

O DISCURSO POLÍTICO E A CONSTRUÇÃO DO CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO DO BRASIL: A CONTRIBUIÇÃO DOS EGRESSOS DE COIMBRA

POLITICAL SPEECH AND CONSTRUCTION OF BRAZILIAN EMPIRE'S CRIMINAL CODE: CONTRIBUTION OF GRADUATES FROM COIMBRA

Ruth Maria Chittó Gauer¹

PUC/RS

Resumo

A construção do Estado nação brasileiro muito extraiu do pensamento iluminista desenvolvido na Universidade de Coimbra. Essa influência teve reflexos diretos nas linhas teóricas que fundamentaram o Código Criminal no Império do Brasil. O objetivo desse trabalho é desvelar essa influência e compreender as suas razões.

Palavras-chaves

Código Penal do Império. Ideias Políticas. História da legislação penal. Brasil.

Abstract

The construction of the Brazilian nation drew much from the Enlightenment thought developed at University of Coimbra. This influence had direct reflexes on theoretical lines that founded the Criminal Code of the Empire of Brazil. The objective of this paper is to reveal this influence and understand its reasons.

Keywords

Imperial Penal Code. Political Ideas. History of criminal law. Brazil.

1. Introdução

¹ Doutora em História e Teoria das Ideias pela Universidade de Coimbra. Antiga coordenadora do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUC/RS.

Examinando o Diário da Assembléia Constituinte de 1823 podemos constatar uma grande predominância de deputados com formação na área jurídica entre os eleitos². A presença de trinta e oito deputados com formação superior e em sua grande maioria oriundos de cursos jurídicos trouxe varias influencias que se refletiram na Constituição de 1824 a qual abriu caminho para o Código Criminal do Império.

Podemos ler no artigo 179, nº 18³, uma grande preocupação ligada a elaboração do Código Criminal tanto que o artigo determinava: "Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e um código criminal, fundado nas sólidas bases de justiça e equidade". Três anos após iniciou-se a elaboração do Código Penal, que foi concluído em 1830, foram inicialmente apresentados dois projetos: um de José Clemente Pereira e outro de Bernardo Pereira de Vasconcelos, ambos Egressos de Coimbra. Os projetos foram apresentados à Câmara Legislativa, e a comissão incumbida de examiná-los deu preferência ao projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Criou-se na Câmara outra comissão mista de deputados e senadores; a comissão trabalhou sobre o projeto, que foi aceito e aprovado, como Código Criminal do Império, sendo sancionado por decreto em 16 de dezembro de 1830 e mandado executar pela carta-lei de 8 de janeiro de 1831.

2. Linhas mestras do Código Criminal do Império

A própria Constituição já determinara, no artigo 179, a igualdade de todos perante a lei, a não-retroatividade da lei penal e a aplicação da pena somente à pessoa do delinqüente. A base do projeto de Bernardo de Vasconcelos fala claramente com a voz do iluminismo ensinado em Coimbra após a Reforma de 1772. O projeto não foi alterado pela

² Conferir o texto originalmente publicado em: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. São Paulo, Atlas, 2012, p.277 e ss

³.CÓDIGO Criminal do Império do Brasil. In: *Códigos Penais do Brasil*. Evolução Histórica. Coordenado por José Henrique Pieranguelli. Bauru, Jalovi, 1980. p. 167-265.

comissão mista que nele trabalhou o que possibilitou o afastamento das Ordenações que até então vigoravam no Brasil. Na opinião do autor⁴, "(...) se assentaram ao projeto alguns aspectos que com base no projeto inicial constituiu-se numa obra que mereceu louvores dos penalistas de seu tempo. Penalista como Haus e Mittermayer aprenderam português para lê-lo no original. Nesse Código estão as idéias de Bentham, que também influenciou na elaboração do Código Francês de 1810 e Napolitano de 1819, com os quais guarda, em muitas passagens, grande proximidade. O Código Criminal do Império influenciou poderosamente na elaboração do Código Penal espanhol de 1848 e através deste em vários códigos penais de países da América Latina".

A opinião de que nosso Código Penal influenciou enormemente o Código espanhol de 1848 não é apenas emitida por juristas brasileiros. José Cerezo Mir⁵, reconhecido jurista espanhol diz: "(...) En el código Penal de 1848 se advierte la influencia del Código Penal francés de 1810, del código brasileño de 1830, del napolitano de 1819 e del Código Penal español de 1822." Na opinião de um grande número de juristas, o Código Penal francês foi o melhor do século passado, no entanto, tecnicamente o Código Penal brasileiro foi o mais perfeito, e sua originalidade é enfatizada por Roberto Lyra⁶: "No esboço da indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplado, já os motivos do crime, só meio século depois na Holanda e, depois na Itália e na Noruega; na fórmula de cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito; na revisão da circunstância atenuante da menoridade desconhecida, até então, das legislações francesa, napolitana e adotada muito tempo após; no arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos; na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa antes da lei belga, e portanto, esse sistema é brasileiro e não belga, como é conhecido; a indenização do dano ex-delicto como o

4. CÓDIGO Criminal do Império do Brasil. op. cit. p. 8-11.

5. CEREZOMIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. 3. ed. Parte Genera, Madrid, Tecnos, 1990. p. 107.

6. LYRA, Roberto. *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*. Rio de Janeiro, Nacional, 1946. p. 81.

instituto de direito público, também antevisão positivista; na imprescritibilidade da condenação". Conforme Bitencourt⁷: "(...) o tão decantado sistema dias-multa também foi criação deste código, em art. 55". O referido artigo pode ser considerado um dos mais democráticos ainda em nossos dias. Essa imposição do cumprimento das penas previa que "A pena de multa obrigará os réus ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderem haver em cada dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo". As críticas por parte de outros juristas, na época, centraram-se principalmente no fato de não haver definição da culpa, referindo-se tão somente ao dolo. O grande crítico dessa lacuna foi Tobias Barreto que representava uma visão dissidente e de maneira particular procurava responder às tensões criadas por pensamentos diferentes.

O responsável direto pelo Código Penal do Império formou-se em Leis em 1818, em Coimbra, ele fora aluno de Melo Freire que ensinava Beccaria. Melo Freire que já havia elaborado um Código Penal não aceito por ser muito avançado, teria influenciado Bernardo de Vasconcelos que utilizou no Código de 1830 muitos preceitos Beccaria e, segundo varias opiniões, até o ultrapassou.

A modernização que o Código de 1830 trouxe foi fundamental para o Brasil. Após a sua promulgação, se fez necessário disciplinar o processo criminal. O projeto do Código de Processo Criminal foi redigido em 1831 por uma comissão mista do senado e da câmara, sendo redator Alves Branco, formado em Leis por Coimbra, em 1823. A organização moderna da estrutura das instituições brasileiras possibilitou reformas administrativas que desenharam um novo perfil para o Estado e para a sociedade.

A experiência dos primeiros anos do Império demonstrou a capacidade dos brasileiros em ordenar juridicamente o Estado. Essa ordenação foi concedida e aplicada com a grande contribuição dos Egressos de Coimbra. A estrutura jurídica do Estado foi legítima através

⁷. BITENCOURT, César. *Lições de Direito Penal*. 2ª ed. Porto Alegre, Livraria Editora Acadêmica Ltda., 1993, p. 212.

de uma concepção moderna do Direito natural, os juristas formados em Coimbra trouxeram além do direito natural a tradição das teorias jus naturalistas nascidas no pensamento cristão e secularizadas. Foram eles os grandes representantes desse racionalismo jurídico no Brasil. Sua função no processo político nacional não se limitou a conduzir a administração pública: desempenhou duplo papel, o de administradores, de juristas políticos e o de construtores do Estado-nação.

A norma legítima é, via de regra, aplicada pela autoridade legítima diferentemente do poder, pois esse garante a obediência mesmo quando há oposição. Weber⁸ desenvolveu uma análise detalhada para a compreensão do conceito de legitimação. Para o autor este é, fundamentalmente, o processo de criar poder, ou um padrão de ordens e obediência justo na opinião dos membros de determinadas sociedades. O autor refere que a autoridade legítima é a autoridade sem oposição perceptível, obediência livre. Os exemplos apontados para essa forma de obediência estão relacionados pela legitimidade “tradicional” a exemplo dos patriarcas e dos príncipes patrimoniais do antigo regime. Uma segunda forma de legitimidade vincula-se a autoridade do *encanto* (carisma) pessoal e extraordinário com base na confiança pessoal. A legitimidade com base no encanto é vinculada ao heroísmo, aos profetas aos chefes guerreiros aos grandes demagogos, ou outras qualidades de caudilho que um indivíduo possui. Ao contrário da legitimidade baseada na legalidade, na crença na validade de preceitos legais e na competência objetiva, fundada sobre normas racionalmente criadas. Podemos dizer que a legitimação não é simplesmente ato de uma legislatura ou de um órgão oficial. É importante referir ainda que a legitimidade de uma figura que Weber identifica como “alguém que leva dentro a chamada para ser condutor de homens, os quais lhe não prestam obediência porque o mande o costume ou uma norma legal, mas porque acreditam nele”⁹. Essa forma de legitimidade carismática pode ser relacionada ao mito. A autoridade possui legitimidade porque a sociedade crê nela. O atributo que essa autoridade representa ter é da ordem da crença, portanto foge a racionalidade.

⁸ Max Weber. *O político e o cientista*. Lisboa: Presença, 1979. 3ª edição, p. 10, 11.

⁹ Max Weber. Op. Cit. P. 12

Embora o papel do carismático estivesse presente durante o processo de independência a construção das instituições permitiriam fundar um novo país que nascia sob a égide da crença nas verdades científicas, assim como muito de otimismo acerca das vantagens que o conhecimento trazia para a humanidade. Neste sentido, é possível concordar com a idéia de que a ciência, além de elucidar, é cega a respeito de sua própria aventura.

A tradição política brasileira, desde seu início, assumiu explicitamente não apenas a necessidade de um sentimento comum racionalizado e homogeneizado, mas também o culto das instituições, em particular das instituições jurídicas, sem as quais esse sentimento se fragmentaria. A preocupação com a fragmentação talvez seja um dos problemas que leva à manutenção das tradições de forma conservadora. A estrutura da sociedade moderna está pautada no direito da forma como analisado por Max Weber na obra *O cientista e o político*.¹⁰ O autor descreve, de forma precisa, o papel do cientista e do jurista na construção do estado e das instituições modernas. Seguindo as reflexões do autor, podemos afirmar que o cientista, responsável pela construção do estado moderno, foi o jurista. A presença do jurista permitiu a organização de todas as instituições laicas na modernidade. Não é por acaso que muitos intelectuais atribuem ao direito moderno a condição de aplicação da racionalidade e da burocracia institucional.

Na contemporaneidade a soberania do estado passou a ser a soberania do direito. Hans Kelsen¹¹ defendeu a identidade entre o Estado e a própria ordem legal com base nesta premissa. Franco de Sá afirma ter sido a idéia moderna de estado (Krabb, 1919) aceita por Kelsen, o autor afirma: "não é o estado que é soberano, mas o próprio direito". E é esta idéia de soberania do direito que permitiu Franco de Sá¹² afirmar que Kelsen pode defender na sua teoria pura do direito a identidade entre o

¹⁰ Max Weber, *O Político e o Cientista*, Lisboa, Presença Ltda., 1979.

¹¹ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, 4. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1979.

¹² Alexandre Franco de Sá, *Metamorfoses do poder*, Coimbra, Ariadne Editora, 2004, pp. 30-31.

estado e a própria ordem legal por ele sustentada. Essa visão nos leva a pensar sob outro enfoque a crise do direito e do estado que, ao perder o poder político que o caracterizava, surge como tendencialmente neutro e não interveniente diante de uma sociedade que se desorganiza a partir de si mesma. Trata-se do estado liberal, disposto pelo princípio do *laissez passer* diante das leis iminentes à organização econômica e técnica da sociedade, assim como neutro diante dos eventuais conflitos sociais, religiosos e culturais que ocorreram no seu interior.

3. Nota final

Os códigos que nasceram no Brasil no início do século XIX demonstram uma fusão do iluminismo com o jusnaturalismo como uma profunda influência que a Reforma de 1772 teve na formação dos brasileiros Egressos de Coimbra. É visível a influência liberal nos códigos econômicos do mesmo período, assim como é notória na Constituição de 1824 a influência do individualismo e de jusnaturalismo. O Estado é o verdadeiro promotor do direito, cabe a ele a tarefa de assegurar a manutenção de vários equilíbrios para que se garanta o desenvolvimento social em harmonia. Deve assegurar-se ao cidadão a realização de seu destino individual como um direito natural. No âmbito das atividades, vemos a Constituição de 1824 designar um papel tutelar ao Estado com a finalidade de harmonizar o indivíduo e o coletivo. O direito de propriedade reflete o verdadeiro direito natural; ele resulta da relação do homem com a natureza, a natureza como um conjunto de condições que o homem utiliza individualmente para o seu bem. A essência racionalista da propriedade consiste na iniciativa que toca ao homem como ser racional em sua determinação efetiva com relação à propriedade - direito de propriedade como verdadeiro direito natural.

Referências

BITENCOURT, César. *Lições de Direito Penal*. 2ª ed. Porto Alegre, Livraria Editora Acadêmica Ltda., 1993.

BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo. *História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. São Paulo, Atlas, 2012.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. 3. ed. Parte General, Madrid, Tecnos, 1990.

DE SÁ, Alexandre Franco, *Metamorfoses do poder*, Coimbra, Ariadne Editora, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, 4. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1979.

LYRA, Roberto. *Introdução ao Estudo do Direito Criminal*. Rio de Janeiro, Nacional, 1946.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Evolução Histórica. Bauru, Jalovi, 1980.

WEBER, Max. *O político e o cientista*. Lisboa: Presença, 1979.