

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL POSITIVADO NO BRASIL

Leandro Santos CHAVES¹
Cláudio José Palma SANCHEZ²

RESUMO: Visto que o Direito Penal evolui junto com o ser humano, para que possamos compreender o atual ordenamento jurídico de nosso país, é mister fazermos um recorte histórico de como ele nasceu e caminhou até chegar ao que conhecemos hoje: Das velhas Ordenações aos Códigos disseminadores dos Direitos Humanos, uma viagem pela história do Direito Penal Brasileiro é um convite ao entendimento da própria base jurídico-social de nossa nação. E este é o objetivo deste programa.

Palavras-chave: Direito. Direito Penal. Código Criminal Imperial. Ordenações do Reino Português. Evolução do Direito Penal Positivo.

1 INTRODUÇÃO

Desde os mais remotos tempos, quando o ser humano desenvolveu o dom ímpar da razão, abandonou o nomadismo e deu início aos primeiros núcleos sociais, percebeu, desde logo, que o que foi criado como um meio de defesa e desenvolvimento não impediu que o homem deixasse de revelar seu lado instintivo, que é a agressividade. Teve de aprender a conviver com o crime e deu origem ao Direito Penal, cujo supremo objetivo é promover a paz social e a defesa da coletividade.

À medida que cresciam as concentrações humanas, verificou-se que era necessário tornar pública e levar ao alcance de todos o que a maior parte destes contingentes consideravam condutas lesivas e prejudiciais ao bem coletivo. Surgiram então os primeiros tratados de Direito Penal, estabelecendo como cada indivíduo deveria agir para não lesar a organização e a paz social, bem como as

¹ Discente do 1º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: leandrochaves@unitoledo.br

² Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Direito. e-mail: palma@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

punições aplicáveis aos infratores, dos quais podemos citar o Código de Hamurábi, a Lei das XII Tábuas e, segundo alguns, a própria Bíblia.

Mas assim como o homem, também o Direito Penal evoluiu, sendo ora visto como um meio de vingança privada, ora como intervenção divina na Terra, ora como um privilégio concedido ao Estado, único detentor do poder coercitivo capaz de pô-lo em prática, visão que permanece até os dias atuais. E não poderia ser de outra forma: nas sábias palavras de Magalhães Noronha, “o Direito Penal surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”³.

E surge daí a importância de compreendermos como este tão importante ramo do Direito Público, próprio regulador da ordem nacional, teve início e evoluiu no Brasil. Empreendermos um recorte histórico para entender como funcionava a máquina estatal responsável por sua aplicação e quais os Códigos que possibilitaram o estabelecimento do Princípio da Legalidade e da Anterioridade da Lei Penal, levando ao bojo da sociedade o que nossa nação considerava “crime”, desde o descobrimento do Brasil, quando de fato iniciou-se a aplicação do Direito Penal positivo em nosso território.

2 LEGISLAÇÕES COLONIAIS: AS ORDENAÇÕES DO REINO DE PORTUGAL

Desde o descobrimento até a Proclamação da Independência, Portugal aplicou na então colônia as leis vigentes na metrópole. E nesta época, todo o Ordenamento Jurídico português estava consubstanciado nas “Ordenações do Reino”, cujos títulos faziam menção ao monarca que as havia instituído.

As Ordenações eram basicamente coletâneas das leis existentes em Portugal, que versavam sobre Direito Público, Privado e Canônico (dada a importância da Igreja Católica no período), bem como questões relacionadas à diplomacia e à sucessão do trono. As Ordenações regularam o Direito Penal

³ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>. Acesso em 21/03/2009.

brasileiro até a promulgação do Código Criminal do Império em 1830. No âmbito civil, vigoraram até a instituição do primeiro Código Civil Brasileiro, em 1916.

Ao todo, três Ordenações exerceram influência no Brasil: as Ordenações Afonsinas (1500 – 1514), em um breve período, sendo muito pouco utilizadas; as Ordenações Manuelinas (1514 – 1603), sob a égide das quais teve início a organização judiciária brasileira, em 1532; e as Ordenações Filipinas (1603 – 1830), as de maior duração, que regeram o Direito Português e Brasileiro em uma época de renovações, revoluções e descobertas nunca antes imaginadas possíveis.

Um recente levantamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia revela que as ações mais comuns ajuizadas nos primórdios do Judiciário brasileiro e na vigência das Ordenações, eram a “ação de liberdade, pela qual um conjunto ou um escravo buscava sua libertação do seu “dono”; ação de manutenção de liberdade, por meio da qual um liberto procurava a Justiça para manter seu status, porque temia a re-escravização; ação de escravidão de autoria do proprietário de escravo, sob alegação de que tal ou qual cidadão passava indevidamente por livre sem ser. Discutia-se, nesta demanda, a legitimidade da passagem da liberdade para o estado de escravidão do servo. Arguia-se a condição de escravo e a propriedade do autor da questão. Havia também ações judiciais reclamando prejuízo pela compra deste ou daquele escravo”⁴.

2.1 As Ordenações Afonsinas

Durante o reinado de D. João I, a falta de organização e sistematização das leis existentes em Portugal chegou a um nível alarmante, tendo a própria corte formulado queixas sucessivas quanto à deplorável situação jurídica do país. Delegou então o monarca ao corregedor João Mendes a tarefa de proceder à desejada reforma, compilando as leis fundamentais em um único programa. A tarefa foi, posteriormente, para as mãos do jurista Rui Fernandes, que finalmente completou a

⁴ Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/400anos/noticias.wsp?tmp.id=54>. Acessado em 26/07/2009.

obra em Julho de 1446, já no reinado de D. Afonso V, que a revisou juntamente com Lopo Vasques, Luís Martins e Fernão Rodrigues. Após algumas reformas e acréscimos, as “*Ordenações d’el-rei D. Afonso V*” entraram em vigor poucos anos depois.

Organizadas em cinco livros, as Ordenações estavam longe de constituir um Ordenamento completo: muitos institutos do Direito foram esquecidos ou excepcionalmente lembrados. Ademais, seu enorme volume tornava as impressões lentas e extremamente onerosas, dificultando sua difusão pelas Cortes de Justiça do país. O Livro V era o que tratava de Direito Penal e Processual Penal. René Ariel Dotti, citando César Trípoli e sua obra “História do direito brasileiro – Época colonial”, o descreve como “um vasto acervo de incongruências e maldades, muitas delas incompatíveis com o relativo progresso daquele tempo”⁵.

Quanto às medidas que afetavam a liberdade, a *servidão penal* era muito usada nos casos em que judeus e mouros se faziam passar por cristãos: e nestes casos, os ofendidos podiam tomá-los como escravos. A *prisão*, prevista com frequência, tinha precipuamente função preventiva, numa tentativa de evitar uma eventual fuga do autor do crime até seu julgamento, além de ser um meio de obrigar o agente a pagar as penas pecuniárias.

Havia ainda a pena capital, *morte*, cominada em grande quantidade de crimes, como o homicídio, o estupro, o adultério (quando não perdoado pelo ofendido. O adultério era severamente punido desta forma por ser entendido como uma afronta à família, aos costumes e, principalmente, às instituições cristãs) e os crimes de lesa-majestade, bem como o *degredo* e o *banimento* para as colônias portuguesas recém descobertas, dentre elas, as ilhas na costa oeste da África e o Brasil. Por exemplo: pregavam as Ordenações que, se fosse provado que o marido consentira no adultério cometido por sua esposa, seriam ambos açoitados publicamente, trazendo cada um, na cabeça, uma guirlanda de chifres. Em seguida, seriam banidos perpetuamente para o Brasil⁶. *Mutilações* e *Açoites* completavam o arsenal repressor do mais antigo ordenamento jurídico brasileiro.

⁵ DOTTI, René Ariel. Casos Criminais Célebres. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 279.

⁶ Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/19429/1/ordenacoes-do-reino---raizes-culturais-do-direito-brasileiro/pagina1.html>. Acesso em 26/07/2009.

2.2 As Ordenações Manuelinas

Meio século após a promulgação das Ordenações Afonsinas, já no início do século XVI, o rei D. Manuel I de Portugal, “O Venturoso”, buscava uma modernização das instituições jurídicas portuguesas, talvez para somá-las às glórias de seu reinado. O preâmbulo das Ordenações que mandou criar deixa claras suas intenções: “retirar todo o sobejo e o supérfluo, e adendo no minguado, suprimindo os defeitos, concordando as contrariedades, declarando o escuro e difícil de maneira que assim dos letrados como de todos se possa bem perfeitamente entender”⁷. Elaboradas pelo chanceler-mor do Reino, Rui Boto, as “*Ordenações d’el-rei D. Manuel I*” foram editadas pela primeira vez entre março e dezembro de 1514.

A modernização, porém, não foi realmente significativa: a estrutura era semelhante às Ordenações Afonsinas, possuindo cinco livros, dos quais o último era tocante ao Direito Penal e Processual Penal; as penas permaneceram, com poucas alterações. Significativas mesmo foram as alterações no tocante aos povos judeus, que tiveram toda a sua legislação especial revogada, visto que haviam sido expulsos do Reino em 1496, e as regras de execução penal, especialmente no caso das penas privativas de liberdade, que passaram a ter regras próprias.

As prisões eram arbitrárias e ficava a critério do monarca fixá-las para cada caso. A pena de morte, por sua vez, continuava a ocorrer com a mesma frequência, operando-se das mais variadas formas, como pela mutilação física, com uso da espada, pelo esquartejamento, em fogueira, com o amarro do corpo em boca de canhão e etc...

Sob a égide das Ordenações Manuelinas, foram instaladas as primeiras instituições jurídicas do Brasil, por meio da instituição das Capitânicas Hereditárias, em 1532.

⁷ Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2125>. Acesso em 21/04/2009.

2.3 As Ordenações Filipinas

Ao assumir o trono de Portugal em 1580, o rei Filipe II da Espanha empreendeu uma verdadeira reforma jurídica no país, adequando-as ao período e tornando-as, em parte, semelhante ao ordenamento espanhol. O projeto foi entregue em 1595, mas sua vigência teve início apenas em 11 de janeiro de 1603.

Também organizadas em cinco livros, as Ordenações Filipinas remodelaram as velhas Ordenações Manuelinas, acrescentando a elas as Leis Extravagantes formuladas durante todo o século XVI e mais algumas criadas pelos legisladores encarregados de sua elaboração. Estes, buscaram inspiração para o projeto no Código de Justiniano, em vigor no período romano. Mesmo assim, as “*Ordenações d’el-rei D. Filipe II*” mostraram tamanha eficiência e adaptação às cortes portuguesas, que mesmo após o fim da União Ibérica e a ascensão de D. João IV ao trono, em 1640, elas continuaram a reger o Direito português.

Contudo, as Ordenações Filipinas trouxeram consigo uma enorme centralização do Poder Judiciário nas mãos do monarca, além de um elenco de sanções corporais extravagantes e excessivamente ferozes, que por sua vez estavam consubstanciadas na absurda quantidade de tipos penais. Narram as crônicas que, certa vez, um rei africano, ao ler o vasto catálogo de infrações que as Ordenações descreviam, estranhou que nelas não se cominasse pena para quem andasse descalço⁸. Da mesma forma, o rei Frederico II da Prússia teria indagado, ao tomar conhecimento do Livro V das Ordenações, se ainda havia alguém vivo em Portugal⁹, tamanho o uso da pena de morte (cominadas em mais de 70 casos) e do terror punitivo que causavam. Como a própria Câmara Mista que analisou o projeto do Código Criminal de 1830 declarou dois séculos mais tarde:

“As Ordenações Filipinas não passavam de um acervo de leis desconexas, ditadas em tempos remotos, sem conhecimento dos verdadeiros princípios e influenciadas pela superstição e prejuízos, igualando as de Drácon na barbárie, excedendo-se na qualificação obscura dos crimes, irrogando

⁸ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 281.

⁹ Disponível em: <http://historia.abril.com.br/politica/pena-morte-lei-mata-434761.shtml>. Acesso em 26/07/2009.

penas a faltas que a razão humana nega a existência e outras que estão fora do poder civil”¹⁰.

Aliado a isso, as Ordenações trouxeram certos privilégios para os fidalgos, cavaleiros, desembargadores, burocratas e pessoas de alto nível, excluídas das chamadas “penas vis”, como o açoitamento em público, em antinomia a uma total imposição do “Direito Penal do Terror” aos hereges, apóstatas, feiticeiros, benzedeiros e uma infinidade de “pessoas perigosas” à integridade política e religiosa do Reino, além dos escravos, que eram vítimas de reprimendas ainda mais violentas. As sanções iam do *suplício à morte*, do *banimento à tortura*, da *privação da liberdade à mutilação*, todas executadas com rigores demasiados até para a época, tais como a marcação com ferro em brasa e os açoites.

Os suplícios, muito utilizados não só em Portugal, mas em toda a Europa da Idade Moderna, principalmente na França, tiveram expressiva atuação nas Ordenações Filipinas. De acordo com Michel Foucault, suplício é uma “pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento”¹¹. O uso do suplício, nas suas mais variadas formas, estava associado à idéia de reconstrução do poder monárquico, sendo que os estudiosos e penalistas da época acreditavam que em cada criminoso, existia um regicida em potencial:

“O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstruir a soberania lesada por um instante. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todo-poderoso que faz valer sua força”¹².

Sucessivos Alvarás (como o de 1770) e Cartas Régias (como as de 1757 e 1759) tornaram as Ordenações mais rigorosas no tocante aos crimes de lesa-majestade e a sonegação de impostos. Assim, a história brasileira assistiu sob a égide das terríveis Ordenações Filipinas, ao célebre processo da Inconfidência Mineira, que culminou com o enforcamento de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, e no banimento de vários outros líderes na insurreição, em um dos maiores e mais polêmicos casos jurídicos nacionais.

¹⁰ DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 288.

¹¹ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 17 ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 31.

¹² FOUCAULT, Michel, Op. cit. p. 42.

Durante a vigência das Ordenações Filipinas foi criado o primeiro Tribunal do continente Americano, o Tribunal de Relação do Estado do Brasil, em 7 de março de 1609. Com sede em Salvador, a Relação era a suprema corte em território brasileiro, inferior apenas à Casa de Suplicação de Portugal. Ainda sob este ordenamento, foram criados os Tribunais de Relação do Rio de Janeiro, do Maranhão e de Pernambuco. Após a vinda do monarca português D. João VI, as Ordenações Filipinas assistiram o Rio de Janeiro tornar-se sede do Império Português e a modernização das instituições judiciárias brasileiras e a tão esperada Proclamação da Independência.

3 O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

A Independência do Brasil, em 1822, aliada aos movimentos filosóficos e culturais trazidos pelo século das luzes no âmbito penal, principalmente a publicação, em 1764 do livro “Dos Delitos e Das Penas”, de Cesare Beccaria, no qual é latente a defesa de que a reprimenda deve ser “pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstancias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”¹³, despertaram na população brasileira e em seus novos governantes a sede de uma nova legislação penal, mais moderna e liberta das velhas ideologias portuguesas, de forma a projetar no campo jurídico as mudanças ocorridas em nossa grande nação. As Ordenações Filipinas, entretanto, vigoraram até 1830.

A Constituição Imperial de 1824 determinava em seu art. 179 § 18 a organização “o quanto antes de um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”. Nos dispositivos seguintes, a Constituição protegia as liberdades públicas e direitos individuais, bem como aboliu as penas cruéis como a marcação com ferro em brasa, a tortura e os açoites. Estabeleceu que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, devendo haver várias casas para a

¹³ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.107.

separação dos réus conforme o delito que lhes é imputado. Finalmente, vedou as perseguições religiosas e a prisão de indivíduos sem prévia culpa formada, proclamando a inviolabilidade do domicílio e o Princípio da Personalidade da pena. A pena capital, morte, contudo, deveria ser mantida. Igualmente importante: a Constituição estabelecia como prioridade a criação de cursos de Direito no Brasil, sendo criadas três anos depois as Academias de Direito de São Paulo e Olinda, que posteriormente foi transferida para Recife.

Atendendo aos requisitos estampados na Carta Constitucional, os deputados Bernardo Pereira de Vasconcellos e Clemente Pereira apresentaram dois projetos para o Código Criminal em maio de 1827. Entregues à Comissão da Câmara, esta os analisou e, por encontrar em ambos inúmeras qualidades, fundiu-os em um só. Alegando ser preferível o dano da demora que o das imperfeições, os deputados reavaliaram o projeto inúmeras vezes, sendo que na sessão de 22 de outubro de 1830 deram-no por aprovado. D. Pedro I sancionou-o em 16 de dezembro do mesmo ano, tendo entrado em vigor a 8 de janeiro do ano seguinte.

Inspirado nos modernos Códigos Criminais da Áustria, França, Baviera, Nápoles, Parma e Espanha, com fortes influências liberais e humanitárias, o Código Criminal do Império tornou-se um documento invejável pelas demais nações do mundo, pela valorização da dignidade e da cidadania nacionais. No tocante à sua sistemática, não havia no Código as partes Geral e Especial, sendo que seus 313 artigos foram distribuídos em quatro títulos: Dos crimes e das penas (arts. 1º ao 67); Dos crimes públicos (arts. 68 ao 178); Dos crimes particulares (arts. 179 ao 275); e Dos crimes policiais (arts. 276 ao 313)¹⁴.

A privação da liberdade passou a ser utilizada cada vez mais como alternativa para as sanções corporais. A pena de morte era prevista em três casos: homicídio agravado, latrocínio e insurreição de escravos. Completavam a lista de reprimenda as *galés*, a *prisão com trabalho* (que poderia ser de caráter perpétuo), a *prisão simples*, o *banimento*, o *degredo*, o *desterro*, a *multa*, a *suspensão do emprego* e a *perda do emprego* (como alternativas à pena privativa de liberdade) e os *açoites* (apenas para escravos, mas abolidos em 1886). Quanto às regras de execução das penas, algumas estavam elencadas no próprio Código Criminal,

¹⁴ Disponível em: <http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5217.htm>. Acesso em 26/07/2009.

enquanto outras vieram com o Código de Processo Criminal de 1832, revisado em 1841.

3.1 O “Caso Motta Coqueiro” E O Fim Da Pena De Morte No Brasil

Na chuvosa noite do dia 12 de setembro de 1852, em uma fazenda do norte fluminense, oito colonos da família de Francisco Benedito da Silva foram brutalmente assassinados a golpes de foice, facão e bastão. Apenas a filha Francisca, grávida, conseguiu escapar. Manoel da Motta Coqueiro, rico proprietário da fazenda, então com 53 anos e certa projeção social é acusado de ser o mandante do crime, pois havia tido um caso extraconjugal com Francisca, disso resultando a gravidez. Tendo se negado a reconhecer a criança, o pai da moça foi procurá-lo e ambos discutiram ferozmente. Poucos dias depois, Francisco e sua família estavam mortos.

Rapidamente iniciou-se um movimento incriminador por parte dos muitos inimigos de Coqueiro, movimento este que acabou por deturpar e negligenciar as investigações policiais, que acabaram indiciando o fazendeiro e mais dois escravos como autores do crime. O caso teve ampla repercussão e chocou o país, tanto porque o réu tratava-se de um homem branco livre e rico, tanto pela barbárie da execução do delito.

Sempre afirmando inocência, Manoel entrou para a História como a “Fera de Macabu”. Julgado duas vezes, em ambas o Júri decretou-lhe a pena capital. Recorrendo da decisão, o Supremo Tribunal de Justiça negou o pedido e manteve a sentença de Primeira Instância. Restava apenas a Graça Imperial, que autorizava o imperador a comutar penas de morte para galés perpétuas. Entretanto, D. Pedro II, indignado com o caso, nega-lhe sua Graça. Manoel foi enforcado em praça pública no dia 6 de março de 1855, alegando inocência até o fim, diante de uma multidão boquiaberta.

Pouco tempo após a execução, entretanto, por confissão dos próprios escravos, indiciados como co-autores e que intercorrentemente haviam conseguido esquivar-se à aplicação da Justiça, ficou demonstrado o inteiro alheamento de Motta Coqueiro ao crime, pois foi sua segunda esposa, Úrsula das Virgens Cabral, que, movida por intenso ciúme, é quem concebera o plano sinistro e fornecera as armas aos dois escravos que executaram o delito. Um inocente havia sido morto. Úrsula falecera um ano depois do marido, completamente louca. René Ariel Dotti, citando uma publicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra acerca da pena de morte, datada de 1967, assim descreve o desfecho do episódio e suas implicações na aplicação da Justiça no Brasil:

“Foi tal o abalo que o caso produziu na opinião pública, e tal o clamor suscitado contra a pena de morte por sua irreparabilidade quando resulta de equívoco da Justiça, que o imperador D. Pedro II, usando de seu Poder Moderador, passou a comutar, sistematicamente, a pena capital na de galés, apegando-se, para tanto, a qualquer circunstancia favorável ao condenado, ainda que sem maior comprovação. Desde então, até a queda do Império, ninguém mais subiu à forca”¹⁵.

A pena de morte foi finalmente abolida no Código Penal de 1890, com supedâneo na Constituição Federal do ano seguinte.

4. PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E O CÓDIGO PENAL DE 1890

Proclamada a República pelo Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, o governo chefiado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca estabeleceu de imediato as regras que os Estados-membros deveriam seguir.

Em virtude da transformação pela qual passava o Brasil, face às enormes transições políticas e institucionais, com repercussões sentidas em todos os segmentos da sociedade, Joaquim Nabuco apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de uma nova legislação penal a ser instituída no país. O projeto,

¹⁵ DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 337.

baseado, principalmente, no Código Penal Suíço de 1884, eliminava muitos tipos penais que existiam no antigo Código do Império, especialmente os referentes aos escravos, já que a escravatura havia sido abolida em 1888. Outra inovação era a mudança de nome do ordenamento: Código Penal, e não Código Criminal. O então Ministro da Justiça, Manuel Ferraz de Campos Salles, ordenou que o Conselheiro Baptista Pereira revisasse o projeto de Nabuco e, após algumas alterações e emendas, o novo Código aprovado entrou em vigor através do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

Antes mesmo de o novo Código entrar em vigor, o Governo baixou o Decreto nº 774 de 20 de setembro de 1890, que extinguiu as galés, reduziu ao máximo de 30 anos as prisões perpétuas e estabeleceu que deveria computar-se na pena o período da prisão preventiva. O Código Penal de 1890 não previa as medidas de segurança, que só seriam introduzidas no atual Código Penal brasileiro, de 1940.

Classificadas em principais (mais severas) e acessórias (mais brandas), as penas previstas eram a *prisão celular*, a *reclusão*, a *prisão com trabalho obrigatório*, a *prisão disciplinar*, o *banimento*, a *interdição*, a *suspensão e perda de serviço público* e a *multa*, fixada em dias. O Código republicano declarava expressamente que não deveria haver penas infamantes e que a prisão não deveria exceder 30 anos, além de abolir definitivamente a pena de morte, como, aliás, previu a Constituição promulgada quatro meses depois. Por fim, adotou os Princípios de Personalidade e Personificação da pena, demonstrando forte influência do Positivismo Jurídico do século XIX.

Um aspecto que deve ser ressaltado é que a abolição da pena de morte e do caráter perpétuo das sanções foi recebido com reservas por parte de juristas renomados no país à época, como Galdino Siqueira e A. J. da Costa e Silva. Segundo René Ariel Dotti, estes penalistas:

“Entendiam que a eliminação da pena de morte pelo sistema anticriminal reclamava um sucedâneo adequado para proteger os interesses sociais lesionados pelos grandes assassinos, os delinquentes de índole ou estado, cuja incorrigibilidade e temibilidade se patenteassem”¹⁶.

¹⁶ DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 296

Como tal sucedâneo aparentemente não seria proporcionado pelo Estado, surgiram as críticas. Apesar destas, as previsões punitivas do novo Código foram mantidas conforme sua elaboração.

No decorrer do século XX, por várias vezes tentou-se reformar o Código Penal de 1890, especialmente após a tomada do poder por Getúlio Vargas, a consolidação das leis penais de 1932 e a imposição do Estado Novo, com as Constituições de 1934 e 1937. Vários projetos foram apresentados por renomados juristas, dentre eles, Alcântara Machado. Seu anteprojeto de Código Penal, detendo 132 artigos, foi concluído em 15 de maio de 1938. Prevendo sanções de *reclusão*, *detenção*, *segregação* e *multa*, foi considerado de excelência tamanha que ao invés de servir de nova redação ao velho Código, acabou por transformar-se em um novo.

5. DECRETO-LEI Nº. 2.848 DE 07-12-1940: NOSSO CÓDIGO PENAL

No auge da Ditadura Vargas, Alcântara Machado elaborou um anteprojeto de Código Penal que incorporava as tendências jurídicas e humanistas recentes, trazendo o que de melhor havia nos ensinamentos de Nélon Hungria, Vieira Braga, Marcelio de Queiroz e Roberto Lyra, com colaborações de Costa e Silva e Abgar Renault para a revisão e redação final do projeto, em um processo que durou aproximadamente dois anos.

Salienta o professor Manoel Pedro Pimentel, citado por René Ariel Dotti no livro “Casos Criminais Célebres” que este projeto, “como os outros anteriores a ele, é marcado por linhas de tecnicismo jurídico ou pelos postulados do neopositivismo jurídico, o qual não mais guardava qualquer semelhança com o positivismo naturalista”¹⁷. Como declarou também o próprio Nélon Hungria, “houve no projeto a marginalização da criminologia em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas ciências criminológicas”¹⁸. Os dois juristas muito trabalharam no sentido de sanar o que consideravam irregular no Código a ser

¹⁷ DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 306.

¹⁸ Id. Ibidem, p. 306.

promulgado, obtendo sucesso e contribuindo de maneira única para o êxito do projeto.

Apesar de a Constituição de 1937 ter autorizado a utilização da pena de morte fora do âmbito militar para certos crimes políticos e homicídio qualificado, Alcântara Machado não a cominou para nenhum tipo penal: preocupou-se apenas em criar dispositivos na Parte Geral que possibilitassem a comutação de uma pena de morte em sanções mais brandas, deixando a critério do Governo a escolha pela utilização ou não da temida reprimenda. Como se verificou depois, esta sanção realmente não foi utilizada e nem necessária.

Mesmo com o Congresso fechado por ocasião do Estado Novo, o projeto, após a devida revisão (que inseriu, retirou e alterou certos dispositivos), foi aprovado e sancionado por Getúlio Vargas através do Decreto-Lei nº. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Publicado no Diário Oficial da União em 31 de dezembro do mesmo ano, entrou em vigor a 1º de janeiro de 1942.

A *reclusão* (cominada em no máximo 30 anos para cerca de 130 tipos penais) e a *detenção* (cominada em no máximo três anos para cerca de 170 casos) constituíam as penas privativas de liberdade, reservada a *prisão simples* para as Contravenções Penais, exauridas em Decreto-Lei posterior. Juntamente com a *multa*, completava o elenco das penas principais. Note-se que havia pouquíssimas possibilidades de uma pena de multa substituir uma privativa de liberdade. As penas acessórias, por seu turno, consistiam na *perda de função pública*, *interdições de direitos* e *publicação da sentença*. Para as contravenções, funcionavam como penas acessórias a *interdição de direitos* e a *publicação da sentença*. Era admitida a possibilidade de aplicação de uma pena principal cumulada com uma acessória.

O Código Penal de 1940 trouxe ainda para o âmbito do Direito Penal as chamadas *medidas de segurança*, para os inimputáveis ou semi-imputáveis, consistentes em medidas detentivas, quais sejam, a internação em manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento, em colônia agrícola ou instituto de trabalho de reeducação ou de ensino profissional, e não detentivas, que seriam a liberdade vigiada, proibição de freqüentar determinados locais e o exílio local. A distribuição dos tipos de autor (inimputáveis ou semi-inimputáveis) era, contudo, confusa, inapropriada e pouco prática. Ao mesmo tempo, vigorava o sistema do

duplo-binário, que permitia a imposição sucessiva de uma pena mais a medida de segurança para o condenado de periculosidade presumida.

Várias Leis Ordinárias reformularam o Código Penal no decorrer dos anos, complementando-o e adequando-o às circunstâncias atuais, e mais alguns considerados Registros Pontuais, legislações específicas para determinados assuntos que auxiliam o Código Penal em sua função de proteger os bens jurídicos fundamentais, como são exemplos o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). A Carta Criminal de 1940 resistiu às intenções dos ditadores militares de instituir um novo ordenamento penal durante as décadas de 1960 e 1970, e até hoje regula o poder punitivo do Estado Brasileiro.

5.1 As alterações das Leis nº. 6.416 de 24-05-1977 e 7.209 de 11-07-1984

Como observa René Ariel Dotti, até os anos 1970 o Código Penal de 1940 vinha sendo alterado em três frentes: “a) a revogação e a alteração de dispositivos isolados; b) a alteração setorial e; c) os projetos e as leis de alteração global”¹⁹. Dentre estas alterações, as mais importantes verificaram-se com a entrada em vigor das Leis nº. 6.416/77 e 7.209/84. Esta modificou toda a Parte Geral do Código, enquanto aquela alterou profundamente o rol das sanções.

Por meio destas duas legislações federais ordinárias, foram instituídos, dentre outros, a supressão do isolamento celular contínuo; a definição das penas em privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e pecuniárias (multa, calculada em dias), bem como dos regimes de execução da reprimenda (fechado, semi-aberto e aberto), adotando-se como referência a quantidade da pena aplicada e não a periculosidade do condenado, como outrora; a

¹⁹ DOTTI, René Ariel. Op. cit. p. 311.

institucionalização da prisão-albergue, como uma espécie do regime aberto; a regulação do trabalho externo para os condenados em qualquer regime; novos meios para o condenado obter perdão judicial; a previsão genérica de concessões, como o trabalho externo, freqüência a cursos fora da unidade prisional, licença para visitar a família; e a extensão ao condenado à pena de detenção, os direitos e as concessões antes estipuladas apenas para os condenados à pena de reclusão.

Estabeleceu-se ainda as diferenças entre Reincidência Genérica e Específica, a possibilidade da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. Ademais, suprimiu-se o sistema do duplo-binário, adotando-se o chamado Sistema Vicariante, para os inimputáveis ou semi-imputáveis, não se permitindo mais a aplicação de pena cumulada com medida de segurança. Ocorreu, também, a supressão da possibilidade de aplicação de uma pena principal (por exemplo uma privativa de liberdade) com uma pena acessória (por exemplo uma restritiva de direitos). E assim chegamos ao Código Penal vigente atualmente.

6 CONCLUSÃO

Analisando a evolução do Direito Penal no Brasil, é possível perceber como o desenvolvimento de uma nação é refletido em seu ordenamento jurídico. E não é possível compreendermos as leis que temos atualmente sem uma análise sistemática de como elas foram um dia.

Uma sociedade não tem existência sem o Direito Penal. E uma sociedade evoluída é aquela na qual a punição ocorre sem a desvinculação dos direitos básicos inerentes à própria condição de pessoa humana, lição que nosso país aprendeu, infelizmente, à custa de séculos de terror imposto pelas Ordenações Portuguesas e vergonhosos erros judiciários, como o caso da “Fera de Macabu”. Mas nosso ordenamento conseguiu superar suas limitações e consolidar-se como um trunfo que cada cidadão brasileiro dispõe para defender-se da opressão.

Enfim, conhecer as leis que regem e regeram seu país é o mínimo que um cidadão pode fazer para entender como este país funciona e o que se pode fazer para contribuir com ele, torná-lo cada vez melhor. Isto é ato de cidadania e, mais que direito, é dever de cada membro da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003. 128p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, vol. 1**. 12 ed. de acordo com a Lei n. 11.466/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. 611p.

CRETELLA Júnior, José. **Crimes e Julgamentos Famosos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 142p.

DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 430p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 17 ed. Petrópolis: Vozes, 1998. 262p.

<http://historia.abril.com.br/politica/pena-morte-lei-mata-434761.shtml>

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2125>

<http://www.dantaspimentel.adv.br/jcdp5217.htm>

<http://www.tjba.jus.br/400anos/noticias.wsp?tmp.id=54>

<http://www.webartigos.com/articles/19429/1/ordenacoes-do-reino---raizes-culturais-do-direito-brasileiro/pagina1.html>

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2 ed. rev. e aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 327p.