ou tentar fugir de tal prisão, deverá ser preso em prisão solitária não inferior a seis meses nem superior a dois anos, a iniciar após a expiração de sua prisão inicial (LIVINGSTON, 1833, p. 390).

O código da Luisiana não somente previa a prisão solitária (*close custody*), mas esta foi prescrita para o delito de quebra de prisão. Assim, a impressão que temos é que, de fato, o legislador brasileiro optou por seguir o modelo americano.

Nesse caso, observamos que a doutrina de Livingston não abria ao juiz espaços de ação para escolher como transformar as prisões comuns em mais severas, como pretendia Vasconcelos. Seguindo a mesma tendência de impor limites à discricionariedade do juiz, o Código brasileiro substituiu alguns conceitos indeterminados, dando mais caráter vinculativo à ação dos juizes no momento da condenação. Assim, ao invés da “prisão mais severa”, ficou prevista a “prisão solitária”.

### 3.5 A MATRIZ FRANCESA DOS CRIMES QUE ATINGEM A INDEPENDÊNCIA, INTEGRIDADE E DIGNIDADE DA NAÇÃO

O CCIB, além de incorporar classificações penais de crimes públicos inspiradas no código espanhol e de Livingston, também contem artigos com redação muito semelhante ao Código Francês de 1810. Por exemplo, para o legislador brasileiro do Oitocentos, “entrar a exercer as funções do emprego, sem ter prestado, perante a competente autoridade, juramento, e caução, ou fiança, que a lei exigir” é crime punido com suspensão do emprego, multa e vencimentos do emprego que tiver recebido (artigo 138, CCIB, 1830). Da mesma forma, para o código penal de Napoleão, “qualquer funcionário que entrar no exercício de suas funções sem ter prestado o juramento pode ser processado e multado de 16 à 150 francos” (artigo 196, CPF, 1810)<sup>124</sup>.

Outro exemplo é o artigo referente ao crime de “destruição ou danificação de construções, monumentos e bens públicos” do Código brasileiro, que se assemelha ainda mais com o mesmo crime no Código francês.

Art. 178. Destruir, abater, mutilar, ou danificar monumentos, edifícios, bens públicos, ou quaisquer outros objetos destinados à utilidade, decoração, ou recreio público. Penas - de prisão com trabalho por dois meses a quatro anos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor do dano causado (CCIB, 1830).

Art. 257. Quem destruir, abater, mutilar ou danificar os monumentos, estátuas e outros objetos para o utilitário ou a decoração pública, criado pela autoridade pública ou por ela autorizado, será punido com pena de prisão de um mês a dois anos e de multa de 100 francos a 500 francos (CPF, 1810).

O Código Penal francês de 1810 foi apenas um dos cinco grandes códigos criados duante o Império Napoleônico (1804-1814). Napoleão, com sua férrea vontade de integrar, num todo coerente, o cipoal de leis e regulamentos antigos, aderiu ao

---

<sup>124</sup> Todas as citações feitas do Código napoleônico são traduções livres do francês do *Code des délits et des peines* publicado em Paris em 1810 pela Hacquart.

movimento de codificação e de 1804 a 1810 conseguiu empreender cinco grandes códigos: o Código Civil de 1804, o Código de Processo Civil de 1806, o Código de Comércio de 1807, o Código de Instrução Criminal de 1808 e o Código Penal de 1810. Tal empresa jurídica só foi possível graças ao rompimento da velha ordem decorrente da Revolução de 1789.

Quando da Revolução francesa, mudanças substanciais no direito penal começaram a ocorrer. A doutrina humanista de Beccaria se tornou mais evidente. Um primeiro texto de lei liberalizante foi editado – a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789” – e um segundo texto de lei, no formato de Código, foi publicado – O Código Penal de 1791, que veio estabelecer pela primeira vez um sistema de penas fixas e reduzir o número de crimes punidos com a pena capital.

Com o advento do Império Napoleônico e a crescente criminalidade, um novo direito penal nasceu na forma do Código Penal de 1810. Debaixo da influência do inglês Bentham, a criminalização é fortalecida (PRADEL, 2008, p. 104). Apesar de crescer novamente o número de casos punidos com a morte, confiscações gerais, punições cruéis e degradantes como o corte de mão do parricida antes de sua execução, o Código de 1810 foi um reflexo das ideias liberais do Iluminismo. Logo, foi marcado pela racionalização do direito através da codificação e renovação da ordem pública.

Reflexo do seu tempo, o código penal napoleônico focou-se principalmente na proteção dos interesses políticos. Assim, os delitos que inauguraram o livro dos crimes em espécie foram aqueles contra a coisa pública (*“Des crimes et des délits contre la chose publique”*), e um de seus maiores desafios consistiu na criminalização dos delitos contra a segurança externa do Estado (artigos 75 a 85 do CPF, 1810). E é sobre estes delitos que trataremos nesta parte do trabalho.

Notamos, ao comparar alguns artigos do CCIB integrantes do capítulo “dos crimes contra a independência, integridade e dignidade da nação” com artigos da seção *“des crimes et délits contre la sûreté extérieure de l’Etat”* do Código Francês, que boa parte deles concordam entre si. E mais, apresentam redação bastante semelhante, o que nos fez pensar no Código Francês como a fonte inspiradora mais remota do Código brasileiro para delitos dessa natureza.

Começemos com a análise dos artigos 69 e 71 do CCIB.

Art. 69. Provocar diretamente, e por fatos, uma nação estrangeira, à declarar a guerra ao Império, se tal declaração se verificar, e se seguir a guerra. Penas - de prisão com trabalho por seis a dezoito anos. Se da provocação se não seguir a declaração da guerra; ou se esta, posto que declarada, se não verificar, ficando a Nação sem dano, ou prejuízo. Penas - de prisão com trabalho por dois à seis anos. Se para se não verificar a guerra, declarada em consequencia da provocação, for preciso algum sacrifício da nação em prejuizo da sua integridade, dignidade, ou interesses. Penas - de prisão com trabalho por tres à doze anos.

Art. 71. Auxiliar alguma nação inimiga a fazer a guerra, ou a commetter hostilidades contra o Imperio, fornecendo-lhe gente, armas, dinheiro, munições, ou embarcações. Penas - de prisão perpetua com trabalho no gráo maximo; por quinze annos no médio; e por oito no mínimo (CCIB, 1830).

A respeito dos artigos supracitado, o Código Francês de 1810 contêm as seguintes providências, que julgamos dignas de ser transcritas aqui:

Art. 76. Todo aquele que praticar maquinações ou manter qualquer comunicação com potências estrangeiras ou seus agentes para induzí-los a cometer hostilidades ou empreender a guerra contra a França, ou para fornecer-lhes meios para tanto, será condenado à morte e seus bens serão confiscados. O mesmo dispositivo será aplicado, ainda que as maquinações ou as comunicações não forem seguidas de hostilidades (CPF, 1810).

Apesar de a incriminação ter sido formulada em termos distintos, resulta desta comparação que os dois códigos punem as provocações e o fornecimento de meios para guerra e hostilidades, ainda que não verificadas após o ato criminoso. O mesmo fundamento encontramos nos artigos 319, 320 e 312 do projeto feito por Vasconcelos, para quem “toda e qualquer provocação de nação estrangeira a declarar guerra ao Império, seguindo-se” ou “não se seguindo a declaração de guerra”, deve ser punida, além das “comunicações do estado das forças do império, de seus recursos ou planos que auxiliem o inimigo interno ou externo na guerra”.

O deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos, autor do projeto usado como base do CCIB, descendia da família de juristas e advogados atuantes dentro e fora do Brasil. Formou-se em Direito na Universidade de Coimbra em 1819, onde afirmava com bastante pesar o isolamento que aquela Universidade ainda guardava do

mundo científico: “Ali não se admitem correspondências com outras academias, ali não se conferem os graus senão àqueles que estudaram o ranço dos seus compêndios” (apud CARVALHO, 1999, p. 12).

Apesar disso, segundo Ruth Gauer (1998, p. 34), por ter sido aluno de Mello Freire, Vasconcelos carregou a influência de Beccaria. E é bastante possível que também estivesse a par do Código Penal Napoleônico de 1810. Para que ele pudesse elaborar um projeto de código para o Brasil com tantas cláusulas liberais e progressistas, com certeza empenharia bastante tempo no estudo de legislações e doutrinas estrangeiras. De acordo com Carvalho (1999, p. 12), sua vida foi obscura até a primeira legislatura (1826). Possivelmente, esse foi o tempo em que se dedicou ao projeto de codificação, ou, pelo menos, na leitura das novidades estrangeiras no âmbito do direito criminal.

É inegável o fato de que graças, sobretudo a Bernardo Pereira de Vasconcelos, o Código de 1830 recepcionou doutrinas estrangeiras como as do Código Francês de 1810. Diversos artigos de seu projeto constituíram-se em traduções ou inspirações deste código, que foram mantidos ou levemente alterados pela comissão mista e de revisão.

Vejamos a comparação feita entre os artigos 332 do projeto de Vasconcelos, 70 do CCIB e 75 do Código Penal Francês de 1810:

Art. 332. O brasileiro que esquecido dos deveres com a sua pátria, tomar contra ela armas debaixo das bandeiras inimigas: Se tiver sido banido por sentença será preso por 20 anos, depois lançado fora do território do império. Se não tiver sido banido, será preso sempre (PROJETO DE VASCONCELOS DE 1827).

Art. 70. Tomar armas, o que fôr cidadão brasileiro, contra o Imperio, debaixo de bandeiras inimigas. Penas - de prisão com trabalho por seis a quatorze anos (CCIB, 1830).

75. Todo francês que carregar armas contra a França será punido com a morte. Seus bens serão confiscados (CPF, 1810).

Adotou-se, quanto à incriminação, o Código Francês. De fato, o artigo brasileiro, por meio do projeto de Vasconcelos, traduziu o artigo francês. Apenas, quanto a pena, não adotou o modelo estrangeiro. O código napoleônico não havia abolido a pena de

morte para crimes políticos, diferente do Brasil, como já vimos em momento oportuno nessa dissertação. O próprio Vasconcelos entendeu, nesse caso, não penalizar com a morte, mas com outra pena bastante dura, o banimento ou a prisão perpétua, provavelmente inspirado na severa pena francesa.

No Código brasileiro a redação que mais lembra o Código Napoleônico é a do artigo 73. Também representa um dos artigos mantidos do projeto de Vasconcelos em sua quase totalidade, a exceção da pena, que foi reduzida. Vejamos a comparação com o artigo do Código Francês, que também vale a pena transcrever.

Art. 73. Cometer sem ordem ou autorização do Governo hostilidades contra os subditos de outra Nação, de maneira que se comprometa a paz ou provoquem as represalias. Penas - de prisão com trabalho por um a doze anos (CCIB, 1830).

Art. 84. Quem por ações hostis não aprovadas pelo governo, expor o Estado a uma declaração de guerra, será punido com o banimento; e se se seguir à guerra, será punido com a deportação (CPF, 1810).

Por fim, cumpre destacar uma última inspiração francesa para os crimes públicos: o delito de pirataria. Encontra-se compreendido no artigo 331 do projeto de Vasconcelos, que fora capitulado no CCIB, nos artigos 82 a 84.

Primeiramente, notamos que o Código Francês de 1810 é omissivo quanto ao crime de pirataria. Mesmo que Vasconcelos e os demais legisladores brasileiros quisessem se inspirar em modelo estrangeiro de código para a criminalização da pirataria, não poderia, pois estava ausente de todos eles. Porém, na França, a lacuna foi preenchida pela Lei de 10 de abril de 1825. A par das novidades legislativas de sua época, Vasconcelos estabeleceu texto muito semelhante ao francês. O artigo 331 de seu projeto parece mais uma tradução literal dos artigos 1 a 4 da Lei de 10 de abril de 1825.

Ao procurarmos informações sobre a dita lei francesa nos jornais que circulavam no Brasil na década de 1825, notamos que o *Diário Fluminense* de 26 de julho de 1825 (n. 21, v. 6, p. 82-83), em sua sessão intitulada “Notícias Estrangeiras”, havia feito uma transcrição literal da edição de abril do mesmo ano de um jornal de língua portuguesa, que havia documentado o projeto da lei que viria a ser aprovado pelo parlamento francês em 10 de abril de 1825 sobre comércio marítimo e pirataria. Foi

o *Padre Amaro ou Sovéla Política Histórica e Literária*, periódico publicado em Londres, destinado, prioritariamente, aos portugueses espalhados pelo mundo, que em seu artigo sobre comércio havia abrangido a tradução para o português do projeto de lei sobre pirataria, que futuramente viria a se tornar a Lei de 10 de abril de 1825 da França.<sup>125</sup>

Contribuinte do entendimento da complexidade da queda do Antigo Regime em Portugal e da vitória política do ideal comum do liberalismo, de acordo Castro (1995, p. 64-65), o *Padre Amaro* não somente assumiu caráter intervencionista, mas de luta pela conservação da ordem. É certo que se situava no plano de uma ruptura, ajudando, conforme o próprio redator afirmava constantemente, na “difusão dos conhecimentos úteis” (1825, LII, p. 278).

Em recentíssima tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminenses, Munaro (2013) investigou a emergência do jornalismo e da dispersão regular e periódica de ideias políticas em língua portuguesa. Debruçando-se sobre a situação específica da imprensa luso-brasileira em Londres entre 1808-1822, trabalhou com diversos jornais lusófonos que inauguraram modelos comunicativos importantes, como o *Padre Amaro*.

A partir dessa tese, tivemos a informação de que muitos portugueses e brasileiros transitaram por Londres na década de 1820 e que existia uma rede de contato grande entre Brasil e Inglaterra, sobretudo epistolar. Assim, os jornais foram formando seu público leitor a partir de comunicações ilustradas, através da ampla convocação dos leitores para a participação, com contribuições escritas. “A rede envolve leitor e escritor num ciclo de retroalimentação” (MUNARO, 2013, p. 256-257). E, como informou o próprio redator do *Padre Amaro*, havia um tão grande fluxo de cartas, que ele sequer tinha tempo e competência para uma seleção hábil.

---

<sup>125</sup> O *Padre Amaro ou Sovéla Política, Histórica e Literária* foi um periódico publicado em Londres entre 1820 a 1826, pertencente à denominada imprensa da imigração. Deu continuidade às publicações até 1830, com o nome de *Appendice ao Padre Amaro*. A proposta do jornal era pelo ideal de ordem ao mesmo tempo das reformas pedidas pelo evoluir do pensamento. Teve como redator Joaquim Ferreira de Freitas, natural da Madeira, capuchinho franciscano professo, que secularizou-se, casando-se mais tarde. Serviu no exército francês como administrador, período em que nutria enorme admiração por Napoleão Bonaparte. Entrou em Portugal em 1810 com as tropas invasoras comandadas por Massena, regressando com este para a França, donde passou à Inglaterra e lá permanendo até sua morte (CASTRO, 1995, p. 63-65).

O *Padre Amaro*, em preâmbulo às observações que havia de fazer sobre o comércio em sua edição de abril de 1825, deu a notícia de que tinha recebido cartas subscritas por um português brasileiro sobre o assunto, por isso decidiu tratar da matéria (1825, LII, p. 279). Uma vez que o trabalho dos jornalistas nessa época abrangia a captação e tradução de documentos, na ocasião anexou o projeto de Lei do Mr. Pardessus a respeito do comércio marítimo e pirataria. Documentou o que consistia a piratagem e quais eram os caracteres desse delito, para fazer cessar em matérias criminais as analogias e os argumentos deduzidos do espírito das Leis. Julgamos dignas de serem transcritas aqui a tradução reproduzida pelo *Padre Amaro* de parte do projeto do Mr. Pardessus expostos na Câmara dos Deputados da França na sessão de 30 de março de 1825:

Devem, pois, ser tidos como piratas: 1º Todo individuo que fizer parte da equipagem de qualquer embarcação, que navega armada sem ter passaporte, rol de equipagem ou outros documentos que provem a legitimidade da viagem – A pena é de morte contra os chefes e a de galés contra a equipagem. [...] 2º Todo capitão de navio armado, que trouxesse documentos passados por dois ou mais governos diferentes – A pena é a de trabalhos públicos por toda a vida [...]. 3º Todos os que no mar praticarem qualquer ato de depredação e de violência, com quem a França não está em guerra. [...] 4º Todos os estrangeiros que cometerem contra navios franceses depredações e violências não sendo em tempo de guerra, e não sendo munidos com cartas de marca. [...] 5º Todo aquele comandante de embarcação, que comete hostilidades debaixo de bandeira diversa da do Estado, de quem ele tem a carta. [...] 6º Os franceses que sem autorização do Rei aceitar carta de corso de um governo estrangeiro. 7º Os franceses, que ainda munidos com a precedente autorização, abusarem da carta de corso, praticando hostilidades contra navios franceses. 8º Todos aqueles que fazendo parte de uma equipagem se apossam do navio, usando de fraude, ou de violência para com o capitão – A pena é a de morte contra os chefes de uma revolta. 9º Todo aquele individuo que fazendo parte da equipagem de um navio qualquer o entregar aos piratas ou ao inimigo – A pena é a de morte (1825, LII, p. 282-284).

Notamos, ao comparamos o artigo 311 do projeto de Vasconcelos com essa tradução publicada pelo *Padre Amaro* do projeto de lei do Mr. Pardessus, que o deputado brasileiro incorporou em seu projeto o referido documento, sequer modificando a ordem das criminalizações, alterando apenas as penas.

Art. 311. É crime de pirataria. 1º Fazer parte da equipagem de qualquer embarcação que navega armada, sem ter passaporte, rol de equipagem ou outros documentos que provem a legitimidade da viagem. Pena – galés por 4 a 20 anos contra os chefes. Prisão com trabalho por 2 a 10 anos contra a equipagem. 2º Todo o comandante de navio armado que trazer documentos passados por dois ou mais governos diferentes. Pena a do parágrafo antecedente contra os chefes somente. 3º todos os que no mar praticarem qualquer ato de depredação e de violência ou contra brasileiros ou contra estrangeiros com quem o Brasil não está em guerra. 4º Todos os estrangeiros que cometerem contra navios brasileiros depredações e violências, não sendo em tempo de guerra, e não sendo munidos com cartas de marca. 5º Todo o comandante de embarcação que cometer hostilidades debaixo de bandeira diversa da do estado, de quem ele tem a carta. 6º Os brasileiros que sem autorização da assembleia geral legislativa aceitarem carta de corso de um governo estrangeiro. 7º Os brasileiros que ainda munidos com a precedente autorização abusarem da carta de corso praticando hostilidades contra navios brasileiros. 8º Todos os que, fazendo parte de uma equipagem, se apossam do navio, usando de fraude ou violência para com o capitão. 9º Todo o individuo que fazendo parte da equipagem de um navio qualquer, o entregar aos piratas ou ao inimigo. Pena – galés por 10 anos no grau mínimo, prisão perpétua no médio e gales perpétuas no máximo (PROJETO DE VASCONCELOS, 1826).

Assim, a influência francesa para os crimes de pirataria também chegou ao CCIB, que manteve as mesmas criminalizações do projeto do Mr. Pardessus, reproduzidas no projeto de Vasconcelos, alterando somente as penas e disposição das hipóteses.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> Art. 82. Exercitar pirataria; e este crime julgar-se-á cometido: 1º Praticando no mar qualquer ato de depredação, ou de violência, ou contra Brasileiros, ou contra estrangeiros, com quem o Brasil não esteja em guerra. 2º Abusando da Carta de Corso, legitimamente concedida, para praticar hostilidades, ou contra navios brasileiros, ou de outras nações, que não fosse autorizado para hostilizar. 3º Apossando-se alguém do navio, de cuja equipagem fizer parte, por meio de fraude, ou violência contra o Comandante. 4º Entregando alguém aos piratas, ou ao inimigo, um navio, a cuja equipagem pertencer. 5º Opondo-se alguém por ameaças, ou por violência, a que o Comandante, ou tripulação defenda o navio em ocasião de ser atacado por piratas, ou pelo inimigo. Penas - de galés perpétuas no gráo máximo; de prisão com trabalho por vinte anos no médio; e por dez no mínimo. 6º Aceitando Carta de Corso de um Governo estrangeiro sem competente autorização. Penas - de prisão com trabalho por dous a oito anos.

Art. 83. A mesma pena estabelecida nos casos do artigo antecedente, desde numero primeiro até numero quinto, se imporá: 1º Aos estrangeiros, que cometerem contra navios brasileiros depredações, ou violências, não sendo em tempo de guerra, ou, no tempo dela, não sendo munidos com Carta de Marca. 2º A todo o Comandante de embarcação, que commeter hostilidades debaixo de bandeira diversa da do Estado, de que tiver Carta.

Notamos que, apesar da importância do movimento codificacionista francês, a França não havia incorporado no Código Criminal de 1810 matéria sobre pirataria. Foi somente por meio de uma Lei esparsa que se refundiu a legislação a esse respeito. Assim, a definição do crime de pirataria e suas penas proporcionais só vieram após o código. No Brasil foi diferente. Vasconcelos, notável legislador, com o olhar atento às novidades no mundo jurídico Europeu, não deixou de fora de seu projeto de código as principais matérias criminais, sendo extremamente preciso e determinado a este respeito. A fim de evitar analogias no Direito Criminal, que gera grande insegurança jurídica, os deputados mantiveram as criminalizações de pirataria do projeto de Vasconcelos, permanecendo, portanto, fiéis ao projeto francês.

### 3.6 AS MARCAS DO HUMANISMO DE BECCARIA E DO CÓDIGO DA TOSCANA NA MODERAÇÃO DAS PENAS

Durante o consulado do Marquês de Pombal no século XVIII, período em que se fez uso bastante violento das penas previstas nas leis que regiam Portugal, se difundiu na Europa o movimento humanista, de direta filiação na filosofia iluminista. Procedente da Itália, teve como porta-bandeira o Marquês de Beccaria, autor de *Dos delitos e das penas*, cujas teorias são elogiadas por Mello Freire, professor de muitos juristas brasileiros, inclusive Bernardo Pereira de Vasconcelos.

A proposta do ensaio de Beccaria acerca do fundamento das penas e do direito de punir repudiava o sentido extremo das doutrinas dominantes do Antigo Regime da justiça humana como reflexo da justiça divina – para qual a pena era uma espécie de penitência para a expiação do mal ou pecado cometido – e da justiça humana

---

Art. 84. Também cometerá crime de pirataria: 1º O que fizer parte da equipagem de qualquer embarcação, que navegue armada, sem ter passaporte, matrícula da equipagem, ou outros documentos, que pròvem a legitimidade da viagem. Penas - ao Commandante, de prisão com trabalho por quatro a dezesseis anos; aos da equipagem, por dois a oito anos. 2º O que, residindo dentro do Império, traficar com piratas conhecidos, ou lhes fornecer embarcações, provisões, munições, ou qualquer outro auxílio, ou entretiver com eles inteligências, que tenham por fim prejudicar ao país. 3º Todo o Commandante de navio armado, que trazer documentos passados por dois, ou mais Governos diferentes. Penas - de prisão com trabalho por dois a doze anos (CCIB, 1830).

como exigência das estruturas sociais – para qual a pena se apresentava ora como represália ora como defesa da sociedade ofendida (CRUZ, 1981, p. 64). Beccaria, tentando, pois, uma conciliação entre as duas doutrinas, colocou-se numa posição utilitarista, qual seja, que defendia como base de toda a justiça penal o bem do maior número de pessoas.

Acreditando na iniquidade de todas as penas que ultrapassassem essa utilidade geral, bem como a lei moral como limite da incriminação, Beccaria escreveu o que Cruz (1981, p. 66) chamou de “processo histórico dos sistemas punitivos tradicionais”. E, na sequência das críticas, surge em momento oportuno o capítulo da “pena de morte” (Capítulo XVII). Foi nessa parte do ensaio que Beccaria teve seu maior mérito.

Podemos dizer que o movimento abolicionista da pena de morte foi a maior repercussão da obra de Beccaria. Tanto que, não se restringiu aos criminalistas. O debate entre abolicionistas e antiabolicionistas alcançou, inclusive, as reformas legislativas do final do século XVIII. A primeira lei penal emanada que aboliu a pena de morte foi o Código da Toscana de 1786 de Leopoldo II.<sup>127</sup>

O § 51 da *Leopoldina*, depois de uma série de considerações sobre a função intimidatória e corretora da pena, declara

abolir para sempre a pena de morte contra qualquer réu, seja primário ou contumaz, ainda que condenado por um crime capital pelas referidas leis promulgadas até agora, as quais todas a esse respeito ficam suprimidas e abolidas (Tradução livre, CÓDIGO DA TOSCANA, 1787, p. 42).

O debate da pena de morte, tanto no século XVIII, quanto no seguinte, não visou somente a sua abolição. Todo discurso se inspirava no princípio da “suavidade das penas” (§ XV. *Dolcezza dele pene*) (BECCARIA, s.d, p. 85-89). Não é necessário que as penas sejam cruéis. Basta serem certas, infalíveis, para existir a dissuasão. Aqui está um trecho do prefácio do Código da Leopoldina que indica a adoção dessa teoria:

Desde a nossa subida ao trono da Toscana, tivemos como um dos nossos principais deveres o exame e reforma do Código Penal, reconhecendo sua

---

<sup>127</sup> A abolição foi de curta duração. Logo em 1790, a pena de morte foi restaurada na Toscana (CRUZ, 1981, p. 79).

severidade, que derivou dos tempos menos felizes do Império Romano ou do tumulto dos tempos de graves anarquias, e que não é adequado para o caráter doce e suave desta Nação [...]. Com a maior satisfação de nosso coração paterno, temos finalmente reconhecido que a mitigação da pena em conjunto com a vigilância previne reações, e mediante uma célere expedição do processo e a certeza e segurança da pena do verdadeiro delinquente, ao invés de aumentar o número de delitos, diminui consideravelmente [...] (Ibid, p. 1-3).

Na seção de 15 de setembro de 1830 da Câmara dos Deputados, Ribeiro de Andrade, ao defender sua tese de abolição da pena de morte para o CCIB, se manifestou da seguinte forma:

Alegou que este projeto está feito há anos, e feito para um povo dado. Que importa isso? Povo dado era o da Toscana; tinha um código penal que admitia a pena de morte e Leopoldo a fez riscar. Notai que os Toscanos são italianos, como os outros povos da Itália; regidos pelo mesmo sistema político, dirigidos por um mesmo culto, e o povo mais doce, mais instruído e mais moral. A suavidade pois das penas longe de aumentar os crimes e de embrutecer este povo contribuiu antes a melhorá-lo (ACD, 10/09/1830).

Como pudemos inferir, o deputado usa o exemplo do Código da Toscana tanto para defender a abolição da pena de morte, como para defender um sistema de penas mais suaves. Outro deputado cita o Código da Toscana em sua fala sobre a abolição da pena de morte na seção de 15 de setembro de 1830. Este foi Rebouças, que segundo Nabuco (1899, p. 52) era homem inteligente, de consciência moral e intuição jurídica. Conhecedor de uma vastidão de legislações estrangeira, o deputado e autodidata em Direito sabia que a pena de morte “fora mandada cessar na Toscana por Leopoldo, e abolida em 1786, depois de uma proveitosa experiência de 20 anos”. Sabia ainda que todos os deputados ouvintes também tinham esse conhecimento, ao declarar: “persuado-me que ninguém duvida disto” (ACD, 15/10/1830).

Não conseguimos identificar artigos do CCIB que indiquem a inspiração diretamente da *Leopoldina* no Brasil. Porém, pelo fato de o Código da Toscana ter sido da ciência dos deputados da primeira e segunda legislatura, certamente o caráter humanista das penas brasileiras representa uma influência estrangeira. Ainda que

indiretamente, a *Leopoldina* possivelmente serviu de exemplo para moderação das penas, sobretudo dos crimes públicos.

O Código da Toscana foi o primeiro exemplo do mundo a decretar a abolição da pena de morte. O Grão-Duque Leopoldo, responsável pelas reformas penais, foi um seguidor de Cesare Beccaria – permitindo que este, inclusive, presidisse a comissão de reforma penal. Assim, os critérios de moderação das penas foram introduzidos no código, servindo como exemplo não somente de abolição da pena de morte, mas de repressão de castigos corporais cruéis, como a mutilação.

A *Leopoldina* permaneceu em vigor até 1853 quando foi promulgado um novo Código Penal. Apesar de alterado por diversas leis, o código, nesse interim, ficou conhecido em diversos países, inclusive no Brasil, como vimos nas falas dos deputados brasileiros.

As ideias iluministas italianas, inseridas no direito penal da Toscana, trouxeram vantagens no que concerne a uma relativa humanização das penas aplicadas. Uma série de princípios pregados por Beccaria abriram caminho para a pena pública, certa, dissuasiva e destinada a emendar o culpado, compreendendo as três diretrizes da ideologia Iluminista penal: “humanitarismo, utilitarismo e proporcionalismo” (PAULO, 2009, p. 172).

No Brasil, essa influência chegou até Bernardo Pereira de Vasconcelos que, apesar de não ter abolido a pena de morte em seu projeto de Código, previu a dita pena em apenas cinco casos.<sup>128</sup> Esse fato já representa um avanço cívico em substituição à antiga legislação penal bárbara (Livro V das Ordenações), que previa a pena de morte em cerca de 40% dos crimes.<sup>129</sup>

Vasconcelos ainda suprime a pena de açoite para um só caso: se o réu for escravo e não condenado à pena capital (artigo 97). Já as antigas Ordenações previam 40 casos punidos com açoites e ainda 3 casos com a “mão cortada”. Vasconcelos não previu as penas arbitrárias, presentes em mais de 10 casos na legislação

---

<sup>128</sup> Pelo projeto de Vasconcelos, a pena de morte deveria ser aplicada quando (1º) o condenado a galés perpétuas, galés temporária, prisão por mais de quatro anos, banimento por seis ou desterro por oito ou mais, tiver incorrido em outro crime; (2º) matar alguém com alguma circunstância agravante; (3º) cometer o crime de forçamento de cadeia e o preso for escravo ou condenado à morte; (4º) tentar destruir a constituição política do império; (5º) cometer qualquer hipótese do delito de traição, se consumado (exceto o § 3º do artigo 311).

<sup>129</sup> Para uma análise dos delitos e suas respectivas penas nas Ordenações Filipinas, ver o Anexo I.

portuguesa anterior, e nem as de degredo, prevista em mais de 80 casos nas Ordenações.

Concluimos que, a abolição parcial da pena de morte e a redução e supressão das penas que correspondiam a um espetáculo bárbaro são reflexos das novas exigências do humanismo dos tempos modernos. A alta incidência de pena de prisão e de multa concordou com os argumentos de Beccaria e do Código da Toscana, no sentido de ser possível um país regido por normas mais brandas, sem que isso afetasse a ordem.

O CCIB aboliu quase por completo a pena de morte, permanecendo sua previsão apenas nos casos de insurreição, homicídio ou latrocínio (artigos 113, 192 e 271, respectivamente). As penas de galés perpétua e temporária não ultrapassam 10 casos e as de prisão perpétua com trabalho 05 casos. As penas de açoites só ficaram cominadas em casos de réus escravos e as arbitrarias e de mão cortada abolidas por completo. As penas de prisão (sem ser perpétua) foram previstas em 160 casos, sendo 76 casos de prisão simples e 82 casos de prisão com trabalho. A multa como única pena foi cominada em 13 casos e a multa cumulada a outra pena esteve presente em 84 casos.

### 3.7 OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL: UMA EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ABOLICIONISTA E A ANTECIPAÇÃO DE UM INSTITUTO PROCESSUAL

Findados os crimes públicos (artigos 68 a 178) e inaugurando os tipos penais dos crimes particulares (artigos 179 a 275) do CCIB, temos que todo aquele que reduzir à escravidão homem livre deve ser condenado à prisão por três a nove anos, mais multa (artigo 179). O estatuto penal criava uma sanção legal para aquele que praticasse a escravidão de homens livres. Logo, os escravos que já estavam conservados em escravidão não eram admitidos nesse dispositivo.

A luta dos escravos no Brasil pela reconquista de sua liberdade individual tem início desde os primórdios do cativo. Logo no primeiro século de colonização portuguesa já se tem notícia da formação dos quilombos – lugar onde se agrupavam

os negros fugidos. O que nos interessa saber aqui é em que etapa da evolução do pensamento abolicionista se encontrava o Brasil de 1830. Temos o conhecimento de que em alguns países da América, a abolição da escravidão foi lavada a efeito em concomitância à luta por Independência. Porém, no Brasil (e Estados Unidos), o período após a emancipação foi o período áureo da escravidão (em termos quantitativos) (MENEZES, 2009, p. 85), apesar das tentativas de extinção do tráfico de escravos desde os alvarás pombalinos do final do século XVIII.

Dentre as inovações legislativas concernentes à escravidão em Portugal levadas a cabo durante o reinado de D. José I, está o Alvará de 19 de setembro de 1761 (apud SILVA, 1830). Apesar de instaurar uma evidente divisão entre Portugal e o mundo além de suas fronteiras, este representou uma importante etapa na evolução do pensamento abolicionista nos domínios lusitanos. Não foi por acaso sua publicação. A intenção de mitigar a fonte externa de suprimento de escravos para o reino foi indicada no início do texto legal:

Sendo informado dos muitos e grandes inconvenientes que resultam do excesso e devassidão com que, contra as leis e costumes de outras Cortes polidas, se transporta anualmente da África, América e Ásia para estes Reinos um tão extraordinário número de escravos pretos que, fazendo nos meus domínios ultramarinos uma sensível falta para a cultura das terras e das minas, só vêm a este continente ocupar os lugares dos moços de servir que, ficando sem cômodo, se entregam à ociosidade e se precipitam nos vícios que dela são naturais consequências (Ibid, p. 07).

Como pudemos notar, a perpetuidade da escravidão estava se tornando prejudicial, pois além da forma com que eram transportados os negros ser uma afronta aos novos padrões criados numa época de avanço cívico, os homens estavam se tornando cada vez mais ociosos e dados aos vícios, por deixarem todo o trabalho aos negros, tornando essa situação uma fonte de práticas ofensivas aos bons costumes e à moral. Dado este fundamento, o alvará de 19 de setembro de 1761 proibiu o tráfico de escravos para Portugal, determinando que após a vacância da lei não se podia mais “carregar, nem descarregar nestes Reinos de Portugal, e dos Algarves, Preto, ou Preta alguma”. Além disso, ficavam, por benefício do alvará, libertos automaticamente todos os que aportavam nos domínios do Império. E, o que mais nos interessa aqui, que aqueles que mantivessem como escravos os que já

obtiveram a liberdade seriam punidos sob a acusação de cárcere privado e sujeição ao cativoiro.

[...] Mando, que a todos, e quaisquer pessoas, de qualquer estado, e condição que sejam, que venderem, comprarem, ou retiverem na sua sujeição, e serviço, contra suas vontades, como escravos, os pretos ou pretas, que chegarem a estes reinos, depois de serem passados os referidos termos, se imponham as penas, que por direitos se acham estabelecidas, contra os que fazem cárcere privados, e sujeição a cativoiro os homens, que são livres (Ibid, p. 10-11).

Confrontando o artigo 179 do CCIB com o alvará de 19 de setembro de 1761 de Dom José I de Portugal, observamos que este possivelmente foi sua fonte mais próxima.

Art. 179. Reduzir à escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade. Penas - de prisão por três a nove anos, e de multa correspondente á terça parte do tempo; nunca porém o tempo de prisão será menor, que o do cativoiro injusto, e mais uma terça parte (CCIB, 1830).

Historicamente, desde o início do século XVIII era disseminado o chamado “princípio da liberdade”, que consistia na ideia de que todo escravo que entrasse no Reino deveria ser libertado (LIMA, 2011, p. 61-62). Foi assim também na Inglaterra, sobretudo após o julgamento e repercussão do caso “Somerset” em 1772 que criou a jurisprudência no sentido de que todo escravo que adentrasse em seus territórios seria considerado livre. Já na França, por obra da Revolução de 1789, foram decretadas as primeiras leis que condenaram de forma enfática o tráfico e a escravidão.

Em relação à Inglaterra e França, precocemente Portugal tratou a respeito desse assunto pela via legal do alvará de 1761. Apesar de sua teoria ter sido transgredida na prática e ter tido fim ostensivamente de remover os excessos e devassidão a que tinha chagado o comércio de negros, conservando a escravidão no reino, a respeito dos negros já nele existentes, constituiu um ato inovador para o cenário da época. Tanto que, sua teoria perpetuou no Brasil no primeiro Código do Império.

As próprias tentativas pombalinas de extinção do tráfico negreiro no fim do século XVIII e, em seguida, o movimento inglês para sua real supressão, apesar de visarem

principalmente o estancamento da fonte de fornecimento de escravos, ajudaram a intensificar a luta pelo fim da escravidão. O Brasil, como dissemos há pouco, foi uma das nações, ao lado dos Estados Unidos que, após sua independência conseguiu bater os recordes do censo de números de escravos, uma tendência inversa nos demais países.

De acordo com os dados colhidos por Menezes (2009, p. 87), o Brasil foi a maior nação escravista até 1791, superado pelos Estados Unidos, a medida em que este último conseguia desenvolver, com êxito, um modelo de reprodução de escravos. Assim, o sistema escravista, “estruturado em articulação com o Estado, e justificado ideológica e religiosamente”, ganhou tanta solidez que o seu desmonte era um trabalho difícil. “Foi necessário desarmar peça por peça a engrenagem para que a escravidão acabasse” (Ibid., p. 87).

Logo após a Independência, ao longo da década de 1820, o governo imperial cria, sob pressão estrangeira, diversos atos legais a respeito do tráfico de escravos, remetendo-se ainda aos antigos tratados com a Inglaterra. Porém, as regras eram burladas com tanta frequência, a ponto de aumentar a repressão por parte da Inglaterra, causando conflitos entre as duas nações. Nessa conjuntura, Vasconcelos escreve o seu projeto de Código Criminal e o artigo 152: “O que reduzir à escravidão o homem livre que se achar em posse de sua liberdade, será punido com as penas de galés por cinco a vinte anos”.

Provavelmente, na tentativa de resgatar o sentido dos atos legais sobre o tráfico negreiro e dos tratados com a Inglaterra, o legislador mineiro insere no projeto de lei esta cláusula liberalizante, depois transformada no artigo 179 do CCIB, que permite interpretações. De imediato, é necessário observamos que o tipo penal de “reduzir à escravidão homem livre” nos outros códigos europeus esteve ligado ao crime de rapto. A título de exemplo, no código da Baviera (1813) corresponde ao de *Rapt d'hommes* (artigo 197) e no da Áustria (1803) ao de *Rapimento de uma persona* (artigo 75).

O rapto no código brasileiro correspondia ao ato de “tirar para fim libidinoso, por violência, qualquer mulher da casa ou lugar em que estiver” ou tirar para o mesmo fim “por meio de afagos e promessa, alguma mulher virgem ou reputada tal, que seja menor de dezessete anos” de casa de pessoa em seu poder ou guarda (artigos 226

e 227). O rapto de homens não estava previsto no CCIB. O crime que se assemelhava à incriminação francesa e bávara era o do artigo 179 (“reduzir à escravidão homem livre”) e o do artigo 189 (“prender alguém em cárcere privado”).

Art. 190. Haverá cárcere privado, quando alguém for recolhido preso em qualquer casa, ou edifício não destinado para prisão pública, ou ali conservado sem urgentíssima necessidade pela autoridade, oficial, ou pessoa, que o mandar prender, ou o prender; e bem assim, quando for preso nas prisões públicas por quem não tiver autoridade para o fazer.

O conceito de crime de rapto nos códigos estrangeiros citados tinha relação mais direta com o conceito do crime de cárcere privado do CCIB que, para o legislador, era o cativo ilegal, seja ele em prisão pública ou não. Para o conceito da incriminação específica do artigo 179 do CCIB não vimos referência em código estrangeiro algum. O que mais se assemelha foi o alvará pombalino de 1761. Apesar de também utilizar a expressão cárcere privado e cativo, a lei portuguesa do século XVIII tinha como fundamento o fim do tráfico de escravo e não o fim do crime *sui generis* de cárcere privado e cativo (da forma genérica como foi tratado pelo artigo 190 transcrito acima e pelos artigos correlacionados do código de Napoleão e da Bavária).

Nesse sentido, temos como fonte mais remota a incriminação de reduzir à escravidão pessoa livre ou liberta (artigo 179 do CCIB), o próprio alvará de Dom José I de 1761. À ideia trazida pela lei portuguesa foi sendo incorporados os movimentos franceses e britânicos para o fim do tráfico escravo. Após os tratados com a Inglaterra firmados desde Dom João, os atos legais subsequentes à Independência e o aumento da população escrava, Vasconcelos, autor do projeto de código criminal, viu a importância de trazer ao movimento codificador do direito brasileiro a ideia de se punir o homem que se achasse escravizando pessoas livres ou libertas. Assim, a interpretação que fazemos desse artigo é a de que não podem ser vítimas desse crime os negros já escravizados ou nascidos escravos, mas aqueles que aportaram no Brasil, advindos do tráfico de escravos, que deviam ser considerados livres.

Essa cláusula discreta, mas de profunda importância para a repressão ao tráfico de escravos, com certeza ajudou na evolução das ideias abolicionistas no Brasil. Embora o cenário da época nos mostrasse que a escravidão crescia no país, a

perspectiva do direito nesse sentido foi tomando rumo inverso. Um exemplo disso foi a antecipação de um instituto processual previsto no código criminal material: o *habeas corpus*.

O *habeas corpus* – remédio legal contra crimes de ofensa à liberdade individual – era pra ser um instituto primeiramente previsto no Código de Processo Penal, isto é, código responsável por regulamentar o processo legal e conseqüentemente a aplicação desses mandados. A proteção desse instituto pelo CCIB antecipou sua vigência. Provavelmente, os deputados e senadores adiantaram-se na provisão, pois supunham que os dois códigos iriam entrar em vigor simultaneamente, o que de fato não ocorreu.

Esse dispositivo de garantia da liberdade foi delineado inicialmente no conteúdo de importantes documentos políticos da Inglaterra, como a Magna Carta de 1215, passando pela *Petition of Right* de 1628 e pelos *Habeas Corpus Acts* de 1679 e 1816. Segundo Massaú (2008, p. 03), alguns autores buscam em Roma as origens mais remotas do instituto – no *Interdictum de Libero Homine Exhibendo*.

Em Portugal e no Brasil colônia, os mecanismos de garantia e defesa do direito à liberdade individual estão presentes desde as Ordenações, com a “carta de seguro”, instituto oriundo dos forais, que auxiliava àquele contra quem pendesse um processo. Todavia, não era regulamentado ou exposto o *habeas corpus* na legislação. Nem mesmo a Constituição Imperial de 1824, que consagrou os direitos de liberdade, citou o instituto.

Foi apenas com o CCIB que o *habeas corpus* apareceu pela primeira vez numa lei brasileira. Se fez presente em seis artigos, do 81 ao 86. Estes não estavam presentes no projeto de Vasconcelos. Tudo indica que foram inspirados no Código da Luisiana, feito por Edward Livingston.

Com a colonização da América do Norte, houve a recepção de diversos institutos ingleses. Um deles foi o *habeas corpus*. Quando Edward Livingston organizou seu *Code of Procedure*, declarou ter bastante admiração por este mandado, propondo seu uso ainda mais dilatado nos Estados Unidos.

De acordo com o relatório inaugural do código de procedimento, Livingston reconheceu explicitamente que a parte do seu livro mais importante é aquela que

trata dos crimes que mitigam a liberdade individual e que contêm as regras sobre a ordem e execução do *habeas corpus* (LIVINGSTON, 1833, p. 208). De fato, já havia afirmado na introdução do seu plano de código, anos antes, que o capítulo que contém o sistema do procedimento da ordem do *habeas corpus* deveria ser o “primeiro ato legislativo no nosso Estado [Luisiana] sobre o assunto” (Ibid., p. 37).

A importância do *habeas corpus* na Luisiana assumia um caráter diferenciado. Livingston argumentava que nos Estados nascidos de antigas colônias inglesas, o direito comum inglês já havia sido recepcionado, seja expressamente ou tacitamente, e incorporado no corpo de leis municipais. Na Luisiana foi diferente. Por ter sido colônia da França e Espanha, o direito comum da Inglaterra não estava em vigor. Então, era preciso começar do zero a sua regulamentação.

Esse baluarte contra a ação governamental arbitrária foi, pelo *Code of Procedure* de Livingston, regulamentado de forma brilhante. Definiu o que era o recurso do *habeas corpus*, a maneira para se obtê-lo, como era executado e seus efeitos. Nesse sentido, vendo a qualidade da obra e a inclusão pelo legislador americano das penalidades para as violações dos meios processuais usados para os crimes contra a liberdade individual, os legisladores brasileiros enxergaram ali uma possível regra de direito material penal que valeria a inclusão no rol dos crimes do CCIB.

Quase todo o *Code of Procedure* é preenchido por artigos que consagram o *habeas corpus*. Porém, sete deles mereceram nossa atenção especial. O primeiro é o artigo 105, que penaliza os juízes que se recusam a conceder *habeas corpus* quando requerido e legalmente aplicável, ou atrasarem em sua concessão. A incriminação se assemelha muito com o artigo 183 do CCIB, que merece transcrição:

Art. 183. Recusarem os Juizes, á quem for permitido passar ordens de -  
habeas-corpus – concedê-las, quando lhes forem regularmente requeridas,  
nos casos, em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo  
a sua concessão, ou deixarem de proposito, e com conhecimento de causa,  
de as passar independente de petição, nos casos em que a Lei o determinar  
(CCIB, 1830).

O segundo artigo que parece ter servido de inspiração ao código brasileiro foi o 107 do código de procedimento de Livingston. Ele estabelecia que qualquer oficial de justiça com ordem de *habeas corpus* que se recusar ou negligenciar a cumprir o mandado, será multado. Da mesma forma, o código brasileiro pune o ato de

“recusarem os Oficiais de Justiça, ou demorarem por qualquer modo a intimação de uma ordem de - habeas-corpus - que lhes tenha sido apresentada” (artigo 184).

Os dois artigos seguintes do CCIB (artigos 185 e 186) concordam com os artigos 110, 112 e 108 do código de Livingston, ao penalizarem a recusa ou demora da pessoa, a quem foi dirigida a ordem de *habeas corpus*, de fazer a remessa e apresentação do preso no lugar e tempo determinado pela ordem; a negligência em dar conta circunstanciada dos motivos da prisão; e a tentativa de iludir uma ordem de *habeas corpus*, fazendo remessa do preso a outra autoridade.

A semelhança entre o CCIB e o código para a Luisiana também aparece nos artigos 187 e 188. “Tornar a prender pela mesma causa a pessoa, que tiver sido solta por efeito de uma ordem de - habeas-corpus” e “recusar-se qualquer cidadão de mais de dezoito anos de idade, e de menos de cinquenta, sem motivo justo, a prestar auxílio ao oficial encarregado da execução de uma ordem legítima de - habeas-corpus” são incriminações inspiradas diretamente nos artigos 114 e 115 do projeto de lei penal para Luisiana.

Enfim, os crimes contra a ordem de *habeas corpus* foram certamente delitos de matriz norte-americana.<sup>130</sup> Esse instituto já era tão importante em 1830 aos olhos dos estudiosos legisladores brasileiros, que o Código de Processo Criminal de 1832 não poderia deixar de regulamentá-lo. O artigo 340 dispunha: “Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor.” Com o tempo, a teoria do *writ*, presente tanto no Código Criminal quanto no de Processo Criminal permitiu fazer do *habeas corpus* um instrumento eficaz contra a ilegalidade e abuso de poder, inclusive contra a reescravização ilegal.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Tudo indica que o sistema de lei penal criado por Livingston também foi a matriz do crime de ajuda ao suicídio. Esse delito previsto no artigo 196 do CCIB foi introduzido por uma das comissões criadas durante o processo legislativo da lei penal e certamente, os legisladores, ao estudarem o novo código americano ofertado a eles em 1829 e 1830, acharam por bem incluir esse crime no rol do homicídio, assim como fez o código de Livingston. No código brasileiro “ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa” é punido com “prisão por dois a seis anos” (artigo 196). No código de Livingston, “aquele que ajudar no ato do suicídio, ou aquele que providenciar os meios para executá-lo” é preso por não menos de três e não mais de seis anos (artigo 548) (Tradução livre, LIVINGSTON, 1833, p. 450).

<sup>131</sup> Os casos mais conhecidos sobre o uso do *habeas corpus* em favor de africanos livres são os processos impetrados por Luiz Gama, um rábula negro que brilhou na advocacia na metade do século XIX. A maioria dos negros defendidos havia sido reescravizada ilegalmente ou vendida por

### 3.8 A CAMPANHA MORALIZANTE DO CÓDIGO COMO CONTINUIDADE DA TRADIÇÃO PORTUGUESA

Um crime contra a vida previsto no CCIB nos chamou a atenção pela brandura de sua punição:

Art. 197. Matar algum recém-nascido. Penas - de prisão por três a doze anos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 198. Se a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra. Penas - de prisão com trabalho por um a três anos.

Este crime trata-se do infanticídio. Apesar de presente em diversos códigos penais da época, a severidade com que é punido no direito estrangeiro conflita com a pena moderada imposta pelo código brasileiro. De acordo com Ferrão (1857, v. 6, p. 74)

O legislador brasileiro teve talvez em vista, punido com semelhante moderação o infanticídio, ou que o mal material resultante do crime não é tão grande como seria o de homicídio de outro ser humano, que pelo estado de seu desenvolvimento oferece maiores probabilidades de vida, ou que a vida dos recém-nascidos se acha garantida pela compaixão, que tantas vezes excitam nas mesmas feras as mais indômitas, ou a que por isso podem determinar tão execrando sacrifício.

Diferente do CCIB, o Código Penal de Napoleão punia, em seus artigos 300 e 302, o infanticídio com a morte. O Código da Baviera foi um pouco mais moderado. Seu artigo 157 determinava pena de prisão por tempo indeterminado à pessoa que praticasse tal delito.

Nenhum código anterior ao brasileiro punia com tanta brandura os crimes de sangue. Talvez o legislador quisesse ser mais racional, estipulando pena menos dura, pois “o mal material resultante do crime não é tão grande como seria o homicídio” ou porque a vida do infante “se acha garantida pela compaixão”, como

---

contrabandistas a senhores que não se preocupavam em matriculá-los ou falsificavam suas matrículas, colocando o nome de escravos mortos ou fugidos (SOUZA, 2001, p. 109-110).

pensou Ferrão (1857, v. 6, p. 74). Não acreditamos que sejam esses os motivos da diferença na pena.

Quando da feitura dos códigos modernos, o crime de infanticídio se apresentava na maioria das vezes como uma espécie de homicídio. Para o Código Francês de 1791, o infanticídio era punido como homicídio premeditado (artigo 11), ou seja, com a morte. O código de Livingston (1833, p. 449) o classificou como um “grau de culpa” de homicídio qualificado, ao lado do assassinato, assassinato debaixo de confiança e parricídio, sujeito à condenação em prisão perpétua (artigo 538 e 546). O Código de Mello Freire, considerando a hipótese da mãe que mata de propósito o filho infante, também prescreveu pena de prisão perpétua (Título XXXI, § 30). O Código Espanhol (1822) foi um pouco mais brando. Puniu as mulheres solteiras ou viúvas que, tendo um filho ilegítimo e não podendo dar a luz em uma casa de refúgio, nem podendo o expor com reserva, se precipitem a matá-lo nas primeiras vinte e quatro horas do nascimento, com prisão de quinze a vinte e cinco anos e desterro perpétuo (artigo 612).

Por plausível que seja a punição diferenciada para um crime de atentado contra a vida, com o advento do Iluminismo, sobretudo de Beccaria, surgiu a ideia do abrandamento da pena dos que cometem delitos de infanticídio, principalmente se estivesse relacionado à *honoris causa* da mãe. Partindo do pressuposto de que as penas devem ser justas (necessárias), a pena capital aplicada ao infanticida era inefetiva, não cumprindo sua função social.

O infanticídio é ainda o resultado quase inevitável da cruel alternativa em que acha um infeliz, que só cedeu por fraqueza, ou que sucumbiu sob os esforços da violência. De um lado a infâmia, de outro a morte de um ser incapaz de sentir a perda da vida: como não havia de preferir esse último partido, que a rouba à vergonha, à miséria, juntamente com o desgraçado filhinho! O melhor jeito de prevenir essa espécie de delito seria proteger com leis eficazes a fraqueza e a infelicidade contra essa espécie de tirania, que só se levanta contra os vícios que não se podem cobrir com o manto da virtude. Não pretendo enfraquecer o justo horror que devem inspirar os crimes que acabamos de falar. Eu quis indicar suas fontes e penso que será permitido tirar daí a consequência geral de que não se pode chamar precisamente justa ou necessária (o que é a mesma coisa) a punição de um delito que as leis procuram prevenir com os melhores meios possíveis e

segundo as circunstâncias em que se encontra uma nação (s.d., p. 171-172).

O que Beccaria estava querendo disser aqui é que a causa da honra é um fator importante a ser levado em consideração nos casos de infanticídio. Tanto que o autor chega a dar substancial valor à vida da mãe, que possui sua formação fisiológica plena, em detrimento da vítima infante, incapaz de sentir a perda da vida.

Nesse contexto e debaixo da influência dessas ideias de Beccaria, o legislador do Oitocentos regulou pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro o infanticídio como crime *sui generis*, tratando a vida do recém-nascido de maneira diferente da vida de qualquer outro ser humano. Discriminou o infanticídio simples – “matar algum recém-nascido” (artigo 197) – utilizando a expressão recém-nascido, provavelmente inspirado na palavra *nouveau né* do Código de Napoleão (artigo 300) e estipulando pena de três a doze anos e multa. Logo em seguida, dispôs sobre o infanticídio por motivo de honra – “se e a própria mãe matar o filho recém-nascido para ocultar a sua desonra” (artigo 198) – prevendo pena inferior ao primeiro caso, isto é, de prisão com trabalho por um a três anos.

Nesse sentido, entendemos que o estatuto criminal de 1830, com base nas ideias iluministas, sobretudo na assertiva de Beccaria, que implicitamente presumia a preferência do infante à morte do que à infâmia, de forma bastante inovadora, concedeu privilégio a pena mais branda à hipótese de *honoris causa*.

A honra foi um direito assegurado pelo CCIB. Suas espécies de ofensas são consagradas no capítulo intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra” que compreende os delitos de estupro, rapto, calúnia e injúria. Muitos crimes contra a honra também podem ser considerados crimes de ordem moral.

Sobre o uso o direito penal como forma de controle moral, Odon (2013, p. 19) afirma

O direito penal se apresentou, nas primeiras décadas de vida do Brasil como Estado-nação, como um “empreendedor moral”, para usar expressão de Howard Becker (1996); um instrumento civilizador de uma sociedade civil considerada “não ilustrada”, como o veículo criador do quadro de referências normativas antes ausente, como o definidor e tutor do padrão de sociabilidade legítimo.

O modelo jurídico praticado pelo Estado brasileiro desde sua formação, enquanto colônia, privilegiava a pena como instrumento sancionatório, lançando mão da estrutura do direito penal em detrimento de outras formas de direito, para regular as relações sociais. Assim, os legisladores ainda viam na lei um projeto de ordenação social.

A função moralizadora do direito penal foi uma herança portuguesa advinda do sistema moral cristão aliado à ideia de que a força política não poderia ser neutra perante o conflito (centralização do direito de punir por parte do Estado). Assim, o sistema penal canônico, por séculos, se comunicou ao sistema judicial não canônico. Por isso, conforme Toby Green (apud ODON, 2013, p. 49), as peculiaridades da inquisição na Península Ibérica nos mostra que ela foi mais política do que religiosa.

Reflexo da tradição lusitana moralista foi o sistema de crimes e penas presentes, sobretudo, nos artigos 219 a 228 e 247 a 255 do CCIB. Por exemplo, para o artigo 219, “deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos” gerava uma pena de “desterro para fora da comarca, em que residir a deflorada, por um a três anos, e de dotar a esta.” Em apoio à doutrina da violação da virgindade, não encontramos nenhum artigo nos principais códigos da época, como o napoleônico, austríaco e bávaro. Isso porque, o Código brasileiro reproduziu a doutrina portuguesa das Ordenações Filipinas, Livro V, Título 23: “Do que dorme com mulher virgem ou viúva honesta por sua vontade”.

Nesse título, as Ordenações diferenciavam estupro voluntário do estupro violento, este último previsto no Título XVIII do Livro V e geralmente punido com a morte. No estupro voluntário não se punia inicialmente com pena pública, pois se tinha a ideia de que a mulher se deixou voluntariamente corromper. Obrigava somente a prestar reparação da honra pelo casamento, se fosse convinhável, e se a estuprada consentisse. Na falta de casamento, subsidiariamente, o delinquente era condenado a uma quantia pecuniária, arbitrada pelo juiz, como dote, segundo a qualidade e condição da estuprada. Se não tivesse dinheiro, a pena era de degredo, até mercê régia. E se não fosse fidalgo ou pessoa de qualidade, a pena de degredo era cumulada com a de açoite com baraço e pregão.

Com o Alvará de 06 de outubro de 1784, que tratava da defloração de mulheres virgens, aboliu-se o estupro voluntário, exceto em favor das que não tivessem dezessete anos completos. Somente nos casos de corrupção, estupro por sedução, mandou atender essas querelas, se o sedutor fosse também maior de dezessete anos. Neste caso, a pena era arbitrária e nunca inferior a cinco anos de degredo.

Notamos que, comparando o artigo 219 do CCIB com as Ordenações e sua alteração pelo Alvará de 1784, o legislador brasileiro decidiu perpetuar a tutela da virgindade da mulher menor de dezessete anos, sendo sua perda, mesmo que voluntária, punida com desterro por um a três anos, além da obrigação de dotar a estuprada. E, da mesma forma que as Ordenações, o CCIB previu que “seguinto-se o casamento, não terão lugar as penas” (artigo 219).

Em suma, o artigo sobre o estupro voluntário de mulher virgem menor de dezesseis anos mostra-nos que, apesar das teorias modernas tornarem o Código de 1830 um marco no que tange às inovações jurídicas, este ainda fazia questão de dar continuidade à tradição moralista portuguesa, advinda do código moral cristão.

Em seus comentários sobre artigo semelhante ao 219 do CCIB, porém do Código Português de 1852, Ferrão (1857, v. 6, p. 225) afirma

Qual flor delicadíssima, qualquer sopro impuro a embaça e murcha. Um só instante de fraqueza, um só fato demonstrativo de pensamento voluntário, lhe faz perder todo o merecimento. Supõe uma alma inocente, candidata, intacta, que nem experimentou nem sentiu, e nem ainda conheceu o que pode alterar a perfeita integridade da alma e do corpo.

A virgindade, tanto para o direito português quanto para o brasileiro da época, significava a pureza do corpo e do espírito – logo, um dos pilares da honra. Por isso, o CCIB insistiu, assim como as Ordenações Filipinas, no casamento como substituição da pena, pois, caso contrário, às menores de dezessete anos não caberia outra coisa senão o concubinato ou a prostituição.

Notamos que Mello Freire e seu código criminal foram um canal para a transmissão dos valores morais portugueses para o Direito Penal brasileiro. Cientes de sua obra, os legisladores provavelmente se inspiraram no professor de Coimbra que, além de ter sido o primeiro a codificar o direito português, trabalhou no sentido de não faltar em seu projeto os crimes que atentam contra a ordem moral e aos bons costumes.

Estupro, rapto, poligamia e adultério são alguns dos crimes previstos no Código de Mello Freire, reproduzidos também do CCIB.

Continuando a falar do crime de estupro, o CCIB consagrou sete espécies: 1º – estupro de mulher virgem menor de dezessete anos; 2º – estupro por parte de quem estiver em poder ou guarda da deflorada; 3º – estupro cometido por parente; 4º – estupro violento ou por ameaça a mulher honesta; 5º – estupro violento ou por ameaça a prostituta; 6º – ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor ou mal físico, sem cúpula carnal; 7º – sedução e estupro de mulher honesta menor de dezessete anos (artigos 219 a 224).

Mello Freire tratou de punir semelhantes crimes em seu código, no Título XII, §§ 10, 11, 15, 17, 19, 21. O único caso que não encontramos foi o da ofensa pessoal para fim libidinoso. Todo o restante está presente. Para o estupro, o CCIB contempla penas de desterro, degredo ou prisão. A obrigação em dotar a mulher também aparece em todos os casos, exceto no estupro violento ou por ameaça à prostituta e na ofensa pessoal para fim libidinoso. Com ressalva ao estupro cometido por parente, se o réu casar com a vítima, não haverá penas.

Um fato curioso é que o CCIB previu pena inferior ao estupro violento à prostituta, em detrimento ao estupro violento à mulher honesta. Esta cláusula moralista não foi encontrada no Código de Mello Freire. A diferenciação das penas demonstra o esforço do legislador na manutenção da ordem moral necessária no país recém-independente. Causas morais como a prostituição preocupavam àqueles que buscavam perseverar o modo de formação de famílias portuguesas. Apesar da valorização do casamento na sociedade brasileira, desde a colonização, generalização e publicidade das relações concubinárias, amores ilícitos, filhos ilegítimos assombravam os construtores da ordem.

Segundo Freyre (2003, p. 70-71), quando da colonização portuguesa, a “miscibilidade” foi o meio encontrado de compensar o volume humano para o alastramento da civilidade num espaço tão extenso. Por isso, foram necessárias “a íntima convivência” e o “intercurso social e sexual com raças de cor”. Mesmo com o esforço da igreja em impor as regras do sacramento sobre os bons costumes, “o trópico dos pecados”, no caso, o Brasil, foi a colônia menos atingida pela missão tridentina no mundo ibérico, no tocante às moralidades (VAINFAS, 2011).

Conseqüentemente, muitas transgressões morais e desregramento marcaram o passado do Brasil, gerando conseqüências para o seu futuro.

No momento de construção do Estado-nacional, tão importante quanto a punição dos crimes que atentassem contra a ordem política, era a punição dos crimes que atentassem contra a ordem moral. O projeto de ordenação social fez com que o desejo de moralidade seguisse o de civilidade (PINTO, 2011, p. 07). Por isso, o objetivo do Estatuto Criminal era reparar o delito contra a honra, ferindo a tradição sacramental do patrimônio o mínimo possível. Orientava-se o casamento como substituição da pena do estupro ou pelo menos penalizava-se com a exigência do dote, para amparar aquela que estava fadada a não casar-se com outra pessoa.

Da mesma forma que os crimes contra a honra sustentavam o controle social por parte do Estado, os crimes contra a segurança do estado civil e doméstico, como poligamia e adultério, estabeleciam a disciplina como prioridade, promovendo a continuidade da tradição jurídica Portugal. Para Mello Freire “aos bons costumes opõe-se os delitos da carne, como o adultério, o estupro, o incesto, a vênus nefanda, o lenocídio e a embriaguez” (MELLO FREIRE, 1794, p. 188). Contra estes existem os “costumes ordenados segundo as regras do pudor natural”.

Essas regras de pudor natural emergiam como um problema de Estado. Para Pinto (2011, p. 04)

Fenômeno marcado no Código é o entendimento do Estado como aquele que deve gerar o bem estar dos indivíduos em sociedade. Um instrumento disciplinar era o domínio da sexualidade. Além das motivações biológicas havia as econômicas. Previa-se o casamento com pessoas de mesma estirpe, um contrato que calcula a transmissão patrimonial. A garantia de igualdade social impedia a dispersão dos bens. O casamento era um negócio. Daí a preocupação com o matrimônio clandestino (Código Criminal do Império do Brasil, art. 248), a punição ao eclesiástico que receber pessoas inabilitadas pela lei (CCIB, art. 247) e a poligamia (CCIB, art. 249). Não estar conforme a lei ou casar-se de maneira clandestina pode estar relacionado ao casamento sem o consentimento dos pais.

Dentre os “crimes contra a segurança do estado civil e doméstico” do CCIB encontramos a “celebração do matrimônio contra as leis do Império”, “poligamia”, “adultério”, “parto suposto e outros fingimentos”. Quanto ao primeiro crime,

encontramos semelhante no Código napoleônico. E quanto aos demais, estão previsto na codificação do direito português feita por Mello Freire.

Apesar da campanha moralizante cristã do código em defesa ao estado civil, as penas para o crime de adultério, por exemplo, raramente eram aplicadas ao homem. “Uma vez que o casamento era um negócio, relações externas por amor ou afeição eram comuns e toleradas” (PINTO, 2011, p. 04). Assim, em que pese a pena prevista no CCIB de prisão com trabalho por um a três anos ao “homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda” (artigo 251), a prática do adultério era corriqueira e aceita pela sociedade, desde que mantida a sua discrição e modéstia.

Outros crimes que emergiram no CCIB para tutelar a moral foram os ditos crimes policiais. Eles tratavam de normas que coíbiam atos públicos coletivos ou destinados a uma coletividade. Por exemplo, dispunham sobre os delitos contra a religião.

A Constituição de 1824 professava em seu artigo 5º que “a Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império”. Continuava declarando que “todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo”. Assim, conduzido pela Carta Magna, o CCIB puniu o ato de:

Art. 276. Celebrar em casa, ou edifício, que tenha alguma forma exterior de Templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra Religião, que não seja a do Estado. Penas - de serem dispersos pelo Juiz de Paz os que estiverem reunidos para o culto; da demolição da forma exterior; e de multa de dois a doze mil réis, que pagará cada um.

A pena para esse e outros crimes policiais era bastante branda. Na maioria das vezes, os desvios de comportamentos acarretavam apenas multa simples ou cumulada com prisão, que não passava de um ano. A prisão com trabalho só era prevista nos casos de ajuntamentos ilícitos, quando fossem cometidas violências depois da admoestação do juiz de paz ou contra o próprio juiz de paz, e nos casos de vadiagem, fabrico e uso de instrumentos para roubar. Mesmo assim, a pena mais grave não passava de seis anos de prisão com trabalho, e a mais branda de vinte e quatro horas de prisão com trabalho.

Muitos crimes policiais mais pareciam um modo de existência social perigoso que o legislador quis reprimir do que um fato criminoso em si. A exemplo disso temos a vadiagem e a mendicância. São crimes previstos nos artigos 295 e 296 do CCIB.

Um deles foi capitulado das próprias Ordenações Filipinas (“Dos vadios”, Título LXVIII). O outro provavelmente apareceu no código por influência francesa, isto é, dos artigos 274, 275 e 276 do Código de Napoleão.

A verdade é que o CCIB, ao mesmo tempo em que cria um espaço de novidades jurídicas, tratou de dar continuidade aos padrões de comportamento aceitável e inaceitável construído há séculos pela tradição portuguesa. Combinou instrumento de dominação política e ordenação da vida cotidiana. Não o julgamos, com isso, como uma obra que se contrapõe ao desejável pela Ilustração. Muito pelo contrário, enxergamos um trabalho feito por uma elite política que ultrapassa as expectativas da época pelo seu espírito modernizante, sem perder o foco na construção da ordem política e moral do país recém-independente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa hipótese partiu do pressuposto de que o movimento de codificação do direito penal no Brasil se forjou tanto nas ideias modernizantes difundidas à época de sua elaboração quanto na tentativa de estabilização da ordem. Tivemos como objetivo demonstrar que o CCIB não se trata apenas de uma lei marcada de influências diretas de códigos estrangeiros, mas de uma inteligente seleção de teorias modernas, filtradas e redesenhadas pelos legisladores brasileiros do Império, a fim de se adequarem às metas políticas e sociais do nascente país.

Como observado nesta dissertação, o direito penal que os portugueses trouxeram ao Brasil foi aquele que remonta a basicamente três culturas jurídico-penal que coexistiram na Península Ibérica desde a Alta Idade Média: a germânica, a romana e a cristã. Quando da construção do Estado português, muitas de suas leis passaram a reproduzir aquelas dos reinos visigóticos, que combinava institutos germânicos e romanos remanescentes, além de receber a contribuição do pensamento penal canônico, que confundia o justo com o sagrado.

Nesse cenário de caldeamento de influências, o *ius puniendi*, que na Alta Idade Média remetia aos sistemas de autodefesa das sociedades em formação, foi sendo confiscado pelo rei. Conseqüentemente, aumentaram-se consideravelmente a quantidade de leis e o número de descrições penais, como que num esforço cívico de dar um basta aos primitivos esquemas de vingança privada.

Por isso, logo no século XV vieram a público em Portugal as primeiras Ordenações do Reino, dada a vastidão de fontes do direito existente desde as primeiras monarquias. Ao todo foram publicadas três Ordenações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Todas elas combatiam a vingança privada em favor da publicização da justiça criminal e desenvolviam um sistema singular de penas públicas, que tinham a vingança como principal finalidade. Raras vezes a penalidade produzia a emenda dos culpados, pois a crueldade e arbitrariedade destituíam delas o caráter reparador. A rudeza refletia a ideia de intimidação ou de verdadeira destruição do criminoso, a fim de que a sociedade ficasse mais segura contra a perpetração de novos crimes.

O que mais nos chamou a atenção durante a pesquisa foi que até a aprovação do CCIB no século XIX, no terreno das realizações legislativas, o Livro V das Ordenações Filipinas foi a fonte do direito penal mais expressiva no Brasil. Em outras palavras, o sistema penal bárbaro do Antigo Regime, contestado pela filosofia penal do século XVIII, perdurou no Brasil por tanto tempo que, logo após a Independência, uma das primeiras missões dos legisladores foi dotar o novo país de leis criminais que correspondessem à época de sua elaboração.

Seria um passo fundamental para o Estado brasileiro implantar um novo código criminal adotando-se as ideias iluministas em substituição ao Livro V das Ordenações Filipinas, fruto do sistema penal medieval. Por isso, mais do que uma aspiração nacional, o novo Código se mostrou um dever cívico. Solidificado no discurso modernizador, ele deveria fazer parte das metas de construção do Estado brasileiro sem, contudo, oferecer grandes riscos à estrutura social.

Pudemos observar no decorrer do trabalho que para que esse plano se materializasse foi necessário buscar inspiração em experiências semelhantes, de combate ao velho sistema penal do Antigo Regime. Por isso, sem dúvidas, os códigos modernos europeus e o norte-americano foram as principais fontes consultadas pelos legisladores brasileiros para a edificação do CCIB.

Ao mesmo tempo em que argumentamos que o Brasil se utilizou de modelos estrangeiros para a construção da lei penal, percebemos, ao longo das comparações feitas com os códigos, que a cultura jurídica dos primeiros legisladores se mostrou uma expressão singular do pensamento penalista de seu tempo. Queremos dizer com isso que a primeira obra codificadora do direito brasileiro não se trata de uma cópia de modelos estrangeiros, mas uma filtragem das teorias modernizantes, que foram adaptadas às metas do nascente império, mantendo-se com isso certa tradição combinada com inovação. Esse aspecto constituiu um dos pontos centrais do trabalho ora finalizado.

A singular circunstância histórica não passou despercebida numa interpretação política do Império. Os cultores do código estavam atualizados com o que se passava no mundo jurídico fora do Brasil. Duas evidências desta pesquisa saltaram aos nossos olhos e apontam para esta verdade. Primeiramente, todos os principais envolvidos na criação da lei criminal, desde os autores dos dois projetos, até os

membros das comissões do código, foram instruídos no Direito. Em segundo lugar, a grande maioria estudou na Universidade de Coimbra.

É compreensível que, uma vez estando em Portugal no fim do século XVIII, os estudantes de direito e futuros legisladores de um país que politicamente nascia se identificassem com as ideias iluministas proclamadas por toda a Europa. Ainda que nessa época apenas alguns poucos códigos criminais tenham sido publicados, o estudo jurídico no exterior dá sentido ao avanço do pensamento penalista dos autores do CCIB.

Mergulhados no racionalismo de seu tempo, os legisladores seguiram o padrão sistêmico ensinado em Coimbra e amplamente difundido pelos códigos modernos. Criaram uma lei penal muito bem organizada com a previsão de criminalizações antecipadas por axiomas gerais do direito penal moderno. Cuidaram de inserir na teoria do crime o elemento “legalidade”, numa tentativa de abolir a atuação arbitrária da magistratura típica do Antigo Regime. E adicionaram à teoria da pena o elemento “utilidade”, passando a punir para a reparação e não mais para a expiação, como no direito medievo.

Na parte sobre crimes e penas em espécie os legisladores também se preocuparam em apresentar elementos bastante condizentes com o espírito modernizante. O primeiro deles foram as penas moderadas que preencheram todas as partes do código, permitindo a emergência de um sistema correccional leve para crimes políticos.

Tudo indica que o Código de Livingston, o Código da Toscana e as obras de Beccaria e Bentham foram as fontes mais influenciadoras do sistema punitivo criado pelos cultores do CCIB. Pudemos testemunhar ao longo da pesquisa nos anais da Câmara dos Deputados de setembro de 1830 que o mérito desses códigos e doutrinas repercutiu muito no Brasil, inclusive para a abolição da pena de morte nos crimes políticos.

Criando-se um sistema correccional leve, favoreciam-se os dissidentes políticos. Por isso, nossa investigação sobre todo o processo de criação do Código Criminal logo apontou para um projeto de adaptação das metas de oposição ao monarca. Pelo Código ter raízes ancoradas na dimensão política que buscava reagir contra a arbitrariedade do governo, não foi difícil chegarmos à conclusão de que a atuação

dos legisladores inclinou-se para uma obra estratégica de restrição do poder do imperador de perseguir seus inimigos. Assim, aboliram a pena de morte para crimes políticos. E não somente isso. Diminuíram consideravelmente todas as demais punições, chegando a prescrever, por exemplo, apenas pena de multa para um crime antes considerado traição.

Outro elemento típico de um direito moderno que conseguimos identificar logo no início da Parte Especial do CCIB foi, por influência do Código Criminal napoleônico, a prioridade na defesa da segurança externa do Estado. Ambos inauguraram seu rol de crimes com aquelas ofensa à integridade da nação perante forças internacionais. Além de concordarem em diversas criminalizações, também sob a influência francesa (de uma Lei da França de 1825), o Brasil foi um dos primeiros países a tratar em um código de questões relacionadas à pirataria. Nenhum outro código moderno de sua época dispôs sobre tal delito, sendo pioneiro na cessação de analogias criminais em matérias dessa natureza.

Ainda no que tange as cláusulas modernizantes, ao longo da investigação nos códigos que precederam o brasileiro, notamos que muitos deles já não previam o crime de lesa-majestade. Esse fato nos chamou a atenção, pois o Código de 1830 seguiu o mesmo raciocínio. Percebemos que a reflexão iluminista que atacou a lesa-majestade chegou ao Brasil com bastante intensidade. Além do código brasileiro abolir a punição por lesa-majestade, que identificava a pessoa do monarca com o Estado, foi estrategicamente omissivo quanto aos crimes considerados traição. Mais uma vez, pudemos contemplar na pesquisa o horizonte de ação dos legisladores que integravam a elite política. Esse fato acabou auxiliando em um projeto maior que consistia no desenvolvimento de uma arma de defesa de opositores políticos. Não punindo crimes como lesa-majestade ou traição, pôde-se minorar todas as penas de delitos políticos, facilitando a ação dos dissidentes.

Além disso, pelo direito penal moderno não tratar mais de defender o Estado Absolutista, cujo centro gravitacional dos crimes políticos girava em torno da figura do monarca, passou a assegurar primordialmente a Constituição do Império. Valorizou-se, pois, a doutrina do constitucionalismo em contraponto a do absolutismo. Para tanto, os legisladores utilizaram alguns contributos do Código Penal espanhol de 1822.

Sabíamos que as linhas mestras do constitucionalismo das Cortes de Cádiz deu às Cortes de Lisboa e ao Brasil o impulso necessário para por em prática sua obra reformadora. Por isso, não poderíamos deixar de buscar semelhanças entre o CCIB e o Código Penal espanhol. O resultado dessa investigação revelou a identificação de uma série de artigos bastante similares em ambos os códigos, tanto no âmbito dos crimes contra a Constituição do império e forma de governo, quanto nos crimes contra os funcionários públicos.

Especialmente em razão da implementação de um modelo quase idêntico de responsabilidade penal dos funcionários públicos, concluímos que o Código espanhol exerceu mais impacto no Código brasileiro do que imagina a maioria dos historiadores. Comparamos todos os artigos de ambos os códigos referentes a essa matéria e percebemos ampla relação entre eles. Na verdade, o único código anterior ao de 1830 que apresentou de fato um sistema completo de responsabilidade penal dos funcionários públicos foi o espanhol. Nenhum outro funcionava tão bem como controle do magistrado. Esse fato revela que a busca por articular normativamente um modelo de justiça que freasse a atuação arbitrária do juiz foi tanto de interesse da Espanha quanto do Brasil, pois ambos estavam ligados por uma tradição jurídica comum que valorizava a magistratura.

Esses e outros elementos modernizantes absorvidos das doutrinas e dos códigos modernos e adaptados ao contexto brasileiro fazem parte dos aspectos que consideramos inovadores do CCIB. Todavia, ao longo da dissertação, contemplamos alguns elementos retrógrados se amoldando à legislação criminal. Foi o caso da escravidão e da pena capital para o controle sobre a população escrava.

Apesar de identificarmos uma discreta cláusula para a repressão do tráfico de escravos, por causas de ordem social, o legislador não deixou de consignar o crime de insurreição escrava, bem como a pena capital para aqueles enquadrados nesse delito. Cientes dos riscos que um novo Código Criminal poderia trazer à ordem, os seus autores ao omitirem o crime de redução à escravidão pessoa que já se achava na condição escrava, acabaram defendendo posição favorável a ela.

Por acreditarmos que a forma agrária baseada na técnica de exploração escravocrata ainda fazia parte da realidade econômica da maior parte da sociedade

no contexto nas décadas de 1820 e 1830, mexer nessa estrutura poderia causar um dano à ordem interna, efeito que a elite política mais temia nesse momento. Por isso, ainda dentre os crimes contra a segurança interna do Império e sua pública tranquilidade, o CCIB tratou da insurreição escrava, punindo-a a morte em seu grau máximo.

Pareceu assim que a política criminal imperial concebia a prática do ideário liberal, limitando-se na escravidão. Apoiou as convicções do liberalismo enquanto liberdade individual dos homens livres e libertos. Porém, as camadas sociais mais influentes ainda não estavam dispostas a renunciar a propriedade escrava, onde se assentava o seu poder. Por isso todo o progresso, modernidade e civilidade do Código identificados nesta dissertação tiveram que conviver por mais algumas décadas com as marcas mais profundas de uma cultura política cujas raízes estão ancoradas em mais de trezentos anos de colonização.

Finalizo estas considerações com a observação de que foi o CCIB de 1830 uma obra legislativa verdadeiramente honrosa para a cultura jurídica nacional. De fato, expressou o pensamento penalista mais avançado de sua época. Por isso recebeu elogios por todas as partes do mundo e foi usado como fonte de outros códigos estrangeiros que o sucedeu. Seus avanços não chegaram a ser manchados pelos seus elementos retrógrados. Pelo contrário. Eles fortaleceram ainda mais o caráter progressista da obra. Pela singular circunstância histórica, o primeiro Código Criminal do Brasil foi um verdadeiro modelo jurídico-penal do Iluminismo, num período em que até mesmo os países mais modernos ainda não tinham conseguido materializar todos os avanços da teoria penal numa só obra sistêmica.

## REFERÊNCIAS

### 1. FONTES PRIMÁRIAS

#### 1.1 Códigos

ÁUSTRIA. *The emperor's new code of criminal laws* (1787). Dublin: John Rea, 1787.

\_\_\_\_\_. *Codice penale universale austríaco coll' appendice dele piu recenti norme general* (1803). Milão: Dall' imp., Regia stamperia, 1815.

BAVÁRIA. *Code Pénal du Royaume de Baviéra* (1813). Paris: Auguste Durand, Libraire-Éditeur, 1852.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brazil (1830). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Criminal (1832). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)>. Acesso em agosto de 2014.

ESPAÑHA. *Codigo penal español decretado por las cortes em 8 de junio, sancionado por el rey y mandado promulgar em 9 de julio de 1822*. Madri: Imprenta nacional, 1822.

FRANÇA. Código Penal Francés de 1791: traducción y nota introductoria por Dr. Dr. H. c. José Luiz Guzmán Dalbora. *Revista de derecho penal y criminologia*, ano 3, n. 1, p. 481-517, 2009,.

\_\_\_\_\_. *Code des delits et des peine* (1810). Paris: Hacquart, 1810.

TOSCANA. *Nouveau Code Criminel pour le Grande Duchê de Toscane* (1787). Lousana: François grasset et comp, Libraines & Imprimeurs, 1787.

#### 1.2 Projetos de código

CLEMENTE PEREIRA, José. Projecto de Lei. Anais da Câmara dos Deputados, 1826. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/pesquisa\\_diario\\_basica.asp](http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp)>. Acesso em agosto de 2014.

LIVINGSTON, Edward. *The complete Works of Edward Livingston on criminal jurisprudence consisting a code of crimes and punishments, a code of procedure, a code of evidence, a code of reform and prison discipline, a book of definitions*. Filadélfia: James Kay, Jun. & Co., 1833.

MELLO FREIRE, Pascoal José. *Código Criminal intentado pela Rainha Dona Maria I*. Lisboa: Typographo Simão Thaddeo Ferreira, 1823.

VASCONCELOS, Bernardo Pereira. Projecto do Código Criminal apresentado em sessão de 4 de Maio de 1827 pelo deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos. Anais da Câmara dos Deputados, 1829. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/pesquisa\\_diario\\_basica.asp](http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp)>. Acesso em agosto de 2014.

### 1.3 Outras legislações, anais e diários

ANAIS da Assembleia Geral Constituinte, 1823. Disponíveis em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8567>>. Acesso em agosto de 2014.

ANAIS da Câmara dos Deputados, 1826-1830. Disponíveis em: <[http://imagem.camara.gov.br/pesquisa\\_diario\\_basica.asp](http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp)>. Acesso em agosto de 2014.

ANAIS da Câmara do Senado, 1826-1830. Disponíveis em: <[http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/IP\\_AnaisImperio.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio.asp)>. Acesso em agosto de 2014.

BRASIL. Alvarás, Decretos, Cartas Régias, Constituição e Leis, 1808-1832. Disponíveis em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em agosto de 2014.

DIÁRIO da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823. Disponível em <<http://memoria.bn.br/hdb/uf.aspx>>. Acesso em maio de 2014.

DIÁRIOS do Governo, 1822. Lisboa: Imprensa Nacional, 1822.

FRANÇA. *Loi du 10 avril 1825 pour la sûreté de la navigation et du commerce maritime.* Disponível em:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006074265>.

Acesso em janeiro de 2015.

PORTUGAL. Alvará de 19 de setembro de 1761. In: SILVA, Antônio Delgado da. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das ordenações: legislação de 1750 a 1762.* Lisboa: Typografia Maignense, 1830.

\_\_\_\_\_. Decreto de 17 de dezembro de 1794. In: SILVA, Antônio Delgado da. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das ordenações: legislação de 1791 a 1801.* Lisboa: Typografia Maignense, 1828.

\_\_\_\_\_. Decreto de 26 de novembro de 1807. In: FREITAS, Joaquim José Pereira de. *Biblioteca Histórica, Política e Diplomática da Nação Portuguesa.* Londres: Casa de Sistenance e Strecht, 1830, tomo I.

\_\_\_\_\_. *Collecção dos decretos, resoluções e ordens das côrtes geraes, extraordinárias e constituintes da nação portuguesa, desde a sua installação em 26 de janeiro de 1821.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 1822.

\_\_\_\_\_. Ordenações Afonsinas: Livro V. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Ordenações Manuelinas: Livro V. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em agosto de 2014.

\_\_\_\_\_. Ordenações Filipinas: Livros I, II e V. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em agosto de 2014.

VIRGÍNIA. *The Statutes at Large being a collection of all the Laws of Virginia.* Richmond: Franklin Press, W. W. Gray print, 1820, v. 4. Disponível em: <<http://vagenweb.org/hening/vol04-01.htm>>. Acesso em janeiro de 2015.

#### 1.4 Outros documentos oficiais

BRASIL-ESTADOS UNIDOS, 1824-1829. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

COMPÊNDIO Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados Jesuítas. Coimbra, 1771.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em setembro 2014.

DECLARATION des Droits de L'homme et du Citoyen. Constitution du 24 juin 1793. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>. Acesso em janeiro de 2015.

DECLARATION of Rights and the Constitution and form of government agreed to by the Delegates of Maryland in Free and Full Convention Assembled, 1776. Disponível em: [http://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/ma02.asp](http://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp). Acesso em 30 de setembro de 2014.

ORGANIZAÇÕES e programas ministeriais, 1822-1889. Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1889.

TERMO de Vereação do dia 09 de janeiro de 1822. Disponível em: <http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?tpl=home>. Acesso em 21 de outubro de 2013.

THE 1215 Magna Carta. Disponível em: <http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/index.htm>. Acesso em 30 de set. de 2014.

### 1.5 Folhetim e jornais

ASTRÉA, Rio de Janeiro, n. 429, 23/05/1829.

DIÁRIO FLUMINENSE, Rio de Janeiro, n. 21, vol. 6, 26/07/1825;

GAZETA Extraordinária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 01, 14/09/1809.

MIRANDA, José Antônio de. Memória Constitucional e Política sobre o Estado Presente de Portugal, e do Brasil; Dirigida a El-Rey Nosso Senhor e oferecida A Sua Alteza o Príncipe Real do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, e Regente do Brasil, por José Antônio de Miranda; Fidalgo Cavalleiro da Casa de Sua Majestade,

e Ouvidor eleito do Rio Grande do Sul. In: FAORO, Raymundo. *O debate político no processo da independência*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura, 1973.

PADRE AMARO ou Sovéla Política, História e Literária, Londres, LII, abril de 1825.

## 2. FONTES SECUNDÁRIAS

### 2.1 Livros, artigos, dissertações e teses

ACCIOLY, Hildebrando. *O reconhecimento do Brasil pelos Estados Unidos da América*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1936.

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALMOND, Gabriel; VERBA, Sidney. *The civic culture: political attitude and democracy in five nations*. Newbury Park: Sage Publications, 1989 [1963].

BARATA, Alexandre Mansur. *Maçonaria, sociabilidade ilustrada e Independência (Brasil, 1790-1822)*. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual de Campinas, 2002.

BARREIROS, José Antônio. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história. *Análise Social*, v. 16, p. 587-612, 1988.

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro: Graphica Editora de Paulo, Pongetti & Cia, [s.d], v. 1.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, [s.d].

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Londres: W. Pickering, Lincoln's-in fields, Wilson, Royal Exchange, 1823, v. 1.

\_\_\_\_\_. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Londres: W. Pickering, Lincoln's-in fields, Wilson, Royal Exchange, 1823, v. 2.

BERBEL, Márcia Regina. Os apelos nacionais nas cortes constituintes de Lisboa (1821-22). In: MALERBA, Jurandir. *A Independência brasileira: novas dimensões*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

\_\_\_\_\_; FERREIRA, Paula Botafogo C. Soberanias em questão: apropriações portuguesas sobre um debate iniciado em Cádiz. In: BERBEL, Márcia; OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles (Org.). *A experiência constitucional de Cádiz: Espanha, Portugal e Brasil*. São Paulo: Alameda, 2012.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1998.

BRAVO LIRA, Bernardino. Bicentenário del código penal de Áustria: su proyeccion desde el Danúbio a Filipinas. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, n. 26, p.115-155, 2004.

CAENEGUEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1941.

CAMPOS, Adriana Pereira. *Nas barras dos tribunais: direito e escravidão no Espírito Santo do século XIX*. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Bernardo Pereira de Vasconcelos*. São Paulo: 37, 1999.

\_\_\_\_\_. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CASTRO, Zília Osório de. História e tradução. O liberalismo de o Padre Amaro. *Faculdade de Ciências Sociais e Humanas*, Universidade Nova de Lisboa, v. 2, n. 8, p. 63-76, 1995.

CORREIA, Eduardo. A evolução das penas. *Boletim da faculdade de direito*. Coimbra, v. 53, 1977, pp. 51-150.

COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 6 ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COSTA, Vivian Chierigati. *Codificação e formação do estado-nacional brasileiro: o código criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-Independência*. Dissertação

(Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Culturas e Identidade Brasileiras do Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo, 2013.

CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras esparsas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Obras esparsas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, v. 2.

DAL RI JUNIOR, Arno; CASTRO, Alexandre de. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. *Revista Sequência*, n. 57, p. 261-284, dez. 2008.

DANTAS, Mônica Duarte. Dos Statutes ao Código brasileiro de 1830: o levante de escravos como crime de insurreição. *Revista do IHGB*, ano 172, n. 452, p. 273-310, 2011.

FAORO, Raymundo. *O debate político no processo da Independência*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura, 1973.

FERRÃO, F. A. F. da Silva. *Theoria do direito penal*. Lisboa: Typographia universal, 1856, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Theoria do direito penal*. Lisboa: Typographia universal, 1856, v. 3.

\_\_\_\_\_. *Theoria do direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857, v. 5.

\_\_\_\_\_. *Theoria do direito penal*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1857, v. 6.

FIGUEIREDO, Maiara Caliman Campos. Bases da cultura política brasileira do início do século XIX. In: CAMPOS, A. P.; VIANNA, K. S. S.; MOTTA, K. S. da; LAGO, R. D. (org.). *Memórias, traumas e rupturas*. Vitória: LHPL/UFES, 2013.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado em el Brasil imperial, 1808-1871*. Control social y estabilidad política em el nuevo estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1999.

\_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. 48 ed. São Paulo: Global, 2003.

GAMA BARROS, Henrique da. *História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885, tomo I.

\_\_\_\_\_. *História da administração pública em Portugal nos séculos XII a XV*. Lisboa: Typographia Castro Irmão, 1914, tomo III.

GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andréa. “Em trajes brasileiros”: justiça e constituição na América Ibérica (C. 1750-1850). *Revista de História*, São Paulo, n. 169, p. 181-221, julho/dezembro, 2013.

GAUER, Ruth Maria Chittó. A influência da Universidade de Coimbra no Moderno Pensamento Jurídico Brasileiro. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 40, p. 17-46, 1998.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HERMAN, Shael. The Louisiana Code of Practice (1825): A Civilian Essai Among Anglo-American Sources. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 12.1, Maio de 2008. Disponível em: <http://www.ejcl.org>. Acesso em janeiro de 2015.

HERRERO, César Herrero. *La justicia penal española em la crisis del poder absoluto*. Madri: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Guiando a mão invisível: direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*. Porto: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. A herança colonial: sua desagregação. In: HOLANDA, Sérgio Buarque (org.). *História Geral da Civilização Brasileira*. São Paulo: 1970, tomo II, v. 1.

HUNT, Charles Havens. *Life of Edward Livingston*. Nova York: D. Appleton and Company, 1864.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

LIMA, Priscila de. *De libertos a habilitados: Interpretações populares dos alvarás anti-escravistas na América portuguesa (1761-1810)*. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, 2011.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, tomo II.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX. In: ISTVÁN, Jancsó (org.) *Brasil: Formação do Estado e da Nação*. São Paulo: Hucitec; Unijuí; Fapesp, 2003.

LUTOSA, Isabel. Nosso primeiro político: um retrato do polêmico Bernardo Pereira de Vasconcelos. *Folha de São Paulo*, 14 de julho de 2001.

LYONS, Grant. Louisiana and the Livingston Criminal Codes. *Louisiana History: The Journal of the Louisiana Historical Association*, v. 15, n. 3, verão de 1974.

LYRA, Maria de Lourdes Viana. *A utopia do poderoso império: Portugal e Brasil: bastidores da política, 1798-1822*. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1994.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. *Revista Ágora*, Vitória, n. 7, p. 1-33, 2008.

MAXWELL, Kenneth. *Marquês de Pombal: paradoxo do iluminismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MELLO FREIRE, Pascoal José. Instituições de direito criminal português. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 155, 1794.

MENEZES, Jaci Maria Ferreira de. Abolição no Brasil: a construção da liberdade. *Revista HISTEDBR On-line*, Campinas, n. 36, p. 83-104, dez. de 2009.

MERÊA, Manuel Paulo. *Estudos de história do direito*. Coimbra: Coimbra, 1928.

MERLO, Patrícia M. S. Justiça e poder local: ilustração e modernidade em Portugal do Setecentos. *Dimensões*, v. 28, p. 26-42, 2012.

MOORE, Elon H. The Livingston Code. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 19, novembro de 1928.

- MORA, Ferrater J. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyla, 2004, tomo I.
- MUELLER, Gerhard O. W. *Crime, law and scholars: a history of scholarship in american criminal law*. Londres: Heinemann, 1970.
- MUNARO, Luís Francisco. *O jornalismo luso-brasileiro em Londres (1808-1822)*. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense, 2013.
- NABUCO, Joaquim. *Nabuco de Araújo: um estadista do império*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1899, tomo I.
- NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- NEVES, Lucia Maria Bastos Pereira das. A “guerra de penas”: os impressos políticos e a Independência do Brasil. *Tempos*, n. 8, p. 1-17, ago. de 1999.
- \_\_\_\_\_. *Corcundas e constitucionais: cultura e política (1820-1823)*. Rio de Janeiro: Revan: FAPERJ, 2003.
- NOGUEIRA, Ricardo Raymundo. *Prelecções sobre a história de direito pátrio*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1866.
- NOVAIS, Fernando A. *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*. São Paulo: Hucitec, 1989.
- NOVOS ANNAES DAS SCIENCIAS E DAS ARTES. n. 1, Paris, C. Farcy, janeiro de 1827.
- ODON, Tiago Ivo. *A linguagem penal do contrato social brasileiro: o inimigo, a guerra e a construção da ordem contra a sociedade do Brasil (1812-1890)*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Brasília, 2013.
- OLIVEIRA, Antônio Braz de; MARINHO, Maria José. *Devassa a que mandou proceder Sua Majestade do Alto Douro pelo desembargador Antônio de Mesquita e Moura [1771-1775]*. Lisboa: Biblioteca Nacional, 1983.
- PAULA, Sérgio Goes de (org.). Hipólito José da Costa. *Coleção formadores do Brasil*. São Paulo: 34, 2001.

PAULO, Alexandre Ribas. O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal no império do Brasil. In: DAL RI JUNIOR, Arno. *Iluminismo e direito penal*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. 2 ed. Lisboa: Officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1800.

PIERANGELLI, José Henrique. O início da codificação penal ibero-americana. *Justitia*, São Paulo, p. 38-51, março e junho de 1980.

PIMENTA, João Paulo G. A política hispano-americana e o império português (1810-1817): vocabulário político e conjuntura. In: ISTVÁN, Jancsó (org.) *Brasil: Formação do Estado e da Nação*. São Paulo: Hucitec; Unijuí; Fapesp, 2003.

PINHEIRO, Bruno; MAGALHÃES, Marcelo; REIGADA, Tiago. Uma época histórica, uma cidade, três motins: análise comparativa dos motins do Porto de 1592, 1661 e 1757. *CEM: Cultura Espaço & Memória*, n. 1, p. 281-297, 2010.

PINTO, Luciano Rocha. Moral e religião no código criminal imperial ou uma apologia da soberania em tempos de ilustração. *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH*. São Paulo, p. 1-16, julho de 2011.

PIRES, Álvares. Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité penale moderne. In: C. DEBUYST, C.; DEBUYST, F.; PIRES, A. *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Montreal, Ottawa, Bruxelas: Les Presses de l'Universsité de Montréal, Les Presses de l' Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, tomo II. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires\\_alvaro/formation\\_rationalite\\_penale\\_moderne/3\\_beccaria\\_utilitarisme/3\\_beccaria\\_utilitarisme.html](http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/formation_rationalite_penale_moderne/3_beccaria_utilitarisme/3_beccaria_utilitarisme.html)>. Acesso em outubro de 2014.

POCOCK, J. G. A. *Linguagens do ideário político*. São Paulo: EDUSP, 2003.

PRADEL, Jean. Criminal Law. In: BERMANN, George A.; Etienne, PICARD. *Introduction to French Law*. Kluwer Law International, 2008.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SAMUEL JOHNSON, A. M. *A Dictionary of the English Language*. Londres: J. Knapton; C. Hitch and L. Hawes; A. Millar; R and J. Dosley; and M. and T. Longman, 1792.

SARDINHA, Carlos Manuel de Moraes Pires. *Alta-traição e lesa-majestade: germanismo e romanismo na história do direito visigótico primitivo*. Lisboa: Universidade Católica, 2011.

SECO, Antônio Luis de Sousa Henrique. Da história do direito criminal portuguez desde os mais remotos tempos. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 4, p. 450-453, 482-486, 499-502, 530-533, 547-550, 547-550, 579-584, 594-596, 1871.

SILVA, Antônio de Moraes. *Diccionario da lingua portugueza*. Lisboa: Typographia Lacerdina, 1813, tomo I.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

SILVA, Érica Cristhyane Moraes da. *Conflito político-cultural na antiguidade tardia: O 'Levante das estátuas' em Antioquia de Orontes (387 d.C)*. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho de Franca, 2012.

SILVA NETO, Cassimiro Pedro da. *A construção da democracia: síntese histórica dos grandes momentos da Câmara dos Deputados, das assembleias nacionais constituintes e do Congresso Nacional*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

SISSON, S. A. *Galeria dos brasileiros ilustres*. Brasília: Senado federal, 1999, v. 1.

SISSON, S. A. *Galeria dos brasileiros ilustres*. Brasília: Senado federal, 1999, v. 2.

SLEMIAN, Andréa. *Sob o império das leis: constituição e unidade nacional na formação do Brasil*. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade de São Paulo, 2006.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal de Justiça nos primórdios do Império do Brasil (1828-1841). In: LOPES, José Reinaldo de Lima (org.). *O Supremo Tribunal de Justiça do Império: 1828-1889*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. A administração da justiça nas primeiras décadas do império do Brasil: instituições, conflitos de jurisdições e ordem pública (c. 1823-1850). *R. IHGB*, Rio de Janeiro, ano 172, n. 452, p. 225-272, julho e setembro de 2011.

SOUZA, Maria Cecília Cortez Christiano. O preto no branco: a trajetória de escritor de Luiz Gama. In: VIDAL, Diana Gonçalves; HILSDORF, Maria Lúcia Spedo. *Brasil 500 anos: tópicos em história da educação*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.

SUBTIL, José. Sistema penal e construção do estado liberal: algumas questões em torno da revolução de 1820. In: *Penélope: fazer e desfazer a história*. Lisboa, 1991.

SKINNER, Quentin. *Visões da política*. Algés: Difel, 2005.

THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

VALIENTE, Francisco Tomás y. *El derecho penal de la monarquía absoluta: siglos XVI, XVII y XVIII*. Madri: Tcnos, 1992.

WEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, v. 2.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade*. Brasília: UNB, 2004, v. 1.

## ANEXO I

Tabela dos delitos e suas respectivas penas nas Ordenações Filipinas

Delitos	Penas
Dos hereges e apóstatas	Morte natural cruel e infâmia. Confisco de bens
Dos que arrenegam ou blasfemam de Deus ou dos Santos	Degredo ou açoites e pecuniária
Dos feiticeiros	Morte natural ou açoites e degredo
Dos que benzem cães ou bichos sem autoridade do Rei ou dos prelados	Degredo ou açoite e pecuniária
Dos que fazem vigílias em Igrejas ou vódos fora delas	Prisão e pecuniária
De crime de lesa majestade	Morte natural cruel e infâmia. Confisco de bens
Dos que dizem mal do Rei	Arbitrária até morte natural
Dos que abrem as cartas do Rei ou da rainha ou se outras pessoas	Morte natural, açoites ou degredo
Das pessoas do Conselho do Rei e Desembargadores que descobrem o segredo	Morte natural e infâmia ou degredo
Do que diz mentira ao Rei em prejuízo de alguma parte	Degredo e pecuniária
Do escrivão, que não põe a subscrição confirme a substância da carta ou provisão para o Rei assinar	Degredo e confisco de bens
Dos que fazem moeda falsa ou a despendem e dos que cerceiam a verdadeira ou a desfazem	Morte natural de fogo e confisco de bens. Morte natural e degredo
Dos que cometem pecado de sodomia, e com alimárias	Morte natural de fogo e infâmia. Confisco de bens

Do infiel que dorme com alguma cristã e o cristão que dorme com infiel	Morte natural
Do que entra em mosteiro ou tira freira ou dorme com ela ou a recolhe em casa	Morte natural, açoites ou degredo. Confisco de bens
Do que dorme com a mulher que anda no paço ou entra em casa de alguma pessoa para dormir com mulher virgem ou viúva honesta ou escrava branca de guarda	Açoites ou degredo. Confisco de bens
Dos que dormem com suas parentas e afins	Morte natural por fogo ou degredo
Do que dorme por força com qualquer mulher ou trava dela ou a leva por sua vontade	Morte natural ou degredo
Do homem que casa com duas mulheres e da mulher que casa com dois maridos	Morte natural
Do oficial do Rei que dorme com mulher que perante ele requer	Degredo e perdimento do ofício
Dos que dormem com mulheres órfãs ou menores que estão a seu cargo	Degredo e pecuniária. Perdimento do ofício
Do que casa com mulher virgem ou viúva que estiver em poder de seu pai, mãe, avô ou Senhor, sem sua vontade	Degredo e perdimento dos bens
Do que dorme com mulher virgem ou viúva honesta por sua vontade	Degredo ou açoites e pecuniária
Do que casa ou dorme com parenta, criada ou escrava branca daquele com quem vive	Morte natural ou degredo
Do que dorme com mulher casada	Morte natural ou degredo
Do que dorme com mulher casada de feito e não de direito ou que está em fama de casada	Morte natural ou degredo
Que nenhum homem cortesão ou que costume andar na Corte traga nela barregã	Degredo e confisco de bens
Dos barregueiros casados e de suas barregãs	Degredo e confisco de bens

Das barregãs dos clérigos e de outros religiosos	Degredo, açoites e pecuniária
Dos alcoviteiros e dos que em suas casas consentem as mulheres fazerem mal de seus corpos	Morte natural, açoites ou degredo. Confisco dos bens
Dos rufiães e mulheres solteiras	Açoites e degredo. pecuniária.
Do homem, que se vestir em trajes de mulher ou mulher em trapos de homem e dos que trazem máscaras	Degredo e açoites. Prisão e pecuniária.
Dos que matam ou ferem ou tiram com arcabuz ou besta	Morte natural, açoites ou degredo. Mão cortada. Confisco de bens.
Das s pecuniárias dos que matam, ferem ou tiram arma na Corte	Açoites ou degredo e pecuniária. Mão cortada.
Do que matou sua mulher por a achar em adultério	Não penalizado, degredo ou morte natural
Dos que arrancam [arma] em presença do Rei ou no Paço ou na Corte	Morte natural ou degredo. Mão cortado. Confisco de bens
Dos que arrancam [arma] em Igreja ou procissão	Degredo e pena do crime
Do escravo ou filho que arrancar arma contra seu senhor ou pai	Morte natural cruel ou açoites. Mão cortada
Dos que ferem ou injuriam as pessoas com quem trazem demandas	Pena do crime e arbitrária
Dos que fazem desafio	Degredo ou açoites e perdimento dos bens
Dos que nos arruídos chamam outro apelido senão o do Rei	Degredo
Dos que fazem assuada ou quebram portas ou as fecham de noite por fora	Morte natural, açoites ou degredo. Pecuniária
Dos que vêm de fora do reino em assuada a fazer mal	Morte natural, açoites ou degredo
Que nenhuma pessoa traga consigo homens escudados	Pecuniária ou degredo

Dos que tiram os presos do poder da Justiça, ou das prisões em que estão e dos presos que assim são tirados ou fogem da cadeia	Morte natural e confisco dos bens. Açoites ou degredo.
Dos que resistem, ou desobedecem aos oficiais da justiça, ou lhes dizem palavras injuriosas	Morte natural ou degredo e confisco de bens. pecuniária
Dos que fazem ou dizem injúrias aos julgadores ou a seus oficiais	Arbitrária
Do que levanta volta em juízo perante a justiça	Morte natural ou arbitrária
Dos que falsificam sinal ou selo do Rei ou outros sinais autênticos ou selos	Morte natural ou degredo e confisco de bens
Dos que fazem escrituras falsas ou usam delas	Morte natural ou degredo e perdimento dos bens
Do que disser testemunho falso e do que o faz dizer ou comete que o diga ou usa dele	Morte natural, açoites ou degredo e perdimento dos bens
Dos partos supostos	Degredo e perdimento dos bens
Dos ourives que engastam pedras falsas ou contrafeitas ou fazem falsidades em suas obras	Morte natural ou degredo e confisco de bens
Dos que falsificam mercadorias	Morte natural ou degredo
Dos que medem ou pesam com medidas ou pesos falsos	Morte natural ou degredo
Dos que molham ou lançam terra no pão, que trazem ou vendem	Morte natural ou degredo
Dos furtos e dos que trazem artifícios para abrir portas	Morte natural, açoites ou degredos. Pecuniária e arbitrária
Dos que tomam alguma coisa por força	Morte natural, açoites ou degredo. Pecuniária e arbitrária.
Da , que haverão os que acham escravos, aves ou outras coisas, e as não entregam a seus donos, nem as apregoam	Arbitrária (pecuniária)

Dos que dão ajuda aos escravos cativos para fugirem ou os encobrem	Açoites ou degredo e pecuniária
Como os estalajadeiros são obrigados aos furtos e danos que em suas estalagens se fazem	Pecuniária do furto
Dos burlões e aliciadores e dos que se levantam com fazenda alheia	Morte natural, açoites ou degredo. Confisco de bens
Dos Mercadores que quebram: E dos que se levantam com fazenda alheia	Morte natural ou degredo
Dos que arrancam marcos	Açoites ou degredo. Pecuniária
Dos vadios	Açoites ou degredo. Arbitrária
Que não entrem no reino ciganos, arménios, arábios, persas nem mouriscos de granada	Açoites e degredo para galés
Que os escravos não vivam por si e os negros não façam bailes em Lisboa	Açoites, prisão e pecuniária
Dos oficiais do Rei que recebem serviços ou peitas e das partes que lhes dão ou prometem	Morte natural ou degredo. Pecuniária, perdimento do ofício e dos bens
Da que haverão os oficiais que levam mais do conteúdo do seu Regimento e que os que não tiverem Regimento o peçam	Degredo e pecuniária. Perdimento do ofício
Dos almoxarifes, rendeiros e jurados que fazem avença	Açoites, degredo e pecuniária
Dos oficiais do Rei que lhe furtam ou deixam perder sua fazenda por malícia	Pena do furto e pecuniária. Perdimento do ofício
Dos que cortam árvores de fruto ou sobreiros ao longo do Tejo	Açoites, degredo e pecuniária
Dos que compram pão para revender	Açoites, degredo e pecuniária
Dos que compram vinho ou azeite para revender	Prisão e pecuniária
Dos que compram colmeias para matar abelhas e dos que	Açoites ou degredo e pecuniária

matam bestas	
Dos que são achados depois do sino de recolher sem armas, e dos que andam embuçados	Degredo, prisão e pecuniária
Das armas que são defesas e quando se devem perder	Morte natural, açoites, degredo ou prisão. Pecuniária.
Dos que dão músicas de noite	Prisão e pecuniária
Dos que jogam dados ou cartas ou as fazem ou vendem, ou dão tabolagem, e de outros jogos defesos	Açoites ou degredo e pecuniária
Que nenhuma pessoa se concerte com outra para lhe fazer despachar algum negócio na Corte	Degredo e pecuniária
Das cartas difamatórias	Arbitrária
Dos mexeriqueiros	Arbitrária
Dos que põem fogos	Morte natural, açoites ou degredo. Pecuniária
Dos daninhos e dos que tiram gado ou bestas do curral do concelho	Açoites ou degredo e pecuniária
Das caças e pescarias defesas	Açoites ou degredo e pecuniária
Que ninguém tenha em sua casa rosalgar nem o venda, nem outro material venenoso	Degredo e confisco dos bens. Arbitrária
Que não façam vódas, nem batismos de fogaça nem os amos peçam por causa de seus criados	Açoites ou degredo
Que nenhuma pessoa faça coutadas	Degredo ou perda de jurisdição
Dos que tomam insígnias de armas e dom ou apelidos que lhes não pertencem	Degredo e confisco de bens e privilégios
Que não tragam hábitos nem insígnias das Ordens Militares em jogos ou em máscaras	Degredo ou prisão e pecuniária
Dos mouros e judeus que andam sem sinal	Prisão e pecuniária

Dos que fazem cárcere privado	Açoites ou degredo e pecuniária
Dos que sendo apercebidos para servir por cartas do Rei o não fazem ao tempo ordenado	Degredo e perdimento de bens e privilégios
Dos que fogem das armadas	Degredo e perdimento de bens. Pecuniária
Que os naturais deste reino não aceitem navegação fora dele	Degredo e perdimento dos bens
Que os que tiverem escravos de Guiné os batizem	Perdimento do escravo
Das coisas que se não podem trazer por dó	Degredo e pecuniária
Que não haja alfeloeiros nem obreiros	Prisão e açoites
Que se não imprimam livros sem licença do Rei	Pecuniária e confisco dos livros
Que não peçam esmola para invocação alguma sem licença do Rei	Prisão e confisco das esmolas
Que os prelados e fidalgos não açoitem malfeitores em seus coutos, honras, bairros ou casas e dos vereadores que se acolhem a elas	Degredo, perdimento do ofício e pecuniária
Dos que encobrem os que querem fazer mal	Pena do delito
Que coisas do trato da Índia e Mina, e Guiné se não poderão ter nem tratar delas	Açoites ou degredo e perdimento dos bens
Dos que sem licença do Rei vão ou mandam à Índia, Mina, Guiné e dos que indo com licença não guardam seus Regimentos	Morte natural, degredo ou açoites e perdimento dos bens
Que nenhuma pessoa vá à terra de mouros sem licença do Rei	Degredo e perdimento dos bens
Das coisas que são defesas levarem-se a terras de mouros	Degredo e perdimento dos bens
Que se não resgatem mouros com ouro, prata ou dinheiro do Reino	Pecuniária e perdimento do escravo

Dos cristãos novos e mouros e cristãos mouriscos que se vão para terra de mouros ou para as partes de África e dos que os levam	Morte natural ou degredo e perdimento dos bens
Das coisas, que se não podem levar fora do reino sem licença do Rei	Degredo e perdimento dos bens. Pecuniária
Que não se tire ouro, prata, nem dinheiro para fora do Reino	Morte natural e perdimento dos bens
Dos que vendem naus ou navios a estrangeiros ou lhos vão fazer fora do Reino	Prisão arbitrária e perdimento dos bens
Da passagem dos gados	Degredo e perdimento dos bens