

José Henrique Pierangeli



# DAS PENAS

evolução  
classificação  
finalidade  
individualização  
suspensão condicional



EDITORA SPLENDET  
PUC-CAMPINAS

**José Henrique Pierangeli**

**Das penas: evolução, classificação,  
finalidade, individualização,  
suspensão condicional**



**EDITORA *SPLENDET*  
PUC-CAMPINAS**

**2023**



## **Expediente**

### **Professores Responsáveis**

Dra. Fernanda Carolina de Araújo Ifanger

Dr. Lucas Catib de Laurentiis

### **Preparação do texto e normalização**

Caroline Reolon

Jacqueline Coutinho

### **Diagramação**

Marcelle Fonseca

<p>P615p</p>	<p>Pierangeli, José Henrique Das penas: evolução, classificação, finalidade, individualização, suspensão condicional. — Campinas, SP: Editora Splendet PUC-Campinas, 2023. 109 f.</p> <p>ISBN 97865-89946-03-8 DOI</p> <p>1. Direito Penal. I. Título. II Autor</p> <p>343</p>
--------------	--

Ficha catalográfica elaborada por Jacqueline Coutinho CRB-8/9419

## Sumário

Apresentação.....	6
-------------------	---

### **Evolução histórica: os primeiros tempos**

As penas nas antigas civilizações.....	8
Poder divino e o ode teporal.....	11
A perda da paz e a vingança do sangue.....	12
Formas primárias de reação penal.....	13
As penas nas legislações antigas.....	18
Os glosadores, os pós-glosadores e os práticos.....	55
Direito Penal indígena.....	56

### **A legislação genuinamente brasileira**

O Código Criminal do Império.....	90
Código Penal de 1890.....	93
O Código de 1940: A reforma de 1984.....	96
O Código de 1969.....	100

### **Da coerção penal no Código Penal vigente**

Penas privativas de liberdade .....	102
Penas de reclusão e detenção.....	104
A execução das penas privativas de liberdade em nosso país .....	107

# Apresentação

**Fernanda Carolina de Araujo Ifanger  
Lucas Catib de Laurentiis**

A pena é um dos assuntos mais tormentosos de direito penal. Afinal, em última análise ela tem a ver com a sua própria existência e definição.

Sem pena há direito penal? Para que serve a pena? Ela cumpre com os objetivos de punir e educar? Ou na verdade tem outros objetivos que permanecem ocultos às reflexões mais superficiais?

Como asseverou Zaffaroni<sup>1</sup>, se descrevermos o horizonte de projeção do Direito Penal a partir da pena, esta ciência entrará em áreas e domínios antes insuspeitados, já que a pena é somente uma manifestação do poder, inidônea a resolver conflitos e sua aplicação não pode pretender nenhuma racionalidade.

Não há como entender a pena sem compreender seus antecedentes históricos e José Henrique Pierangeli mostra isso em sua obra. Se a pena acompanha a história da humanidade, não há como estudá-la sem entender como chegamos até os tempos atuais. Nesse sentido, é possível fazer uma conexão de seu pensamento com as ideias de Garland<sup>2</sup>, para quem a punição e as suas práticas devem ser pensadas como instituições sociais, tais como a escola ou a família, e não como realidades à parte, uma vez que sofrem as mesmas influências e processos de significação.

Com base nesses pressupostos, a obra inédita e póstuma de Pierangeli se inicia com uma reflexão acerca dos primeiros castigos nas relações totêmicas; perpassa pela análise das penas no direito oriental; romano; canônico e indígena. No capítulo 2, especial atenção é dada às legislações brasileiras, destacando-se

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>2</sup> GARLAND, D. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

a previsão da pena de morte no Código Criminal do Império de 1830; a redução da pena de prisão para trinta anos, a detração e a prescrição no Código Penal da República de 1890; o Código Penal de 1940 e a reforma que sofreu em 1984, bem como o abrogado Código Penal de 1969.

No capítulo 3, o autor apresenta uma análise coerção penal no Código vigente, ao tratar do surgimento e da aplicação das penas privativas de liberdade. Neste ponto, Pierangeli posiciona-se contra a pena de morte, discutida pelo Congresso Nacional enquanto escrevia seu livro; denuncia a benevolência da nossa legislação com criminosos do colarinho branco; defende que não basta o aumento das penas para evitar o crime; aponta a influência do movimento de lei e ordem na criação e sucessivas alterações à Lei dos Crimes Hediondos; enfim, destaca a pretensão de intervenção máxima do legislador que busca, somente por meio do uso do direito penal, resolver o problema da criminalidade.

A vertente crítica e garantista de Pierangeli é ressaltada nas análises que faz, mesmo tendo ficado claro em seu texto que pretendia ainda adentrar no debate acerca da prisão e da tormentosa questão das teorias da pena. Estas páginas que apresentamos aqui são parte da obra que estava sendo escrita por Pierangeli quando adoeceu e nos deixou. Por isso, é uma obra não finalizada. Porém, mesmo fragmentada, a obra toca no coração dos debates recentes sobre a pena e o Direito penal.

Em tempos de expansão da legislação penal, do abuso do uso da pena de prisão, da utilização irrestrita de medidas e prisões cautelares, do simbolismo do ramo jurídico-penal, dos tipos de perigo abstrato, abertos e culposos, além da profusão de normas penais em branco, é fundamental entender os caminhos que nos trouxeram até aqui e que determinaram a preponderância da aplicação das penas privativas de liberdade, como se sua criação significasse termos abandonado a barbárie representada pela aplicação da pena de morte e dos castigos corporais. Essa reflexão nos é proporcionada pela obra de Pierangeli, a quem agradecemos e saudamos, de forma póstuma, por sua genialidade e pelo caráter atemporal de seu pensamento.

**Agosto de 2023.**

# CAPÍTULO I

## Evoluções históricas: os primeiros tempos

### As penas nas antigas civilizações

A origem da pena se perde na longa noite dos tempos, mas, dentro de um critério de razoável probabilidade e em face de informações que chegaram até nós através de relatos antropológicos advindos das mais variadas fontes, o direito penal e as punições teriam sua origem na religião, ou, mais precisamente, na superstição religiosa, e a pena possuía origem sagrada<sup>1</sup>. René Ariel Dotti a respeito, escreve: “A história da pena revela que a sua existência foi modelada por totens e tabus que lhe imprimiam contornos místicos enquanto os castigos corporais até a morte traduziam as expressões cruentas da defesa e da vingança”<sup>2</sup>. Contudo, essas ideias, conquanto apareçam como majoritárias na doutrina, não são aceitas pacificamente. Preferimos, todavia, adotar tais conclusões, seguindo nesse passo Numa Denis Fustel de Coulanges<sup>3</sup>, Manuel López Rey y Arrojo<sup>4</sup> e Jacobo Burckhardt<sup>5</sup>, aceitando assim a origem da pena na superstição sagrada.

O homem primitivo, afirma Moritz Hoernes, considerava que tudo aquilo que se apartava de sua experiência diária e alterava a normalidade de sua vida resultava de algo que tinha sua origem em influências miraculosas, ou sobrenaturais, que emanavam de seres fantásticos, habitualmente antropomórficos, dotados de poderes extraordinários que só poderiam ser compreendidos através da magia<sup>6</sup>. Tais seres, todavia, geral-

---

<sup>1</sup> ARROJO, M. L.-R. *Que es el delito?* Buenos Aires: Atlântica, 1947. p. 103.

<sup>2</sup> DOTTI, R. A. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1980. p. 3.

<sup>3</sup> FUSTEL DE COULANGES, N. D. *La ciudad antigua*. Buenos Aires: Editorial Emecé, 1945. p. 264.

<sup>4</sup> ARROJO, M. L.-R. *op. cit.* P. 103 e segtes.

<sup>5</sup> BURCKHARDT, J. *Reflexiones sobre la historia del mundo*. Buenos Aires: Editorial el Ateneo, 1945. p. 115.

<sup>6</sup> HOERNES, M. *Préhistoria*. Barcelona: Editorial Labor, 1928. p. 160. (Colección Labor).

mente não estavam separados, salvo raras exceções, do âmbito extraterreno, longínquo e inacessível; contrariamente apresentavam-se na própria natureza imediata em que vivia toda a comunidade. Entre os fenômenos considerados, alinhamos o raio, a chuva, o trovão, entre outros acontecimentos, para os quais não tinham explicação e que na visualização dos povos primitivos significavam influência sobre a vida de cada membro da comunidade, premiando ou castigando diante do comportamento exteriorizado. Esses seres sobrenaturais moravam nas pedras, nos rios, nos animais, em qualquer outro objeto assim considerado. Diante da resultante prêmio-castigo, tornava-se imperiosa a adequação da conduta humana no sentido de obter a benevolência ou a proteção desses seres imaginários. Assim se explica a origem do totem que se apresenta particularizado a indivíduos que integram uma tribo, uma família, uma casta ou um setor da comunidade. Daí a necessidade de se estabelecer distinção entre totem de grupo, de clã, de membros da comunidade ou particulares, de modo a estabelecer hierarquias e gradações, afirma Maurice Besson<sup>7</sup>.

Os indivíduos vinculados pelo mesmo totem eram submetidos a determinadas obrigações cuja violação importava em severos castigos. Por conseguinte, pode-se estimar que as primeiras proibições e os primeiros castigos ou penas sejam encontradas nas relações totêmicas<sup>8</sup>. Disso resulta a conclusão de que o totemismo fortaleceu os laços integradores da comunidade e que:

*[...] no pocas instituciones deben reconocerse como surgidas de su seno así, por ejemplo, la axogamia y no menos verdadero será que, gracias a sus prohibiciones y tabus, la vida humana comenzó a encauzarse en base a principios de orden y de pacífica convivencia impuestos por el temor al castigo o sanción.<sup>9</sup>*

<sup>7</sup> BESSON, M. *El Totemismo*. Barcelona: Editorial Labor, 1931. t. 26, p. 7. (Colección Labor).

<sup>8</sup> PIMENTEL, M. P. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. p. 118.

<sup>9</sup> PESSAGNO, R. G.; BERNARDI, H. P. J., *Temas de história penal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1953. p. 13.

Aceitável, portanto, a conclusão de que, pelas investigações científicas realizadas, que chegam aos 10.000 anos a.C., em todas as civilizações até então existentes, tudo não se processava igualmente, mas elas permitem concluir que os tabus, a um só tempo, significavam o sagrado e o proibido. É bom salientar ser, portanto, fácil a conclusão de que a violação das exigências emanadas do totem e caracterizadas como tabus, obrigava a aplicação de penas severíssimas, sendo a de morte a mais comum. Ademais, como a infração totêmica representava uma ofensa ao ser sobrenatural cuja ira recairia sobre todo o grupo, isto é, tornava a expiação coletiva, era indispensável que toda a comunidade participasse do ato de castigar, eximindo-se assim da vingança que ocorreria. Manoel Pedro Pimentel salienta que a sanção era determinada pelos encarregados do culto, concluindo que “o chefe religioso era, também, o chefe do grupo e em suas mãos se concentrava grande soma de poderes. A execução do castigo, no entanto, tinha quase sempre um caráter coletivo”. A seguir, o saudoso mestre paulista transcreve uma manifestação de Luís Jiménez de Asúa de que “lapidar é uma das mais antigas e características maneiras de manifestar-se a reação punitiva, coletivamente exercida”<sup>10</sup>. Por tais razões, vislumbra o mestre na Lei de Lynch resquícios desse tipo de punição, porque nessa subsiste características primitivas de castigar.

Há que se consignar, todavia, que o totemismo fortaleceu os laços entre os integrantes de uma comunidade. Disso resulta que muitas instituições nasceram em seu seio, resultando a conformação dos grupos dentro de proibições e tabus de modo a possibilitar a criação de princípios de ordem e de pacífica convivência, que decorre do temor do castigo. Aceitável, então, a conclusão de que o tabu e o totem coexistiram numa mesma sociedade, regulando através de proibições as exigências totêmicas, disso decorrendo certa ordem na insipiente estrutura social de então. Os primeiros castigos, portanto, estariam vinculados às regulações totêmicas ou tabus. Parece-nos interessante consignar que, segundo se afirma, a palavra tabu é de origem polinésia e não permite uma exata tradução literal; todavia, pode-se aceitar que ela significa, a um só tempo, o sagra-

---

<sup>10</sup> PIMENTEL, 1983, p. 199.

do e o abominável, o maldito ou impuro, e ainda o terrível. E, de considerar-se que os povos primitivos sentiram desde logo que, através dos mitos, a ordem nos agrupamentos se manteria mais ou menos assegurada, legitimando-se, por conseguinte, os castigos a serem impostos a todos aqueles que contrariavam o estabelecido.

A natureza extraordinária dos laços totêmicos reclamava sanções particularmente graves, proporcionais à índole mística, sagrada e extra-humana dos mandamentos proibitivos que dos tabus emanavam e que exigiam julgamentos inexoráveis<sup>11</sup>. A função da pena era, portanto, reparatória e tinha como finalidade aplacar a ira da entidade ofendida, objetivando que essa, uma vez satisfeita, não se vingasse e castigasse todo o grupo. Parece-nos ser importante consignar que as fases se sucederam cronologicamente, porquanto é de admitir-se que nem todas as tribos se encontravam num mesmo estágio a um só tempo. Vislumbrar a ocorrência de um avanço linear entre as tribos constitui, no mínimo, uma ilusão e uma adoção de uma visualização irreal e de todo inaceitável da panorâmica histórica da lei penal.

## **Poder divino e poder temporal**

Afirma Manoel Pedro Pimentel que não está bem esclarecida a razão pela qual os grupos primitivos aliaram o poder temporal ao poder divino, mas não é difícil acreditar que tenham prevalecido os mesmos motivos: o medo do desconhecido e o poder dos privilegiados, que tinham ou ostentavam predicados para se entenderem com as entidades sobrenaturais, o que conferiam aos sacerdotes a autoridade, o respeito e o temor reverencial que formam a essência do poder<sup>12</sup>. Por conseguinte, o chefe do poder temporal, pelo menos no início, era o chefe religioso, mas, com o passar do tempo, quando isso não ocorria, processou-se a aliança entre eles, e, consequentemente, o temor e a crença passaram a constituir a essência da sustentação da autoridade sacral e, consequentemente também, das regras vigorantes entre os primitivos, situação que

---

<sup>11</sup> PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 12.

<sup>12</sup> PIMENTEL, 1983, p. 120.

perdurou por longo período da antiguidade. Daí que a ideia do proibido, da punição e da execução estavam estreitamente vinculadas aos preceitos religiosos. Deus era o juiz, cuja vontade se manifestava pela voz de seus representantes na terra; os espíritos falavam pelos oráculos que agiam sob o comando dos feiticeiros, que matavam ou curavam pelas mãos dos magos, dos sacerdotes e pajés<sup>13</sup>. Entre os germanos, aplicavam-se as *ordálias* ou *juízos de Deus*, provas com que se decidia sobre a vida e a morte do sentenciado.

## A perda da paz e a vingança do sangue

Da pluralidade de tribos e diversidades de totens, surgiram duas espécies de penas: a *perda da paz* e a *vingança do sangue*. A primeira era aplicada ao membro da própria tribo e a segunda, ao estrangeiro. A primeira atingia o infrator que era excluído da proteção totêmica e expulso do grupo, sem armas e sem alimentos, o que equivaleria à condenação à morte posto que ficava à mercê dos inimigos e dos animais ferozes. A segunda, como o próprio nome sugere, consistia na cobrança pelo sangue da falta cometida. O castigo não era individualizado, visto que atingia a família e coisas, haveres do ofensor, inclusive seus animais e terras. No dizer de Steinmetz, era cega a reação do ofendido contra a primeira pessoa ou coisa que estivesse ao seu alcance. Todavia, autores que não a considera como espécie de pena, considerando a vingança como uma mera conjectura (Alfredo Nocetti Fasolino). A vingança do sangue não raramente provocava a retaliação contra grupos familiares inteiros, dizimando ou até extinguindo o próprio grupo. Criava-se, assim, verdadeira guerra grupal, com sérias perdas e enfraquecimento da segurança de ambos os lados, fato que os levava à vulnerabilidade.

---

<sup>13</sup> PIMENTEL, 1983, p. 120.

## Formas primárias de reação penal

No item anterior, referimos à vingança do sangue que, em razão do seu aspecto totalizador, podia alcançar pessoas e coisas da família do infrator, razão pela qual a ela também se dá o nome de *vingança ilimitada*. Como já escrevemos: “As penas, nesse período, se caracterizavam pela vingança, que não estava submetida a qualquer critério de proporcionalidade. O mal do delito correspondia a outro mal, numa forma de reação cega, não regulada por noções de justiça”<sup>14</sup>. Nesse sentido, escreveu Eduardo Novoa Monreal: “*Una reacción de esta clase, proveniente del mismo ofendido o de su grupo o tribu, tenía que ser descontrolada, excesiva y propensa a multiplicar los males originales del hecho injusto con guerras tribales o cadenas sucesivas de ataques recíprocos*”<sup>15</sup>. A reação e contrarreação descontrolada trazia consequências improdutivas e exterminadoras que criavam situação de impotência frente a outros grupos tribais rivais, razão pela qual da vingança ilimitada passou para a limitada, assim evitando os efeitos funestos que decorriam da forma anterior. A partir de então “ficou mais nítida a separação aludida entre *pena* e *vingança*”<sup>16</sup>.

O talião representou uma limitação nessa forma primária de castigar, razão pela qual essa fase é chamada de *vingança limitada*. A palavra talião origina-se do latim *talis, talione*, que significa *tal*. A pena de talião, portanto, significa forma de vingança com a qual se impunha ao ofensor dano ou mal equivalente ao causado. Limitava-se, portanto, à reação do ofendido que tanto podia ser um indivíduo como um grupo de pessoas ligadas por laços de sangue. Havia, por conseguinte, uma proporcionalidade entre o mal causado e a punição aplicada. Entre os hebreus, essa proporcionalidade era ressaltada pela *lei mosaica* representada pelo ditado *olho por olho, dente por dente*, que representava um progresso sensível e racional na forma de punição para a época.

<sup>14</sup> PIERANGELI, J. H. Das penas: tempos primitivos e legislações antigas. In: PIERANGELI, J. H. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 245.

<sup>15</sup> NOVOA MONREAL, E. *Derecho Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídico de Chile, 1966. tomo 2, p. 300.

<sup>16</sup> PIMENTEL, *op. cit.*, p. 121.

Em Roma, afirmava-se *quod aliquis tale quid patitur, quale fecit*. Soler afirma que o talião pressupõe a existência de um poder moderador e um desenvolvimento social considerável, até porque a responsabilidade ficava restrita ao culpado. Essa forma de circunscrever a responsabilidade somente ao ofensor aparece nos direitos da Grécia, Roma e algumas legislações bárbaras, como a visigótica. Jiménez de Asúa entende que existia também uma forma simbólica de talião, que fazia recair as penas impostas aos amos em seus escravos, exemplo que não nos afigura como instituição talional, transparecendo mais como forma de composição. Conquanto o talião significasse uma forma mais racional de punição, longe ficava de uma forma adequada e razoável de solução do árduo problema da punição. O enfraquecimento dos grupos frente aos seus inimigos determinou a busca de outras soluções, advindo a *composição*, que constituía basicamente no oferecimento de uma compensação pelo dano causado, que se fazia mediante importância em dinheiro ou em bens. Excluído, portanto, ficou o castigo físico que seria aplicado ao ofensor, e também restou afastada a regra de que a punição recaísse sobre os membros da família ou do grupo. O Código de Hamurabi, no entanto, excepcionalmente admitiu a possibilidade de estender a sanção a membros da família do ofensor, para que assim se realizasse uma compensação perfeita.

Pessagno e Bernardi afirmam que o talião apresentava duas formas: uma era representada pela similitude do suplício encontrável na Lei Mosaica e na Lei das XII Tábuas e na maioria das leis existentes naquela época; a outra, que se convencionou chamar de talião simbólico, constituía em castigar o delinquente em um órgão corporal, exatamente aquele que teria sido utilizado para a prática do delito: cortava-se as mãos do ladrão, a língua do caluniador, marcava-se o rosto da adúltera, castrava-se o estuprador — acrescentamos apenas a hipótese de estupro). Exatamente nessa fórmula simbólica, adotou-se o costume de substituir o ofensor pelo escravo.

A solução talional, como se verá a frente, encontra ainda atualmente apoio nas concepções retribucionistas e também na visualização da pena como imperativo categórico de Kant, que não deixa de ser uma projeção talional. A expiação para Kant constitui princípio de absoluta justiça: que expie a sua falta, sofrendo um mal quem produziu um mal.

De qualquer forma, como observa Soler, o sistema talional já pressupõe a existência de um poder moderador e, conseqüentemente, representa um desenvolvimento considerável. E, seguindo os passos de von Hippel, afirma-se ser o talião o primeiro passo para a pena pública. Nessa mesma linha de raciocínio, Pierre Bouzat esclarece que as legislações antigas fundadas no talião, como a hebraica, a grega, a da Caldéia e a romana dos primeiros tempos (a Lei das XII Tábuas), hoje nos parece bárbaras, mas *elle fut pourtant une première conquête sur la barbarie*<sup>17</sup>.

Concluindo o estudo acerca do talião à medida em que consideramos suficiente para a compreensão deste trabalho, de outra feita escrevemos:

Que não se busque vislumbrar, advertimos, no talião, as características modernas da retribuição adequada à reparação da ordem e da paz social, anulando-se com ela o alarme produzido pelo delito, e a restauração da fé no ordenamento jurídicoestatal, concepção moderna dos fins da pena, como possa pensar algum desavisado. Porém, é com o talião que surgem os primeiros sinais da *compositio* e, com ela, a reparação do dano causado pelo delito e a satisfação do interesse do prejudicado, com a entrega de importância em dinheiro, bens, objetos de natureza (econômica), ou mediante a prestação de serviços por parte do ofensor, ou mediante procedimentos reparadores. Raízes remotas, portanto, do que chamamos hoje de reparação do dano *ex delicto*, e, talvez, agora sem a função de reparação do dano, mas de purgar o delito, a pena restritiva de direitos consistente em prestação de trabalho à comunidade<sup>18</sup>.

Numa fase posterior surgiu a composição, que representa um passo bastante avançado na limitação da vindicta privada, e, com ela, já não mais seria possível, pelo menos no geral, causar dano além daquele já produzido, como ocorria com o talião. Com a *compositio*, a vítima ou seus familiares, ao receberem uma soma (em dinheiro) ou outros bens (gado, cavalos, e/ou outros animais), tudo na forma pré-estabelecida pelas regras consuetudinárias ou normas escritas em textos legais, renunciavam à vingança e ao talião. Em outras palavras, o sistema consistia em compensar as despesas delituosas mediante pagamento de certos bens, ficando excluída a intenção vingativa.

---

<sup>17</sup> SOLER, S. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1945. Tomo I, p. 55.

<sup>18</sup> PIERANGELI, 2006, p. 246-247.

O sistema composicional apresenta diversificações em sua forma de aplicação, que poderíamos, com Pessagno e Bernardi, dividir em principais e secundárias. As principais apresentam uma bifurcação quanto à sua forma de realização. Na primeira, há uma forma de composição voluntária, resultante de um acordo de vontades entre o autor do fato e a vítima ou seus familiares. Se ao acordo não se chegava, a composição era descartada e se retomava às formas primitivas ou particulares de sanção cabível. Na segunda, havia uma composição forçada, pois a legislação ou os costumes, as regras cívicas ou religiosas se sobrepõem sobre a vontade das partes envolvidas, e os prejudicados, sem uma alternativa, eram obrigados a receber a indenização prescrita<sup>19</sup>. Soler vê em tal forma de solução um procedimento público<sup>20</sup>.

Segundo Cuello Calón, as fontes conhecidas mencionam uma classe de composições privadas, fixadas por parentes ou amigos, e outra de composições judiciais. Nestas últimas há que se distinguir três classes: o *Wergeld*, a *Busse* e o *Friedegeld*. E prossegue o autor: os autores não estão de acordo acerca do significado do *Wergeld*, mas parece que ele significava a quantia fixada pelo conceito de reparação pecuniária a ser paga pelo delinquente, ou por sua família à vítima do delito ou à família dessa, o que viria representar aquilo que hoje é a indenização civil em face dos danos causados pelo delito, isto é, a reparação *ex delicto*. *Busse* entendia que a quantidade paga, como pena, à vítima ou a seus parentes, ia além do *Wergeld*, que é puro ressarcimento privado. O *Friedegeld* (*Fredus*, *Fredum*) é a quantia adicionada ao *Wergeld*, que se pagava ao comum<sup>21</sup>. O *Wergeld*, que também é conhecido como *preço do homem* e *preço do sangue*, se constituiu na forma mais avançada de composição.

Muito embora se possa considerar provável a existência desse esquema entre todos os povos, nem por isso se pode afiançar, dentro de um juízo de probabilidade, que todos eles, e a um só tempo, se encontravam num mesmo estágio de desenvolvimento e de aplicação do sistema. De qualquer modo, com

<sup>19</sup> PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 27.

<sup>20</sup> SOLER, 1945, v. 1, p. 57.

<sup>21</sup> CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal*. Barcelona: Casa Editorial, 1943. Tomo 1, parte general, p. 70.

a composição nos encontramos nos umbrais de uma nova era e de uma nova instituição: a pena aplicada jurisdicionalmente, em conformidade com as legislações ou, quando não, com as normas do delito costumeiro, “*procurando proporcionar a la variedad de delitos una similar variedad de sanciones y tendiendo, en concreto, a satisfacer un fin jurídico con la imposición de aquellas*”<sup>22</sup>. Com esses passos, vamos nos aproximando de uma visualização da pena em nossa época e o crescimento de nossas inquietudes.

Dentro dos critérios de penas estabelecidos nos tempos que podemos chamar de primitivos, uma merece mais nossa atenção: a *perda da paz*, considerada por muitos como a mais grave das penas conhecidas pelos germanos, que era empregada frequentemente como sucedâneo da vingança de sangue.

A perda da paz (*Friedlosigkeit*) era uma consequência do sistema talional: quem lesa a paz, perde a paz. Para a compreensão do conteúdo dessa espécie de pena, faz-se necessário conhecer o homem germano. Esse, amante da liberdade e da individualidade, concebia a si próprio como integrante de um grupo, como povo, como família. A ordem imperante nessas uniões era entendida por ele como direito, o que significava que a paz, dentro da união, era *suprapersonal*, e o delito representava a ruptura ou o quebramento da paz, paz essa que não era imposta pelo homem, mas sim pelos deuses, cujo culto se fazia necessário para a sua conservação. “A paz era uma relação sagrada, que consistia em respeitar a paz alheia, e a lesão da paz alheia era um atentado ao culto, que impunha ao outro a vingança”<sup>23</sup>.

Como consequência do princípio talional — e como a paz significava a ordem e o direito —, a perda da paz correspondia à perda da proteção jurídica. “A perda da paz refere-se à pessoa e aos seus bens, permitia qualquer lesão na pessoa e nas coisas do malfeitor, levando em definitivo à sua morte e à destruição ou devastação de seus bens”.

Conquanto viesse a morte pela mão do particular, também ela podia decorrer de atos de populares, “assumindo nessa última hipótese o caráter de um sacrifício à divinda-

---

<sup>22</sup> PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 28.

<sup>23</sup> Zaffaroni, que extrai essas conclusões de Eberhard Schmidt. ZAFFARONI, E.R. *Tratado de Derecho Penal*. Parte Geral. Buenos Aires: Editora Ediar, 1998.

de ofendida”<sup>24</sup>. É que aquele que perdia a paz era considerado como inimigo de seu próprio povo e equiparado aos animais dos campos e dos bosques, e ficava à mercê de todos; todos tinham o direito e em algumas ocasiões até o dever de matá-lo<sup>25</sup>. Zaffaroni, apoiando-se em Ferrini, aponta a existência de uma analogia entre a instituição dos germanos e a *capitis sacratio* do antigo direito romano, de sorte que a perda da paz não seria uma instituição privativa dos germanos, posto que era também conhecida e adotada por outros povos. Válida aqui a observação de Cuello Calón de que “em se tratando de épocas remotas, o direito legislado não pode sempre ser admitido como expressão fiel do que efetivamente esteve em vigor”<sup>26</sup>. A diferença do estágio cultural dos diversos povos, cuja punição decorria preferentemente dos costumes, também determina essa ressalva.

Mas a perda da paz também apresentou variados matices. Observa Godofredo Kurth que, em alguns casos, a perda da paz era total, ampla e atingia todos os direitos do indivíduo, e, em outros, apenas ocorria a eliminação de alguns privilégios, particularmente religiosos, como o impedimento de participar de cerimônias de culto familiar que eram destinadas, precipuamente, a obter o amparo dos deuses<sup>27</sup>.

## As penas nas legislações antigas

Nas legislações antigas, excluídas aquelas que teriam aplicação na pré-história cujo estudo escapa do nosso objetivo e pertence à antropologia cultural e à arqueologia criminal, a aplicação de penas artroses e muito especialmente a de morte foi uma constante. Diz Soler que “as primitivas formas de ilicitude não significavam a transgressão dos bens biológicos elementares; contrariamente pressupunham uma complicada construção espiritualizada e fora da realidade, fortemente dotada de um sentido animista”<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> DIRITTO Penale germanico rispetto all'Italia. In: *Enciclopédia Pessina*. Milano: Pasquale del Giudice, 1905-1013. p. 429.

<sup>25</sup> CUELLO CALÓN, 1943, p. 70.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>27</sup> KURTH, G. p. 83-84 *apud* PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 29.

<sup>28</sup> SOLER, 1945, p. 52.

A tudo se acrescenta a aplicação de pena aos cadáveres, aos animais e às coisas inanimadas. Com tal proceder, desafogava-se a ânsia inesgotável de castigar<sup>29</sup>. A privação de sepultura era uma constante nessas situações, pois com ela se excluía o condenado de sua legítima pretensão de lograr o descanso, o que equivalia a uma pena aplicada *post mortem*. As legislações desses tempos, muito especialmente as vigorantes no Oriente, caracterizavam-se pelo seu conteúdo religioso, razão pela qual o delito significava uma ofensa à divindade, do que decorria a imolação do delinquente à divindade ofendida para assim aplacar seu enojo. O Código de Hamurabi, ao que se sabe, é o único desprovido de conteúdo religioso. A ele iremos nos referir mais detalhadamente quando examinarmos a legislação Caldéia.

## China

Muito embora se reconheça existir a civilização chinesa cerca de seis mil anos antes da era Cristã, os relatos que nos chegam têm seu início vinte e cinco séculos antes de Cristo, todos mesclados de conteúdo legendário. É dessa época que nasceram as primeiras dinastias e considera-se que antes delas não se reclamavam leis penais. A partir de então, foi introduzida uma legislação extremamente cruel, punindo-se como delito mais grave a rebelião ao qual era aplicada a pena de morte, executada de várias maneiras. Ao lado da pena capital, outras cruéis estavam previstas, como a amputação, castração, marcas de ferro na testa. Toda essa legislação estava revestida de conteúdo empírico e a primeira legislação sistematizada data do XXII a.C., com os chamados imperadores místicos (Yao, Sun e Yu), que teriam introduzido o desterro em substituição à pena de morte, os golpes de bambu e os açoites, reservados para as infrações menos graves. Essa mudança teria ocorrido no período de Yao. Sun organizou um governo centralizado, estabeleceu um ministério penal e indicou como fim da pena, o medo, para que não se cometessem novos delitos, mais ou menos aquilo que atualmente denominamos de prevenção geral.

---

<sup>29</sup> VON HENTIG, H. *La pena*. Madrid: Espasa-Calpe, 1967. (Formas Primitivas y Conexiones Histórico-Culturales, v. 1, p. 34).

Aqueles que sofriam as penas de amputação e castração deveriam receber cuidados do Estado. Esse imperador publicou suas leis penais com o título de Lei das cinco penas, que estavam assim distribuídas: para o furto e lesões corporais, a amputação de um ou dois pés; para o estupro, a castração; para o estelionato, a amputação do nariz e para os delitos menores, a marca de ferro na testa. Ensina Cuello Calón que tais penas tinham um sentido religioso, cuja medida é o talião. Segundo essa versão legendária, essa dinastia, a de Chang, concluiu o seu período no século XII a.C. (para alguns autores, em 1030 a.C.), deixando uma legislação penal extremamente cruel, em que se apontam as penas de abraçar uma coluna de ferro incandescente, desarticulação dos membros, açoites executados de variadas formas, cozimento, bastão, penitência, morte por diversas formas, picotagem dos olhos com ferro em brasa. As penas eram estendidas aos membros da família<sup>30</sup>.

A dinastia Chou (séc. XI a III a.C.), que sucedeu a dinastia Chang, processou uma ampla reforma na legislação penal chinesa. Nessa dinastia, recomendava-se, desde seu início, medidas e meditação antes da aplicação das penas de morte e mutilações. Em alguns momentos, limitou a aplicação da sanção ao delinquente, mas posteriormente retornou à conformação inicial, estendendo a pena novamente aos membros de sua família<sup>31</sup>. A dinastia Chou é considerada pela tradição como Idade Clássica da China, em que ocorreram fatos realmente marcantes, inclusive para o direito penal: criou-se um código de leis; apareceu a economia monetária; elaborou-se a obra de Confúcio e de Mêncio. O ano foi dividido em 365 dias e surgiram grandes poetas.

Afirma Ladislao Thot ter sido fecunda para as leis penais a dinastia Chou<sup>32</sup>. Durante algum tempo, a pena ficou restrita à pessoa do delinquente, que atualmente denominamos de princípio da personalidade da pena. Deu-se especial atenção à motivação do delito e se estabeleceu três graus de parentesco com o delinquente que seriam alcançados pela sanção. Nesta dinastia,

---

<sup>30</sup> ZAFFARONI, 1998, tomo I, p. 321

<sup>31</sup> THOT *apud* SAFFARONI, 1998, tomo I, p. 321.

<sup>32</sup> *Cf.* ZAFFARONI, 1998, p. 321

chegou-se a considerar a necessidade como único fundamento da pena, e o imperador Um-Vang nas suas instruções destacava a importância dos móveis do delito. Em outro momento, o imperador ordenava que três graus de parentes do delinquente deveriam sofrer a punição.

Com a queda da dinastia Chou e em meio a uma série de lutas entre os senhores feudais<sup>33</sup> que chamavam a si próprios de reis, ocorreu uma grande modificação na forma de controle social, dando lugar à criação da chamada *escola dos legistas* que se opunha aos princípios confucionistas e dissolvia o direito na ética social. A queda da dinastia Chou deveu-se ao advento de um período anárquico (403 a 221 a.C.), em que um controle ético-social sólido se apresentou como ineficaz para a manutenção e confirmação no poder da dinastia, que se diluía em vários “reis” de um sistema feudal instalado.

Não obstante, os princípios confucionistas voltaram a impor-se como teoria oficial do Estado na dinastia Han, estabelecida a partir do imperador Wu (141 a 87 a.C.), e foram receptados na codificação Tang no século VIII d.C. No século anterior, já tinham sido excluídas as penas aos familiares e estabelecidas as cinco penas de conformidade com a tradição: morte, deportação, desterro, bastonadas e açoites. No ano 745 d.C., foi abolida a pena de morte, que tempo depois foi restabelecida. No século X, ficou estabelecido que nenhuma pena de morte seria aplicada sem que fosse confirmada na capital do império.

No ano 1389 de nossa era, foi sancionado o Código Penal (CP) da dinastia Ming que distinguia cinco categorias de delitos, obedecendo a ordem de sua gravidade, e mantinha com algumas modificações o sistema das cinco penas. A legislação da dinastia Ming permaneceu vigente até a república, em 1912, ainda que com modificações.

---

<sup>33</sup> China. *Ir*. Enciclopédia Barsa. Rio de Janeiro; São Paulo: Encyclopaedia Britannica Editores, 1966. v. 14, p. 345.

## Índia

O Código de Manu, ou seja, o Manava Dharma Sastra, é o texto penal mais elaborado da Índia e talvez o mais completo e ordenado de todo o direito oriental. A data de sua edição é sumamente controversa, uns o situando no século XIII a.C. e outros no século V a.C. Muito embora seja uma obra atribuída a Manu Svayambhuva, que teria sido inspirado pelo próprio Brahma, ordenador do mundo e de seus habitantes, os autores têm admitido que não se trata de realização de um só codificador.

O Código de Manu apresenta, como a maioria das legislações da época, um espírito fortemente religioso. Não obstante, a pena é uma instituição pública, cuja aplicação era faculdade outorgada à divindade, mas que podia ser exercida por autoridade terrena delegada por Brahma, e imposta com a finalidade de conservação da ordem e da sociedade, razão pela qual a aplicação da pena era dever do soberano. Esse poderia, se assim lhe aprouvesse, delegar esse poder ao Tribunal das Quatro Caras, um corpo colegiado de quatro brâmanes, extraordinariamente versados nas Vedas.

O sistema de penas previsto possui certas peculiaridades e, embora preveja a pena corporal que poderia chegar à morte, considerava as circunstâncias agravantes e também a casta a que pertenciam o autor e o prejudicado. É justamente a divisão em castas, não obstante o sentimento de justiça que envolvia a aplicação do Código, que prejudicava a sua adequada aplicação. Daí a afirmação de Soler de que “não é possível buscar formas de verdadeira individualização da responsabilidade e da pena”<sup>34</sup>.

De lembrar-se que, sem falar em castas, mas sim em qualidade, as Ordenações do Reino também padecem dessas considerações.

O Código de Manu também contempla as penas pecuniárias que eram aumentadas em razão da hierarquia do autor que, se bem inferior, podia eximir-se do pagamento em alguns crimes de lesão corporal. Também o Código de Manu distingue a imprudência, a negligência e o caso fortuito; e, junto a esses preceitos, outros são encontrados que aos nossos olhos apare-

---

<sup>34</sup> SOLER, 1945, tomo I, p. 58.

cem como extravagantes e ridículos, afirma Cuello Calón<sup>35</sup>. A punição tinha pelo Código de Manu caráter obrigatório. Assim, por exemplo, o rei deveria punir o ladrão com a morte para que a culpa não recaísse sobre ele. Deve-se considerar que esse código também distinguia o furto do roubo no seu art. 329: “A ação de tirar uma coisa com violência à vista do proprietário é um roubo; em sua ausência é furto, do mesmo modo que o que se nega ter recebido”. Todavia, não se pode concluir pelo texto a extensão da prática da violência, isto é, se alcançava só a ação contra a pessoa ou se abrangia também a coisa subtraída.

O homicídio de um brâmane, de uma mulher ou de uma criança e o falso testemunho recebiam sanções mais graves, enquanto a injúria e o adultério, o furto simples ou qualificado e os fatos atentatórios ao culto eram incriminados de maneira prolixa, variando a penalidade na razão direta da classe social do malfeitor e do prejudicado.

O Código de Manu possui outras peculiaridades, que o tornam sumamente valioso para os estudiosos do direito penal. Assim, consignava a impunidade da legítima defesa, a regra processual do *testis unus tesis nullus*, os delitos culposos. Merece, todavia, especial atenção por ter atribuído penas idênticas para autores, cúmplices e encobridores, num posicionamento que se assemelha à teoria unitária ou monista, que foi adotada pelo Código de 1940 na sua versão original (art. 25).

A pena na legislação hindu possuía característica expiatória, que o próprio Código consignava: “os homens que cometerem culpas e aqueles aos quais o rei impõe castigos vão diretamente para o céu, como aqueles que fizerem boas obras. Vale dizer que com a pena se purga o pecado e o autor se purifica da mancha moral que ostentava. Manoel Pedro Pimentel acrescenta que “como os brâmanes, em razão da sua posição, não podiam sofrer a execução capital, era-lhes reservada pena semelhante à perda da paz, consistente na expulsão da casta”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> CUELLO CALÓN, 1943, tomo I, p. 66.

<sup>36</sup> PIMENTEL, 1983, p. 125.

## Japão

Como em quase todos os países da antiguidade, o direito penal japonês fundava-se na teocracia. No que respeita às penas de prisão, havia duas categorias ou classes. Uma, na região sul, donde poderia o preso sair em algum dia, e outra, na região norte, destinada àqueles que não iriam recuperar a liberdade.

Quanto ao cumprimento da pena havia uma particularidade: os presos, homens e mulheres, podiam se casar e ter filhos, mas esses, uma vez completados oito anos de idade, eram vendidos como escravos. Como se observa, os japoneses com tal providência resolviam dois angustiantes problemas: o da população carcerária e da restrição sexual nas prisões, que na atualidade ainda preocupa o penalista e o penitenciário. Na aplicação da sanção penal, deveria ser observado o moderno princípio da personalidade da pena que, na legislação japonesa não era absoluta, pois, nos delitos graves, a pena poderia alcançar inclusive os familiares.

No século VII da era cristã, foi sancionado um código, o *Taiho ritsu*, que tinha sua base na legislação chinesa, adotando inclusive o sistema das cinco penas, mas também reconhecia um sistema de atenuantes, guardando nesse ponto alguma similitude com o Código de Manu. Entre as circunstâncias atenuantes, havia o reconhecimento do parentesco com o imperador, com um membro da nobreza, com as pessoas que se dedicavam ao serviço público, à sociedade e à ciência. A conhecida pena do *haraquiri*, na qual o próprio delinquente abria seu ventre, foi introduzida na legislação japonesa no século VII d.C.

Durante a Idade Média, foi elaborada uma legislação que se apartou da chinesa. Dita legislação foi sancionada em 1232, sendo conhecida como *Lei das Penas*, com 51 artigos, simplificando-se as tipificações. Por esta lei, os guerreiros (*samurais*) podiam ter seus bens confiscados, mas tinham direito às vinganças, enquanto os demais eram castigados com marca de fogo na testa<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> ZAFFARONI, 1988, p. 325.

## Egito

Somente com a decifração da escrita hieroglífica no século XIX, permitiu-se um parcial conhecimento da civilização e, conseqüentemente, da legislação daquele país, berço de uma das mais avançadas civilizações da antiguidade. Como já assinalado, esse conhecimento é apenas parcial, porque as guerras, as lutas intestinas e sucessivas rebeliões provocaram a destruição de uma riquíssima fonte de informações. E, além das catástrofes que se abateram sobre o país, o desgaste que o passar do tempo produz e o incêndio da biblioteca de Alexandria sepultou, em definitivo, valiosíssimas e seguras fontes de informações. Destarte, o estudo que se poderia fazer e as descobertas absolutamente seguras só podem ser realizados através de fragmentos esparsos e de fontes paralelas. Daí que não se pode admitir serem absolutamente seguras todas as conclusões que de tais fontes se tira. Todavia, é de se admitir ser segura a conclusão de que a pena entre os egípcios possuía um caráter público e que era executada inicialmente pelos sacerdotes e depois pelo próprio faraó a quem se atribuía divindade, ou por pessoa a quem ele delegava esse mister.

É possível estimar-se que, na mais remota antiguidade, cerca de 40.000 anos a.C., um estado totêmico se instalara no país, com tabus bem definidos, como ocorria com outras populações pré-históricas. Ultrapassada essa fase, como já salientado, agora por volta do século XXX a.C., calcula-se ter a pena assumido um caráter público, aplicada pelos sacerdotes ou pelo próprio faraó, e posteriormente só por esse, mas poderia essa tarefa ser delegada para outras pessoas. Os sacerdotes eram escolhidos pelas principais cidades das três regiões em que se dividia o país<sup>38</sup>. Uma vez considerado culpado, era ele mantido na prisão até que o faraó optasse pela pena a ser atribuída. A pena de morte, pelo menos nos primeiros tempos, era largamente aplicada, mas um sensível avanço cultural levou à adoção da pena de multa e de confisco que eram adotadas apenas complementarmente. A prática de vários crimes era invariavelmente punida com a morte, mas há notícia de que o faraó Sabacon

---

<sup>38</sup> MARQUES, O. H. D. *Fundamentos da pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 28.

(Shabak) havia abolido essa espécie de pena, fundando uma colônia penitenciária que era chamada de *Cidade dos Malfeitores*. Com o passar dos anos, outras formas de punição foram conhecidas e adotadas: mutilação, desterro, escravidão, confisco de bens e o trabalho forçado nas minas. Daí que a falsificação era punida com a amputação das mãos, o estupro com a castração e a revelação de segredos, com a extirpação da língua.

No período tebano, estabeleceu-se a mutilação para certos delitos. Lembrem Pessagno e Bernardi que o historiador egípcio Maneton realizou um sério estudo das dinastias imperiais partindo de fragmentos; inclusive da legislação elaborada por Manes, que na época representava para os egípcios o mesmo que o Código de Manu significava para os hindus, as leis de Sólon para os gregos e o decálogo recebido por Moisés para os hebreus. Aquele corpo legislativo, como ocorria com os de outros povos da antiguidade, era um trabalho *pluriforme* e sofreu modificações através do tempo<sup>39</sup>. Na época saítica, em que ocorreu uma depravação dos costumes, passou a punir com penas mais graves o adultério, o aborto e os crimes sexuais, até então punidos com alguma benevolência.

Os egípcios acreditavam na vida eterna. O *ka*, essência do indivíduo, sobrevivia à sua morte. A conduta dos homens para alcançar a bem-aventurança eterna estava descrita nos hieróglifos dos papiros do *Livro da morte*. Aquele que almejasse compartilhar da vida eterna deveria fazer o possível, ainda em vida, para conquistar a benevolência das divindades. Essa imortalidade que no início era privilégio dos faraós, posteriormente passou a ser reconhecida aos menos favorecidos.

A punição variava de conformidade com as castas, mas as penas apresentavam uma característica peculiar: a existência de penas gerais, adequadas à gravidade do fato praticado, e penas especiais para delitos cometidos por certos profissionais, como os militares, médicos e artesãos especializados. Quando o delito atingia a religião ou o faraó, a pena era de morte, executada com ou sem suplícios, isto é, mediante força, crucificação, decapitação. A sanção passava da pessoa do delinquente, alcançando os pais, filhos e irmãos.

---

<sup>39</sup> PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 36-37.

Os egípcios conheceram também a *perda da paz* e a privação das honras funerárias como acessória de outras penalidades, aplicadas depois da morte, por juízo público. Essa última modalidade foi abolida durante a dinastia dos Ptolomeus. Também havia a punição pela omissão de denunciar a ocorrência de ilícitos penais. Afirmam-se que em algumas espécies de pena transparece a ideia de prevenção geral.

## Fenícia

A Fenícia era constituída por uma faixa de terra situada entre a cadeia do Líbano e o mar. Dita faixa de terra de quinhentos quilômetros ia de Ruad ou Arados no norte ao monte Carmelo no sul. Compreendia várias cidades independentes, entre elas Aradus, Trípoli, Biblos ou Gebal, Beirute, Sidon e Tiro. Essas duas últimas foram as principais e, talvez por esse motivo, sempre rivais. Sua população pertencia ao ramo cananeu do grupo semita, incluindo-se sua língua muito semelhante à hebraica, no grupo norte semítico<sup>40</sup>. Cada cidade possuía seu governante, isto é, era uma unidade autônoma, o que enfraquecia todas diante dos povos agressores. “A impossibilidade da edificação de um grande estado nessa região é justificada pela sua vulnerabilidade”<sup>41</sup>. A organização política constituída pela monarquia hereditária também variava de uma cidade para outra, e o rei possuía poderes absolutos. Em algumas cidades, o rei se moderava pela grande influência dos sacerdotes e pela instituição do Conselho dos Anciãos, com os quais o rei compartilhava a função judiciária.

A extraordinária atividade mercantil desenvolvida pelos fenícios teria de influenciar a elaboração das leis do país. Pode-se dizer que o direito e a atividade comercial andaram de mãos dadas. Em face disso, procurou-se sancionar especialmente a falsificação de moedas, a malversação de bens alheios depositados, o dano intencional, o furto e o roubo. A pena era invariavelmente a de morte, executada mediante suplícios que se estimava como inibidora de novos delitos.

<sup>40</sup> FENÍCIA. In: Enciclopédia Barsa. Rio de Janeiro: Encyclopédia Britannica Editores, 1966. p. 193.

<sup>41</sup> GRANDE história universal. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1973. v. I, p. 47

Também a afronta aos deuses era castigada com severidade, registrada na documentação recolhida a aplicação de castigo especial, imposto aos que profanavam os templos de Astarté, Anat ou Raschuf. Esse castigo consistia no encerramento do profanador em uma tora oca, sob a qual era acesa uma fogueira, disso resultando atrozes queimaduras e sua morte. Penas semelhantes eram aplicadas àqueles que não abonavam os direitos consagrados ao *cohen* ou sacerdotes, não somente pelos sacrifícios de que ficavam encarregados, mas também por sua função conciliatória entre interesses conflitantes. Algo que estimamos guardar alguma similitude com o nosso juízo arbitral. Não obstante esse aspecto, a pena de morte era a principal largamente aplicada.

A atividade jurisdicional foi entregue, de início, aos chefes das tribos juntamente com os sacerdotes. Posteriormente, tal atividade foi absorvida pelos reis e seus mandatários, esses últimos chamados de *sufetas*, denominação também existente entre os hebreus. Esses mandatários, afirmam Pessagno e Bernardi, passaram a ter enorme importância e, a partir de 564 a.C., chegaram a governar Tiro, a principal cidade dentre as fenícias da época<sup>42</sup>. Esses autores esclarecem que, posteriormente, a invasão dos persas anulou este império comercial, deixando como saldo para a atividade judicial, em matéria penal, algumas normas particulares em assuntos vinculados com a atividade mercantil. A Fenícia foi, com certeza, o país do antigo oriente em que as garantias comerciais tiveram o mais firme embasamento e respaldo no âmbito punitivo.

## **Assíria e Caldéia**

Os assírios, caldeus e babilônios viveram na região da Mesopotâmia, sucedendo aos sumerianos que na região tinham chegado primeiro, cerca de 3000 a.C. Esses povos mesclaram suas culturas, e as legislações, quando não eram comuns em face da alternância de dominações, influenciavam umas as outras. Para assim concluir, basta atentar-se que o Código de Hamurabi esculpido numa coluna cilíndrica com mais de dois

---

<sup>42</sup> PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 40.

metros de altura e cerca de 350 linhas, com a queda do império babilônico, foi levado para o Elam. Buscando uma solução didática, vamos estabelecer as características da legislação penal desses povos, observando uma vez mais que entre todas serão encontrados aspectos comuns. Informamos desde logo que merecerá especial destaque a legislação da Babilônia em razão do Código de Hamurabi, a primeira legislação da antiguidade não impregnada de religiosidade.

Entre os assírios vigorava uma legislação extremamente cruel, em meio a qual proliferava a pena de morte, executada mediante crucificação, força ou entrega da pessoa às feras.

Quanto ao enforcamento, havia a execução em massa. Com a queda do *princípio babilônico*, a dominação assíria estendeu-se por quase toda a Mesopotâmia, e nessa época, 1380 a.C., foi elaborada uma nova legislação que ficou conhecida por *Corpo de Leis de Assur Uballit*. Essa legislação deu maior amplitude à matéria penal. Gravada sobre uma tábua de barro, continha 36 preceitos, destinados a reger matérias como adultério da mulher, furto, roubo, sacrilégio, e continha também circunstâncias agravantes para o roubo, depositário infiel, ainda quando houvesse culpa, para as lesões corporais, aborto provocado por agressão e estupro. Noticia-se que esse corpo legislativo contemplava a morte por imersão, a morte na água e a mutilação das partes mais diversas, a multa e a bastonada. Afirma-se que o rei Sardanápolo instituiu uma pena bastante peculiar que era a destruição da casa do delinquente<sup>43</sup>.

Seguindo uma vez mais Ladislao Thot, informamos que, conforme indica, entre os séculos XIV e XIII a.C., a legislação dos assírios caracterizava-se pela vingança e pelo talião, e desde essa época já eram aplicadas as penas de morte, mutilações e outras corporais, mas também estava prevista a pena de multa. As penas aplicadas aos filhos eram executadas na presença dos pais. É de considerar que a legislação assíria e a de todos os povos da região da Mesopotâmia, diante das constantes guerras e invasões que se processavam, sofreram influência de outras legislações. Não será exagero vaticinar que as influências apresentam reciprocidade. A Bíblia relata a história de Daniel que foi atirado ao poço dos leões por se negar a adorar o rei Dário.

---

<sup>43</sup> Cfr. ZAFFARONI, 1998, v. 1, p. 325.

Quanto aos caldeus, informa Ladislao Thot: os fragmentos da escrita cuneiforme que chegaram até nós indicam a existência de um direito penal com sentido ético-religioso, uma vez que as penas mais graves eram as de maldição, mas esclarecem que outro delito tido como grave é o da negação dos laços de sangue. Entre as penas mais graves – que também foram adotadas por outros povos da região – cataloga-se as de morte por imersão, as mutilações, os espancamentos e a multa. Essa estava reservada para os delitos de menor relevo e era aplicada isolada ou cumulativamente com outra pena. Informa Zaffaroni que “a eficácia preventiva da maldição é explicada pela profunda convicção mágico-religiosa”<sup>44</sup>. Nesse sentido, escreve Hans von Hentig que a maldição possuía um sentido mágico, e que a punição vinha acompanhada da extração da língua ou da secção desta<sup>45</sup>.

## **Babilônia**

Na Babilônia, encontramos a mais célebre das legislações da antiguidade: o Código de Hamurabi, a única que se conhece em sua quase totalidade. A data de sua elaboração é bastante controvertida, sendo que, para alguns, sua elaboração data de 2.250 a.C., e para outros, 1.950 a.C., mas não faltam autores que o posicionam nos anos 2.235 a.C. e 2.242 também antes de Cristo. No entanto, há historiadores que situam Hamurabi como rei que governou a Babilônia de 1.738 a 1.686 a.C., depois de haver conquistado as cidades de Isime, Larsa e Elam, o que tornaria a legislação bem mais recente.

O Código de Hamurabi regula matéria da mais variada índole e, entre elas, também contém a legislação penal baseada no talião. Vamos apontar algumas das disposições existentes: Assim, se um homem destruir o olho do outro, terá o seu destruído; se um homem quebrar um dente de um homem da mesma categoria, terá o seu quebrado, mas também havia outras previsões. Assim, aquele que lesionar uma mulher provocando o aborto, sofria a morte de um filho, mas se a lesão decorresse

---

<sup>44</sup> ZAFFARONI, 1998, tomo I, p. 325

<sup>45</sup> von HENTIG, 1967, v. 1, p. 117-118.

de culpa, a pena seria o pagamento das despesas com a cura. No entanto, o médico que causasse a morte do cliente, sofria a amputação da mão. Adotado o critério talonário, o arquiteto que causasse a ruína da casa, se morte houvesse, sofria pena de morte, e se também morresse o filho do proprietário, ocorria também a morte de seu filho. Importante será consignar que o Código de Hamurabi distinguia perfeitamente a culpa do dolo, e reconhecia as eximentes da força maior e do caso fortuito, bem como a boa-fé, estado de necessidade e legítima defesa. Também havia a equiparação das penas entre nacionais e estrangeiros. O adultério, o incesto, o sequestro, a covardia no combate e o latrocínio eram castigados com o afogamento no rio<sup>46</sup>. A diferença de castas determinava a diversidade de penas.

A administração da justiça baseava-se nos costumes sumerianos. Os pleitos eram solucionados nos templos; os juramentos das testemunhas eram prestados aos sacerdotes, mas eram os juízes leigos que ditavam a sentença. Havia um duplo grau de jurisdição, pois era permitido a apelação de um grau inferior para um superior, cabendo, todavia, a decisão final ao soberano. Acentua Soler que “a autoridade da lei e mesmo a do rei possuíam um sentido firmemente protetor da vítima e da justiça”<sup>47</sup>.

## **Pérsia**

O direito penal persa pode ser dividido em duas épocas ou dois períodos: a primeira, que envolve os tempos mais remotos correspondentes às ideias zoroástricas, e uma segunda, em que se imprime a influência do islamismo, agora já no século VII, da era cristã.

No primeiro período, a justiça caracterizou-se pela vingança privada e se regulou pelo talião. Principalmente durante a dinastia dos Aqueménidas, em que o rei exercia o seu poder segundo um direito divino que lhe foi concedido pelo deus Ahura Mazda, como se pode constatar em várias inscrições feitas em três idiomas: em persa antigo, que era a língua original, em

---

<sup>46</sup> GRANDE História Universal, 1973, p. 23.

<sup>47</sup> SOLER, 1945, tomo 1, p. 58.

elamita e em acadio. Numa das inscrições gravadas durante o reinado de Dario I, lê-se: “Pela graça de Ahura Mazda, eu sou o rei; Ahura Mazda me deu o reino”. Segundo os historiadores, a menção desse deus por Dario I revela uma religião que tinha começado a se desenvolver muitos anos atrás, exatamente na época em que o culto politeísta das tribos arianas foi transformado por um profeta, que pregou no século VII a.C. Esse profeta chamava Zoroastro, segundo a língua grega, ou Zaratustra, segundo a forma original ariana.

Exatamente durante essa dinastia aquemênida, instalou-se um sistema penal com sanções extremamente cruéis, que atingia níveis incomuns até mesmo na antiguidade. A pena de morte, que atingia índices absurdos, era executada mediante formas bastante brutais, provavelmente as mais horrendas dentre tantas que a humanidade conheceu nesse período<sup>48</sup>. A pena capital era executada pela crucificação, esquartejamento, lapidação (apedrejamento), sepultamento em vida. Mas a forma mais notável de crueldade era o *scafismo*, que é assim exposto por Zaffaroni: “consistia en presionar el tronco del executado dejando que sus miembros, cubiertos de miel, fuesen atacados por las moscas y los vermes excrementicios le roysen los intestinos”<sup>49</sup>.

Entre outras penas corporais, excluída claro a de morte, os persas conheceram a amputação do nariz, das orelhas, das mãos, dos pés e a cegueira produzida por azeite quente. Também havia o desterro, o confisco de bens e a pena de infâmia, que não acompanhava a execução da pena por decapitação. Artaxerxes I, que sucedeu a Dario, promulgou importante reforma penal, dividindo os homens quanto à sua origem. Para os de origem mais elevada socialmente, as penas corporais não eram executadas sobre o seu corpo, mas sobre suas vestes.

A crueldade com que as penas eram executadas entre os persas é atribuída ao fato de que o delito era considerado contra o soberano. Os administradores provinciais eram responsáveis frente aos particulares e ao soberano pelos delitos cometidos em sua província. Esse fato, de certa maneira, justifica a crueldade do sistema punitivo vigorante. Com Ciro, os julgamentos

<sup>48</sup> BALESTRA, C. F. *Tratado de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1966. v. 1, p. 99.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, 1998, v. 1, p. 330.

se processavam em praça pública, e a pena de morte aplicada deixava insepultos os cadáveres.

De conformidade com os ensinamentos de Zoroastro, a pena aplicável ao delito objetivava separar o delinquente da comunidade, e só com o islamismo se processou modificações, embora fossem seguidas velhas instituições, sem qualquer vinculação religiosa anteriormente vigente.

## Israel

A história do povo hebreu é bastante conhecida, razão pela qual dispomos de seguros elementos de informação, principalmente do antigo testamento. As conclusões que se retira dessas fontes de informação nos permite formular o evoluer histórico do direito penal desse povo com absoluta segurança.

A característica mais perceptível do direito penal hebreu foi o talião, que é visto sob uma ótica diferenciada. Para uns, a lei hebraica contemplava o talião com todas as características do *olho por olho, dente por dente*, enquanto outros historiadores sustentam ter tido o talião um puro sentido metafórico, que apenas indicava a proporcionalidade entre a pena e a reparação do mal causado<sup>50</sup>.

A principal fonte do direito hebraico são os *Dez Mandamentos*, ou *Decálogo*, sobre os quais foram construídos os preceitos jurídicos e penais, como é óbvio, que ficou conhecido por direito penal hebraico. Também é conhecido por legislação mosaica, sendo originária das normas ditadas por Deus a Moisés, no Monte Sinai, provavelmente treze séculos antes de Cristo, no retorno dos hebreus à terra prometida, depois de longo exílio no Egito. Além do Decálogo, o *Pentatêuco* e o *Talmud* possuem referências aos cânones morais e religiosos que predominavam entre os hebreus. Sendo que, nesse último, o Livro IV, o *Neziquin*, é inteiramente reservado ao direito penal e à reparação dos danos. O *Pentatêuco* é formado de cinco grandes livros de Moisés, integrando-o o Gênesis, o Êxodo, o Levítico, os Números e o Deuteronômio. Reiteramos que, para o objetivo deste trabalho, interessa muito especialmente o *Talmud*. O

---

<sup>50</sup> ZAFFARONI, 1998, tomo I, p. 327.

objeto essencial do Talmud é explicar a lei de Moisés, e com ele se logra um real panorama de toda a legislação mosaica, e se pode melhor valorá-la. Atente-se que o Talmud, que significa *ensinamento*, foi redigido entre os séculos II e VI, portanto, já na era cristã, mas através de seus provérbios e glosas fornece elementos essenciais para a compreensão das tradições, preceitos tradicionais e normas essenciais que vigoram para o povo hebraico.

A pena de morte foi bastante aplicada desde os primeiros tempos e era destinada principalmente para o delito de idolatria, quando poderia alcançar também aquele que, conhecendo o fato, não o denunciava<sup>51</sup>. A sanção penal nos primeiros tempos, segundo German Levy, era orientada pelo sentimento de vingança, e, complementando ainda sua exposição, esse autor diz que: “o Direito Penal hebreu, como o de todos os povos primitivos, saiu da vingança, que obriga todos os componentes do clã, a reparar as violações cometidas e sofridas por qualquer de seus membros. A vingança pessoal era um direito, a de sangue era um dever”<sup>52</sup>.

A pena de morte era aplicada de várias formas, entre elas: forca, crucificação, lapidação, espada, afogamento, emprego de serra, fogo, roda, martelo com espinhos, flecha, pisoteio por animais, entrega às feras, precipitação etc. Tais penas eram reservadas para aqueles que praticassem crimes considerados graves, como os contra a divindade, o homicídio intencional e outros atentados sérios à moral e aos bons costumes. Entre os hebreus havia cinco grupos de crimes, e, evidentemente, a sanção era adequada à gravidade do fato, a saber: (a) contra a divindade (entre eles a feitiçaria, idolatria, blasfêmia, falsa profecia, o acesso carnal durante o mênstruo *etc.*); (b) contra os seus semelhantes (filhos contra pai, homicídio e lesões corporais); (c) contra a honestidade (adultério, sedução, estupro, rapto); (d) roubo e furto (que se apresentavam bem distintos, sendo o primeiro cometido com violência ou força física) e que abrangia a usura; (e) contra a honra (falso testemunho, acusação falsa e a calúnia). Aqui se vislumbra uma clara concepção do povo hebreu de tratamento igualitário entre os delinquentes, numa

---

<sup>51</sup> PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 43.

<sup>52</sup> BALESTRA, 1966, v. 1, p. 103.

clara realização da justiça: “O Senhor tem horror à injustiça, diz o profeta Amós, tanto como o tratamento brando com os grandes e sua dureza para com os fracos” (...) “o bom direito há de brotar como a água, e a justiça como torrente que nunca seca”. Não obstante, fazia exceção para os menores para os quais, da primeira vez, previa sanções e tratamentos especiais. Daí que somente no Tribunal dos Vinte e três, em casos atrozés, e só com a anuência dos pais poderia ser executada a lapidação de um menor de idade. Essa situação persistia até os treze anos de idade e mais três meses. A ira divina provocada pelo delito exige punição e o desgosto divino é que compele o povo a não a pecar (Êxodo, XX-19 a 21).

A lei mosaica, estruturada sobre as normas ditadas por Iavé no Sinai de maneira sistemática, foi paulatinamente se modificando pela atuação de várias escolas de direito dirigidas por fariseus, que defendiam a ideia de que Deus, conjuntamente com a lei escrita, acrescentou uma lei oral. Essa, com a morte do profeta, reclamava uma definição da sabedoria, ou seja, que se extraísse as consequências da lei escrita. Esses juristas eram chamados de *Rabbi* (que significa, atualmente, mestre ou doutor em leis, e que antes foram chamados de senhor e de comandante). Hoje em dia no vernáculo, são chamados rabinos, que se transformaram em verdadeiros legisladores. Do trabalho dos rabinos sobre o Decálogo e a legislação mais antiga, foi acrescentado do *Torá*, que literalmente significa conhecimento e que é de forma correta chamado de lei (*Michna*), a qual sintetizou a doutrina judaica rabínica. Com os comentários, estudos e adições posteriores, agora no século V d.C, formou-se o Talmud, que significa estudo.

Com o Talmud, revelou-se a reincidência, a legítima defesa, a culpa em sentido estrito, a preterintencionalidade e o erro. Aliás, a Bíblia, já no Êxodo 21, estabelecia claramente a diferença entre o dolo e a culpa, a rixa e o caso fortuito.

Porém, o direito penal hebreu se apresenta bastante humanizado, pois a razão última era fazer o bem e não ofender a Iavé (Deus), diversamente de outras legislações da época, segundo a maioria dos historiadores, pelo menos a partir da lei mosaica e dos estudos que sobre ela foram realizados pelos rabinos. E também em face da engenhosidade dos talmudistas,

que formularam conclusões, comentários e deduções nem sempre muito claros e que impediam quase sempre a aplicação da pena capital. Daí a afirmação de Goldstein de que o Talmud, ao cuidar da pena de morte, na realidade consagrava a sua abolição<sup>53</sup>. É certo que o Talmud, no Livro IV, cuida do tema penal juntamente com a reparação civil dos danos. E se é importante ressaltar ter o Talmud estabelecido, como já mencionado, um tratamento especial para os menores e uma pena mais grave para o falso testemunho, é importante também ressaltar ter ele adotado uma escusa absolutória através do casamento, hoje largamente aceito pelas legislações modernas. Tendo em vista os princípios religiosos que transparecem bem nítidos na legislação hebraica, em que Deus não era uma divindade exclusiva dos hebreus, de modo diverso do que ocorria nas legislações contemporâneas, e não punia diferentemente senhores e escravos, até porque a pena possuía caráter sacral e purificador, mas é certo que na legislação hebraica não havia preocupação com a ressocialização.

## Grécia

A história do direito penal grego e, conseqüentemente, de suas penas não é fácil de ser escrita. Isto decorre de vários fatores: primeiramente, porque as informações de que dispomos são escassas e pouco precisas, posto que perdidas no evoluer dos tempos, o que obriga os estudos a se estruturarem sobre fragmentos que cuidam, em conjunto, com outras questões. Em segundo lugar, porque não é fácil falar em direito penal grego, razão pela qual alguns preferem falar em direito penal cretense, siciliano, espartano ou ateniense. Cuello Calón lembra que os poucos dados que dispomos acerca das legislações helênicas procede, na sua maioria, dos filósofos, oradores, poetas e principalmente dos trágicos<sup>54</sup>. Muitos historiadores invocam como fonte de conhecimento da civilização grega, aquela que foi transmitida pelos romanos.

---

<sup>53</sup> GOLDSTEIN, M. *Derecho Hebreo através de la Bíblia y del Talmud*. Buenos Aires: [S.n.], 1947. p. 135-136.

<sup>54</sup> CUELLO CALÓN, 1943, tomo 1, p. 66.

Todavia, essas fontes fragmentadas não nos impedem de estabelecer uma nítida diferença entre os sistemas jurídicos vigorantes em Esparta e Atenas, para ficarmos apenas com as duas cidades mais significativas no mundo helênico, que iremos alinhar posteriormente.

Em geral, inclusive para assinar um método seguro para a compreensão do direito penal grego, os historiadores dividem a evocação desses povos em dois períodos: o *legendário* e o *histórico*. O primeiro, também denominado primitivo e ontológico, conhece a vingança de sangue como a primeira forma de reação social frente ao delito, pena que alcançava toda a família do autor. Numa segunda etapa, os gregos conheceram o talião e a composição, mas com isso não estamos afirmando que essas etapas foram desenvolvidas em um só tempo em todas as várias regiões. A composição aparece bem nítida na *Iliáda* (Rapsódia, XVIII), mas o *quantum* da indenização era debatido em tribunais, possivelmente pelos membros da *Bulé*, um conselho tribal dessa época que de início era composto por 400 membros e que passou a 500, ao tempo de Clistênio (508 a.C.). Enquanto isso, o Canto IX, num texto bastante claro, estabelece: “pela morte do irmão ou do filho, se recebe uma compensação, e, uma vez paga a importância fixada, o matador permanece junto ao povo, e o coração e o ânimo do ofendido se apacientam em face da soma recebida (...)”.

Nessa época, por volta do século X a.C., quando Homero escreveu a *Iliáda*, já havia sido superado o período da vingança privada e se experimentava o progresso que a composição voluntária representou. No entanto, nessa mesma época, a composição voluntária coexistiu com a chamada *Lei de Radamanto*, em que a vingança privada era a única forma de satisfazer o espírito dos mortos, e, muito embora se estimasse que o delito provinha do destino, a vingança se cumpria.

No período histórico, a pena de morte era aplicada sem qualquer parcimônia, mas já não se vinculava, como no período anterior, à religião, porque é exatamente nesse momento que se apresenta certa descrença nos deuses vingadores (ou nocivos), como as deusas Erínias encarregadas de castigar o delinquente. A pena, mesmo a de morte, era aplicada com um fundamento moral e civil e, diversamente do período anterior, era individual.

Os helenos agora já habitavam as cidades, *polis*, e isso ocorreu provavelmente no século VIII a.C., conquanto o desenvolvimento delas se processasse de maneira desigual. Mesmo assim, operou-se uma verdadeira revolução social nas polis, cujo reagrupamento ocorrido dois ou três séculos depois daria início ao *século de ouro* da civilização grega, conhecido como Século de Péricles.

A pena de morte era aplicada de maneira desigual. Para os cidadãos gregos, havia a precipitação em um abismo, e mais tarde usou-se a forca. Também era frequente a permissão ao condenado para que praticasse o suicídio. Para os escravos, no entanto, era reservada a crucificação. Não obstante, devemos salientar que o confisco não era consequência obrigatória ou de normal aplicação da pena de morte, pelo menos em relação ao homicídio. Ao lado da pena de morte, como sanção acessória, os gregos também conheceram a privação de sepultura<sup>55</sup>.

Entre os gregos, pelo menos quanto aos atenienses, aparece a pena de perda da paz, que era denominada *atimia*. Essa pena, segundo alguns historiadores, acarretava terríveis consequências para o sentenciado, pois, uma vez aplicada a sanção, qualquer pessoa poderia matá-lo e apoderar-se de seus bens. Outros autores, porém, afirmam que a *atimia* nada mais significava do que a perda dos direitos políticos<sup>56</sup>. O exílio, de uso frequente, era sempre voluntário.

Como já deixamos alinhavado, o direito penal grego vigente em Esparta diferenciava do vigente em Atenas. Assim, quanto ao primeiro, cabe destacar a legislação elaborada por Licurgo, que remontaria entre os séculos IX e VII a.C., da qual a tradição permite extrair algumas particularidades, como a impunidade para o furto de alimentos realizado por adolescentes, a punição do celibato e um estranho delito: o de sentir piedade pelo próprio escravo<sup>57</sup>. Com Licurgo, que se limitou a dar normas gerais, liberando o tribunal de Éforos a fixar as sanções caso a caso, o que era feito quase sempre de forma arbitrária, livrou-se o direito penal espartano de qualquer similitude com o

<sup>55</sup> ENCICLOPÉDIA Italiana (di scienze, lettere ed arti). Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana, 1929-1939, v. 5, p. 665.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 665.

<sup>57</sup> CUELLO CALÓN, 1943, tomo 1, p. 67.

ateniense. Esse mantendo ainda um caráter expiatório-religioso, e que nem mesmo assumiu algum aspecto filosófico ou jurídico, posto que o fim proposto era o de aplicar de imediato o castigo e o terror aos possíveis imitadores.

A legislação ateniense, que não é mais conhecida do que a espartana, possuía nuances bem diferenciadas. A legislação de Dracon (séc. VII a.C.) e depois as de Sólon (séc. VI a.C.) apresentam alguns aspectos diferenciados e muito interessantes. Primeiro porque, somente a partir dessas legislações, se desprezou os aspectos religiosos e se apresentou bem nítida uma concepção do Estado. Os delitos, a partir de então, passaram a classificar-se em ofensas aos direitos individuais e aos interesses coletivos. Para esses, estavam reservadas sanções bem mais severas, enquanto as penas preconizadas para as ofensas aos direitos individuais eram bem benevolentes, como assinala Luís Jiménez de Asúa<sup>58</sup>.

Inexistindo nessa época, obviamente, o que hoje chamamos de princípio da legalidade ou reserva legal, os juízes possuíam amplas faculdades, não só para exercer o seu nobre mister, mas também para poder apenar condutas não previstas em lei. E, além disso, parece que até de forma abusiva, eles aplicavam injustas sanções, de uma maneira bastante diversificada, por razões e motivos que se mesclavam com paixões políticas, razão suficiente para as severas críticas desfechadas por Sólon.

Além das penas nomeadas, os helenos conheceram o desterro, que era normalmente aplicado para os homicídios involuntários ou por imprudência, mas que aos poucos foi destinado para outras infrações. Há uma pena, porém, que guarda similitude com o desterro e, ao que parece, só existiu entre os atenienses e foi totalmente desconhecida dos povos da antiguidade: o *ostracismo*, dotada de evidente matiz política. Os atenienses, quando consideravam que algum funcionário não havia cumprido com os seus deveres, por votação, decidiam ou não pela aplicação da pena de desterro. Os votos eram escritos em peças de barro, daí o nome (em grego, *ostraxon*). Essa pena não possuía caráter infamante e nem acarretava o confisco de bens. Mas o abuso de sua aplicação, que chegou a desterrar funcionários por insignificâncias, levou ao fim do sistema. No entanto,

<sup>58</sup> ZAFFARONI, 1998, tomo I, p. 81.

antes de sua abolição, foram desterrados com pena de ostracismo, entre outros, Péricles, Aristides e Temístocles. Acresce salientar que o direito grego conheceu as circunstâncias agravantes e atenuantes.

Os filósofos, como já observado, tiveram grande influência no direito ateniense, mas nem sempre os seus pensamentos guardavam uma mesma linha ou coerência. Para essa constatação, basta observarmos que a pena, para Platão era apenas expiação, ou seja, retribuição, defendendo o pensador até a pena capital e a privação de assistência médica aos delinquentes. Protágoras de Abdera (séc. V a.C.) via na pena uma finalidade: a de preservação da ordem social. Com esse pensamento, ele se aproxima das concepções de prevenção geral da doutrina moderna e, inclusive, da teoria sistêmica de Günther Jakobs. Não será demais salientar que o direito grego, mesmo que desarticulado por uma série de instituições locais de suas cidades e ainda apresentando um significado relativo para o direito penal, representa muito para o pensamento humano ao construir a base da política e do direito, em que se há de assentar todo o pensamento científico do ocidente<sup>59</sup>. De qualquer maneira, o direito penal grego representa um passo entre o direito penal oriental e o ocidental. É o pensamento aristotélico, por exemplo, significa o embasamento da teoria finalista da ação, atualmente aceita pela maior parte da doutrina moderna. Antes já havia influenciado nas concepções de Carmignani e Carrara.

## Roma

Para um melhor exame das penas conhecidas pelo direito penal romano, preferimos seguir a divisão proposta por Filippo Grispigni, que nos parece ser bastante didática e se assenta nas quatro fases bem caracterizadas da história de Roma: (1) Primeiros tempos; (2) Fundação de Roma; (3) República e (4) O Império<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> SOLER, 1945, tomo 1, p. 60.

<sup>60</sup> GRISPIGNI, F. *Diritto Penale Italiano*. Milano: A. Giuffrè editore, 1952, Parte prima, p. 55-60. (Esta divisão também foi aceita por BALESTRA, 1966, tomo 1, p. 105-111).

## 1) Primeiros tempos

Deste período, são poucas as informações que chegaram até nossa época. “Os primeiros anos de sua existência estão cheios de tradições duvidosas e de fábulas inverossímeis<sup>61</sup>. Por volta dos séculos IX e VIII a. C., no território onde iria ser a cidade de Roma, operou-se o encontro de várias populações, cada uma delas ostentando uma longa história<sup>62</sup>.

Quanto à pena, existiam dois conceitos para os casos mais graves, ambos fundamentados na religião. Os antigos códigos das cidades reuniam um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas, diz Fustel de Coulanges<sup>63</sup>. Assim, na primeira situação, havia a expiação, quase sempre com o sacrifício do ofensor, que era realizado de maneira crudelíssima, como a *crematio* (vivicom-búrio), em que o sentenciado era atirado vivo às chamas; na segunda, o condenado era crucificado, cuja cruz possuía a forma de “T”. Nesse período, que entendemos ser bastante nebuloso, também era aplicada a pena de *culleus*, que era a submersão do condenado na água, preso dentro de um saco (*culleum*). Também havia o esquarteramento por animais. Dessa forma, evitava-se o sepultamento e impedia-se que os restos mortais contaminados

---

<sup>61</sup> ORTOLAN, 2005. *apud* BALESTRA, 1966, v. 1, p. 105. Entre os romanos, lembra Fustel de Coulanges, afirma-se ter Numa escrito como rei, o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Aos etruscos, que no século IV a. C. foram absorvidos pelos romanos, leis foram a eles outorgadas pelo deus Tagés. Todas as opiniões encontráveis afirmam que nisso se encontra algo de verdadeiro até porque o pensamento do autêntico legislador entre os povos antigos nunca se encontra, propriamente, no homem, mas na crença religiosa de que era portador (FUSTEL DE COULANGES, 1945, p. 233).

<sup>62</sup> Cf. GRISPIGNI, 1952, p. 55, que a recolheu de De Francisci, Storia, 1926, v. 1, p. 76. (afirmando o autor ser essa também a opinião de Bonfante).

<sup>63</sup> FUSTEL DE COULANGES, 1945, p. 229-230. Segundo este autor, em Roma o pontífice obrigatoriamente deveria conhecer o direito, e, a contrário sensu, não poderia conhecer o direito sem possuir ciência da religião. “O motivo pelo qual os mesmos homens eram ao mesmo tempo, pontífices e juristas, resulta do facto de que Direito e religião se confundem formando um todo. Disso provém a antiga definição conservada pelos juristas até Justiniano: “*Jurisprudèntia est rerum devinarum atque humanorum notitia*” (p. 230-231, inclusive a nota de rodapé n. 2).

tocassem o solo<sup>64</sup>. Assim concebida, a morte não representava tão só uma pena, mas sim a completa eliminação do culpado, pois do morto não deveria permanecer traço algum, nenhuma representação, daí decorrendo a perda de todos os direitos e de todos os bens, a invalidação do testamento e a cassação do pátrio poder, *etc...*<sup>65</sup>

De se realçar que nessa época, o pátrio poder era ilimitado, já que o *pater familia* era o sacerdote do grupo e o juiz. Basta recordar que ele possuía o *jus vitae necisque* (o direito de vida de morte) sobre os seus familiares. Porém, ao que parece, pelo menos algum tempo após, o chamado poder doméstico passou a sofrer limitações no que respeita à imposição do castigo, passando a ser regulado por um poder jurídico<sup>66</sup>. Não havia, contudo, nesse sistema um conceito jurídico de pena, ou seja, uma correspondência entre a gravidade do fato e a pena aplicável, e nem mesmo no aspecto processual havia um procedimento fundamentado em lei. Na verdade, pode-se afirmar que nos primeiros tempos, cujo direito se pode chamar de primitivo, vigorava a vingança privada, subsistia o tabu e apenas era conhecido o crime intencional. “*El totemismo se manifiesta en los primeros tiempos a través de los “sigma” militares y de ciertos cultos domésticos. La figura del lobo, el caballo y el jabali rigen estas ceremonias y se les cumplen sacrificios propiciatorios*”<sup>67</sup> (Pessagno y Barnardi).

## 2) Fundação da cidade

Em 753 a.C., Rômulo fundou a cidade de Roma e tornou-se o primeiro rei, governando até 716 a.C., quando, segundo a lenda, “elevou-se para os céus, onde foi adorado pelo

---

<sup>64</sup> BRASIELLO, U. Verbete pena (*diritto romano*). In: Novissimo Digesto Italiano. Turim: UTET, 1957. v.2, p. 809.

<sup>65</sup> *Ibidem*. Teodoro Mommsen escreve: “a) Tocante os delitos públicos de la época antigua, o sea los que iban mediatamente dirigidos contra el Estado, le regla dicha no valia; la maldición obrada más alla de la tumba, y aun después de la muerte podian aplicarse las penas de privación de sepultura, de remoción de la tumba, y sobre todo, de execración de la memória del defunto” (MOMMSEN, T. Derecho penal romano. Bogotá: Temis, 1976. p. 47).

<sup>66</sup> BALESTRA, 1966, v. 1, p. 105.

<sup>67</sup> PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 53.

nome de Quirino<sup>68</sup>, sendo sucedido pelo sabino Numa Pompílio, cujo reinado perdurou até 509 a.C. Assevera Grispigni que, mesmo após a fundação da cidade de Roma e durante todo o período régio, a pena manteve o seu caráter sagrado, isto é, conservava a influência da religião, do que resultava que os fatos eram submetidos a decisão dos sacerdotes, os únicos juízes competentes para o julgamento da maioria dos processos. O rei também era, por sua vez, sacerdote e exercitava a jurisdição criminal. Segundo Rogério Lauria Tucci, o rei era o “magistrado único, vitalício, irresponsável”<sup>69</sup>, possuindo sobre os autores dos *delicta publica (crimina)*, o *jus vitae et necis*, como era o *perduellio*, também chamado de *crimin maiestatis ininminatae* que eram o atentado contra a segurança do Estado, o *parricidium* e o *incensus*. Esse último era a recusa da prestação dos ônus militares e financeiros. Para o *incensus*, a pena era a venda do culpado como escravo para fora do território romano, cumulada do confisco de seus bens. Durante o seu reinado, Numa Pompílio, mediante lei, estabeleceu que por ser o escravo considerado *res* (coisa), a sua morte não podia ser considerada homicídio, e se a morte recaísse sobre escravo alheio, haveria dano.

Para o *perduellio* e o *parricidium*, a pena era a capital, imposta por funcionários especiais, inicialmente escolhidos pelo rei e depois pelo povo, que eram os *duoviri perduelliorum* e os *quaestiores parricidi*. A pena de morte era executada de várias formas, como a decapitação por machado, a crucificação, *etc.* Nessa época, já se vivia a terceira fase, que decorreria do enfraquecimento do caráter sacro da pena e aparecia o período da vingança pública, que agora passa a ser exercida pelo poder político. Vivia-se, então, o período de vigência da Lei das XII Tábuas e se instalara a República (509 a.C.). Parece-nos importante assinalar desde logo que a *Lex Duodecim Tabularum* dedica a Tábua VIII e parte da IX à matéria penal.

---

<sup>68</sup> Cf. GRANDE... 1973, v. 1, p. 99.

<sup>69</sup> LINEAMENTOS do processo penal romano. São Paulo: J. Bushatsky/Edusp, 1976. p. 35.

### 3) República

Com a queda do reinado, instaurou-se a república (509 a.C.), e com esta, a pena perdeu o seu conteúdo expiatório, como consequência do divórcio que se processou entre o Estado e a religião. Com isso, introduziu-se uma disputa pelo monopólio do poder, limitado inicialmente, mas que se tornou total depois, no sentido de proibir a vingança privada e reservar para o Estado a repressão dos delitos. Mas essa tarefa só pode ser processada paulatinamente, pois, mesmo após o advento da Lei das XII Tábuas, um contingente místico ainda era introduzido no direito penal dessa época<sup>70</sup>. Não obstante, pode-se afirmar com absoluta segurança que os “romanos foram um dos raros povos antigos que cedo libertaram o Direito do domínio religioso, distinguindo nitidamente, na doutrina e na prática, o jurídico do sacral”<sup>71</sup>. Esse aspecto é relevantíssimo e muito notável: estabeleceu a diferença entre o “*fas*” e o “*jus*”, ou seja, entre a religião e o direito, razão pela qual ficou estabelecido pelo Estado um caráter exclusivamente civil para a pena, reservando-se para essa o conhecimento e a decisão de sua aplicação para os fatos delituosos.

Tem-se como indubitável que só com o advento da Lei das XII Tábuas é que se inicia um período de criação e vivificação legislativa, que se tornou o primeiro código romano (451-450 a.C.)<sup>72</sup>. O código proclamava o caráter universal da legislação, decretando a igualdade das penas para todos os cidadãos, consagrando não haver diferenças de tratamento entre patrícios e plebeus. Excluídos ficavam apenas os escravos que eram considerados simples *res* (coisa). Com essa legislação, surge o talião e a composição, com o que se torna ilícita a vingança privada<sup>73</sup>. A Lei das XII Tábuas também previu a sanção pecuniária, que era aplicada na “*polizia dei costumi*”, na usura, na ofensa ao pu-

<sup>70</sup> FUSTEL DE COULANGES, 1945, p. 230.

<sup>71</sup> BRUNO, A. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. Parte geral, v. 1, tomo 1, p. 66.

<sup>72</sup> É conhecido como Código ou Lei das XII Tábuas, por ter sido gravada em doze tábuas de bronze, expostas no foro, para que todos dela tomassem conhecimento (*Cf.* GRANDE ..., 1973, v. 1, p. 101-102).

<sup>73</sup> GRISPIGNI, 1952, v. 1, p. 56.

dor e também nos contratos mercantis<sup>74</sup>. A Lei das XII Tábuas foi a primeira lei em que se operou a laicização efetiva do direito penal, estabelecendo a distinção entre os *delicta publica* e os *delicta privata*<sup>75</sup>. Os primeiros eram perseguidos por órgãos estatais e punidos com penas públicas. Agora, já não se resumiam ao *perduellio* e o *parricidium*, mas também estavam abrangidos o falso testemunho em causa civil e o incêndio doloso. Para o autor do incêndio doloso, a pena era de morte, executada mediante fogo, o que fixava uma ideia retribucionista<sup>76</sup>. Ao lado desses delitos, surgiram o *sacrilegium*, que é a subtração de bens existentes nos templos, e o *peculatus*, a subtração de bens comuns. Dessarte, para os *delicta publica* (*crimine*), a *persecutio* partia de um órgão público, e para os *delicta privata* ou simplesmente *delicta*, em que a ofensa é sofrida com exclusividade pelo particular, é esse quem deve buscar o reconhecimento do seu direito à composição junto ao magistrado. Isso é, aqui a ação é promovida pelo particular, e o Estado apresenta-se apenas como árbitro, ao contrário do que ocorria nos *crimina*, em que o Estado era o titular do poder-dever de punir, atuando no interesse da coletividade<sup>77</sup>. Algo semelhante, sob alguns aspectos, à ação penal atual que se divide em dois grandes grupos, com alguns postulados diferenciados: ação penal pública e ação penal privada.

A partir do ano 200 a.C., operou-se uma notável evolução do direito penal, principalmente com as vitórias conquistadas nas guerras púnicas (contra Cartago) e enquanto o domínio romano se ampliava por todo o Mediterrâneo, tanto no aspecto terrestre como no marítimo. Desde então, vedou-se toda forma de vingança privada, e a repressão penal se torna função exclusiva do Estado, e, como decorrência desse fato, eleva-se o número dos *crimina*, enquanto se reduz os dos *delicta*. Com os

---

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>75</sup> ZAFFARONI, 1998, p. 336.

<sup>76</sup> MOMMSEN, 1976, p. 568.

<sup>77</sup> Nesse sentido, ver: MANZINI, V. *Tratato di Diritto Processuale Penale italiano*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1924. v. 1, p. 3-4. Não se deve pensar, contudo, segundo Thot, que no conceito de *delicta publica* estavam incorporados apenas os delitos contra o Estado. Os delitos públicos se formaram em torno do *perduellio* e do *parricidium*, mas esses são apenas os geradores dos grandes grupos de delitos contra o Estado e contra os particulares (Cf. ZAFFARONI, 1998, v. 1, p. 336).

Gracos, foram elaboradas numerosas leis penais, mas a estruturação definitiva do direito penal clássico só foi alcançada com as Leis Cornélia e Júlia. O pátrio poder também passou a sofrer limitações.

É importante ressaltar que a pena a partir de agora já não mais é vista como vingança pública, e a helenização trouxe grandes modificações no questionamento acerca de sua finalidade. Como salienta Zaffaroni, “o gênio grego não mostrou predileção pelo jurídico, ainda que tenha assentado as bases por onde se fundamentaram as principais escolas ou tentativas de escolas jurídicas romanas. Aí se pode falar de uma verdadeira ciência jurídico-penal”<sup>78</sup>. A pena, então, passou a ser vista com a finalidade de intimidar e, com isto, evitar a prática de novos delitos, critério que atualmente denominamos de prevenção geral. Como ressalta Grispigni, a partir de então, o direito penal romano atinge a quarta fase do seu desenvolvimento, o da prevenção geral<sup>79</sup>.

Nessa época, recorda Grispigni, opera-se uma notável atenuação da pena. E, enquanto nas XII Tábuas, a pena mais frequente era a de morte, nesse período ela pôde ser evitada com o exílio voluntário. E a própria pena capital, nos últimos anos da República, foi abolida<sup>80</sup>.

#### 4) Império

Durante o Império, ocorre um recrudescimento das penas. A de morte, abolida pelo menos na prática no período final da República, é restaurada. Inicialmente era aplicável apenas ao paricídio e, após Adriano, foi estendida a outros delitos considerados graves. Justamente nesse período, foram instituídas novas modalidades de penas, como a condenação à extração de metais nas minas (*ad metalla*) e a de trabalhos forçados (*ad opus*). Mas não é só. Também havia a entrega do condenado aos ani

---

<sup>78</sup> ZAFFARONI, 1998, p. 353

<sup>79</sup> GRISPIGNI, 1952, v. 1, p. 57.

<sup>80</sup> GRISPIGNI, 1952, v. 1, p. 57. Como a lei já não mais é santa, mas simples texto, lex, e, como representa a vontade dos homens que a fizeram, essa mesma vontade pode revogá-la (FUSTEL DE COULANGES, 1945, p. 380).

mais ferozes (*ad bestia*), a mutilação e a flagelação, a precipitação do infrator do alto da rocha Tarpéia. Extremamente cruel era a punição da infanticida: “era atirada na água, costurada dentro de um saco de couro onde previamente eram encerrados um macaco, um galo, um cão e uma serpente”<sup>81</sup>.

O Império foi corrompendo as instituições republicanas, lembra Zaffaroni, aumentando o âmbito dos crimes *majestatis*, que chegou a limites absurdos, sendo considerado como tal: “desnudar-se ante a estátua consagrada, levar a efigie na medalha ou moeda a um lupanar, fazer vestidos de cor púrpura (que era considerado signo de conspiração), manter relações com princesa imperial, duvidar do acerto do imperador na escolha de funcionários e qualquer outra crítica em geral”<sup>82</sup>.

Nessa época, à função intimidativa da pena, alguns escritores acrescentam a corretiva e regenerativa ou de emenda. Assim, Paulus (D, 8.19.20): *Poena constituitur in emendationem hominum*. Concepção semelhante é encontrável em Sêneca (De ira, I, 15; De Clem., I, 22), esse a partir da concepção de Platão. Sêneca, em meio a tanta insensibilidade, pregava que se deveria atribuir à pena finalidades superiores, como a defesa do Estado, a prevenção geral e a correção do delincente<sup>83</sup>. Parece ser oportuno mencionar o entendimento de von Hippel, de que o direito penal imperial, dada a sua insegurança, rigidez e arbitrariedade, não desenvolveu modelo algum, senão possibilitar o aperfeiçoamento que produziu no direito canônico-italiano.

Quanto ao aspecto subjetivo do delito, agora já se distinguia o *dolo de propósito* do *dolo de ímpeto* e já se considerava a preterintenção. Também se valorava a provocação e a embriaguez e era admitida como escusa a *ignorantia juris*. Também nessa fase, estabeleceu-se a distinção entre autores, cúmplices e instigadores, embora a pena fosse a mesma, como ocorre na atualidade com a teoria monista, que foi adotada pelo nosso Código de 1940, na sua versão original.

No que respeita à pena, agora ela é graduada com menor rigor, considerando as discriminações, as circunstâncias agravantes e atenuantes, embora a sanção não venha, em Roma, em

<sup>81</sup> PIMENTEL, 1953, p. 125.

<sup>82</sup> ZAFFARONI, 1998, p. 338.

<sup>83</sup> PIMENTEL, 1953, p. 125.

nenhum momento ser matéria de uma consideração racional. E, mui especialmente durante o Império, sua aplicação foi objeto de manipulações arbitrárias por parte dos magistrados<sup>84</sup>. Como não era conhecida a tentativa, ora ela era apenada com as sanções do crime consumado (nos *crimina*); nos *delicta*, nunca se punia os atos preparatórios, mas quando se tratava de *crimina*, também podia ocorrer punição por crime autônomo. Nos delitos privados, deu-se importância ao consentimento<sup>85</sup>.

## A compilação de Justiniano (483-565 a. D.)

Dentro da compilação ordenada por Justiniano, interessam para o direito penal os livros XLVII e XLVIII, do Digesto, e o livro IX, do Código.

Com Grispiigni, podemos salientar que o direito penal compilado não difere, substancialmente, daquele que se elaborou na época clássica, no sentido de que a evolução alcançada nesse período já se havia consolidado. Na realidade, a influência da filosofia grega e do cristianismo já havia se verificado, pelo menos naquilo que respeita ao nosso interesse aqui, isto é, ao direito penal. Por conseguinte, no direito justinianeu pouca novidade exsurge, e é a reação à excessiva tendência moralista decorrente da obra dos jurisconsultos e da influência do cristianismo que veio criar de novo uma confusão entre o direito e a moral, realçando este aspecto<sup>86</sup>. O fim da pena é a intimidação, e isso transparece bem nítido: *utiexemplo deterriti minus delinquant* (D, 48, 19.6, par. 1). Só subsidiariamente se objetivava a emenda do delincente. Como a pena assume função pública, as aplicadas pelos *delicta* já não são mais afitivas, mas pecuniárias.

Com relação ao homicídio culposo, a pena foi abolida. E, quanto à tentativa, permanece a mesma indefinição das épocas anteriores, pois foram poucas as criações, sendo de ressaltar a blasfêmia que aliás iria influenciar toda a legislação da Idade

<sup>84</sup> ZAFFARONI, 1998, p. 340.

<sup>85</sup> PIERANGELI, J. H. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Editora R.T., 1989. p. 67: que reproduz texto de Ulpiano: *Nulla injuria es tquae volentem fiat* (Digesto, XLVII, 10, I, p. 5ª., que numa linguagem simplificada ficou assim: *volenti non fit injuria*.

<sup>86</sup> O autor apoia-se neste passo em Stroux, mas assinala que Albertario não compartilha dessa opinião (GRISPIGNI, 1952, v. 1, p. 59-60).

Média e que, por via das Ordenações do Reino, foi considerada delito no Brasil<sup>87</sup>. De se ressaltar ainda que passou a ser adotada a concepção de que não seria punida a simples intenção delitosa, porque *cogitationis poena nemo patitur*.

## Direito Penal medieval

Na história do sistema punitivo da Idade Média, é de realçar a importância da aplicação das penas pecuniárias e as *penances*, essa uma pena pecuniária devida ao injuriado que era imposta por uma autoridade distinta da judicial durante a alta Idade Média (séc. V ao IX d.C.). É o *wergeld* dos germanos. Mais tarde, agora durante a baixa Idade Média (séc. XI a XV d.C.), essas penas foram gradualmente substituídas por um severo sistema de punição, incluído a pena de morte e lesões corporais que, por sua vez, por volta do século XVIII, foram substituídas pelas penas privativas de liberdade<sup>88</sup>. Todavia, antes desse século, em plena baixa Idade Média, o Estatuto de Sion de 1338, no seu artigo 4º, previa uma multa de vinte libras em casos de agressão, e, se o agressor não pudesse pagá-la, tinha a pena convertida em privativa de liberdade. Uma vez encaminhado

---

<sup>87</sup> A compilação determinada por Justiniano assume grande relevância para todo o direito penal medieval, e sua importância ainda hoje se faz presente nas codificações modernas, inclusive nas legislações penais. Para a realização dessa compilação, Justiniano nomeou uma comissão de três juriconsultos, sob a presidência de Triboniano, dela fazendo parte Doroteu e Teófilo. Em 529 a. D, mês de novembro, foi promulgado o Codex Repetitae Praelectionis, e, depois, organizou o Digesto ou Pandectas, com a seleção de um manual que foram as Institutiones (Institutas), publicado em 529. Reuniu, ainda, uma nova coletânea de leis, as Novellae Legis. Todo esse monumento jurídico na Idade Média foi chamado de Corpus Juris Civilis, com o que consolidou o direito romano, que influiu até mesmo no sistema penal de países americanos, como o Código da Luisiânia, dos Estados Unidos da América e, evidentemente, no Brasil (quanto ao texto, consulte RIBEIRO, J. B. verbete Justiniano I. In: Enciclopédia Barsa. Rio de Janeiro, São Paulo: Encyclopaedia Britannica, 1964. v. 8, p. 189. Quanto ao delito de blasfêmia, punido também no Brasil, consulte: PIERANGELI, J. H. As Ordenações Filipinas. In: PIERANGELI, J. H. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Editora RT, 2001. Livro V, título II.)

<sup>88</sup> RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Pena y Estructura Social*. Tradução de Emilio Garcia Méndez. Bogotá: Editorial Temis, 1984. p. 7.

à prisão, nela era alimentado com pão e água, até que os habitantes da cidade por ele intercedessem ou o bispo o perdoasse. No que respeita à conversão da pena de multa em privativa de liberdade, atente-se para o fato de que tal procedimento era determinado pelo Código de 1940, na sua versão original, para os reincidentes (art. 38). De se considerar, todavia, a existência de variações do sistema diante das distintas fases de desenvolvimento econômico. Não se pode esquecer que a *Law of feud* e a *penance* significavam um direito que apenas regulava as relações entre iguais em *status* e *riqueza*. Vamos estudar agora as legislações de alguns povos, exatamente aqueles que mais influíram ou que, por outras razões, merecem uma consideração especial. Lembrem-se ainda que na época medieval deu-se uma mescla de elementos completamente distintos: romanos, bárbaros e canônicos, com o que se inicia um período de transformação, de instabilidade, de elementos velhos e novos encontrados, que passam pelas leis nacionais de cada país e chegam até os tempos modernos<sup>89</sup>.

## Os germanos

A invasão dos germanos e o declínio de Roma e seu império introduziram profundas modificações no pensamento vigente do século V ao XI da era cristã. O direito penal romano não sofreu só mudanças decorrentes dos elementos característicos do pensamento germânico, que tinha respaldo na independência pessoal, destacava essa qualidade e fixava um acento na relação igualitária entre o homem e o Estado. Seu direito não era escrito, fundamentava-se no direito costumeiro. Mas o direito penal dessa época também sofreu profundas influências do cristianismo. O homem germano se compreendia a si mesmo como componente de uma união: casa, família, povo. A ordem imperante nessas uniões era entendida como o direito. Daí que a paz dentro da união do agrupamento familiar era o direito, e o delito o seu quebramento. Essa circunstância, forçosamente, deveria repercutir na justiça repressiva, e tanto assim é que

---

<sup>89</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950. Tomo I, p. 293.

era admissível que a autoridade pública deixasse de castigar o delinquente quando a pessoa lesionada não pretendesse punir o malfeitor. A paz entre os germanos era uma relação sagrada que consistia em respeitar a paz alheia, e a lesão à paz alheia era um atentado ao culto aos deuses, que imporiam ao outro a vingança. Daí concluírem alguns historiadores que a pena possuía entre os germanos um caráter sagrado.

Afirma Zaffaroni que a pena mais grave que os germanos conheciam era a *perda da paz* (*Friedlosigkeit*), que era a consequência do princípio talional vigorante: *quem lesava a paz, deveria perder a paz*. Realmente, assim pensavam, se a paz era a ordem e o direito, sua perda era a perda da proteção jurídica. A perda da paz além de atingir a pessoa e seus bens, permitira também qualquer lesão em sua pessoa e sobre as coisas do malfeitor e conduzia à sua morte e a destruição de seus bens. A morte em geral era produzida pelo particular e só eventualmente podia ser produzida pelo poder público, quando assumia o caráter de um sacrifício para compor com divindade ofendida (Pascuale Del Giudice). Nesse sentido, alguns historiadores do direito veem uma analogia entre esta instituição e a *capitis sacratio* do direito romano antigo. A pena de morte era reservada para os delitos de elevada gravidade e, por isso, na sua aplicação se procedia com parcimônia ao tempo dos Rotari. Todavia, sua aplicação se tornou frequente ao tempo dos Carolíngios<sup>90</sup>. Sua mitigação levou à pena corporal, excluída a de morte, como a mutilação com o cote das mãos. Outra comutação foi a conversão da pena capital em escravidão e no exílio. Posteriormente, foi aplicada a pena de cárcere. Alguns crimes, como a rebelião, a deserção etc. eram considerados *crimes públicos*. As sanções eram consideradas objetivamente, de sorte que eram as mesmas para a produção voluntária do resultado e para a produção involuntária, inclusive quando o evento decorria de caso fortuito<sup>91</sup>.

Zaffaroni distingue em dois períodos o direito penal germano: um período primitivo, anterior à conquista de outras regiões, e outro após, que foi submetido a um processo de romanização, quando vai perdendo seu aspecto privatístico e in

---

<sup>90</sup> GRISPIGNI, 1952, v. 1, p. 61.

<sup>91</sup> GRISPIGNI, 1952, v. 1, p. 61.

dividualista para ir se publicizando paulatinamente. O delito posicionava o delinquente num estado de inimizade, isto é, de guerra (*Faida*). O estado de *Faida* contra o infrator e a família (*Sippe*) exigia, por parte do lesionado e de sua família, a vingança como dever (*Rache* o *Blutrache*). A vingança de sangue, nesse primeiro período, não era um direito, mas um dever<sup>92</sup>. Acrescenta ainda o penalista argentino que a vingança não consistia numa simples causação de dor ao inimigo, mas também uma humilhação ao delinquente, o que conduzia à celebração de uma composição, que consistia no pagamento de uma multa (*Busse*) ao lesionado. Nesse período, os germanos conheceram as *ordálias* ou *juízos de Deus* e o *duelo judiciário*, em que o juiz dava razão ao vencedor. No segundo momento, quando o dano era causado por incêndio, o valor da multa diferenciava entre a causação dolosa e culposa. Conquanto ignorassem os aspectos subjetivos do delito, predominando o aspecto objetivo, essa situação foi se modificando por influência canônica. Nas hipóteses de participação nos delitos punidos com multa, a responsabilidade era solidária, e o fato era considerado mais grave quanto maior era o número de participantes, quando todos respondiam indistinta e solidariamente com parcelas iguais, sem distinção de categorias sociais<sup>93</sup>.

Muito embora entre os germanos a pena de morte não fosse aplicada com a mesma frequência de outros povos da época, com a publicização do direito penal, outras penas corporais foram aplicadas. O conceito de pena pública foi se modificando com a conversão dos germanos ao cristianismo, após o que não mais se poderia sustentar o caráter de sacrifício humano como forma de punição. Com a influência do cristianismo, a pena de morte passou a ter aplicação cada vez mais restrita e uma atenuação com a admissão do direito de asilo nos templos, que já tinha sido utilizado muito antes, durante o império romano.

---

<sup>92</sup> ZAFFARONI, 1952, p. 342, v.1, p. 61.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 344.

## Direito penal canônico

O direito penal canônico viveu durante a Idade Média, face a relação existente entre o Estado e a Igreja que exercitava a jurisdição penal não somente sobre os seus clérigos, como também para todos os delitos, conquanto laicos, e a execução de suas sentenças penais eram executadas pelos tribunais seculares<sup>94</sup>. Como o direito romano e o germânico, o direito canônico também foi evoluindo com o passar do tempo. É certo que, sob o império romano, principalmente após a conversão de Constantino, a Igreja exerceu uma jurisdição ampla em matéria disciplinar, mas que estava limitada às questões espirituais aos laicos e aos ordenados, enquanto o direito penal secular se mantinha integralmente nas mãos do Estado.

Nos séculos X a XII, o direito penal canônico foi ganhando terreno em detrimento do direito penal secular, intervindo também nos tribunais que julgavam os crimes mais graves. De sorte que alcançou uma competência penal exclusiva em matéria de delitos religiosos, qualquer que fosse a qualidade de seus autores, bem assim uma competência concorrente com os tribunais seculares nos chamados *delicta mixta*<sup>95</sup>. Não será de mais salientar a valiosa contribuição da Igreja com a adoção da pena de prisão, ainda hoje a principal forma de punir. Segundo Sutherland, a Igreja já utilizava a prisão no século V para a penitência dos seus membros. Como não lhe era permitido aplicar a pena de morte, punia os clérigos através da segregação, que estimulava o arrependimento. O faltoso podia ser recolhido à cela, para uma reclusão solitária, denominada penitência *in pace*, sendo aí visitado somente pelo seu confessor ou diretor espiritual. Ou poderia sofrer a restrição de permanecer confinado nos limites dos muros do convento, forma conhecida como *murus largus*<sup>96</sup>.

Na doutrina, discute-se acerca os conceitos de delito e de pecado estarem confundidos. Edwin Katz afirma que os dois conceitos estiveram confundidos durante muito tempo, por-

<sup>94</sup> GRISPIGNI, 1952, v. 1, p. 62.

<sup>95</sup> ZAFFARONI, 1998. Cujas conclusões retira de von Hippel.

<sup>96</sup> SUTHERLAND, E. H. *Princípios de Criminologia*. Tradução de Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Martins, 1949. p. 383.

quanto até o século XII, o direito e a teologia estavam confundidos. Grispiigni, por seu canto, afirma não ser tal conclusão verdadeira, porque os conceitos de direito e pecado, conquanto não estivessem distintos com precisão, nunca foram confundidos<sup>97</sup>. Importante é assinalar que o direito penal canônico via a pena como expiação, concebida como penitência que redimia o pecado. Exatamente por isso é que introduziu a prisão, motivo pela qual esse recolhimento recebe o nome de *penitenciária*. O direito canônico combateu os procedimentos mágicos e pôs fim às *ordálias* ou *juízos de Deus*, muito particularmente a ordália do combate individual.

Também se deve, muito particularmente, ao direito canônico a valoração do aspecto subjetivo na prática do delito, isto é, além da causalidade material, dever-se-ia considerar a causalidade subjetiva, que o direito penal germânico considerava um aspecto secundário. Ademais, combatendo a vingança privada, o direito canônico assegurou ao príncipe e ao magistrado a *persecutio* e o dever de punir. Em outras palavras, depositou nas *mãos* do poder o poder-dever de punir<sup>98</sup>. Mas o poder-dever de punir não significava apenas expiação, com penas muitas vezes severas, mas também estava orientado por um sentido de prevenção geral e ressocializador. Santo Agostinho e, principalmente, Santo Tomás de Aquino ensejaram o enunciado da *pena medicinalis*, com o que sustentaram o lado utilitário da pena.

A legislação canônica dividiu os delitos em *delicta ecclesiastica* e *delicta secundaria*. Os primeiros eram os praticados contra a fé católica e sua repressão era da competência dos tribunais eclesiásticos. Quanto aos segundos, a repressão interessava à sociedade civil, pelo que tinha sua competência vinculada ao

---

<sup>97</sup> KATZ, *apud* ZAFFARONI. 1998. p. 345; GRISPIGNI, 1952, v. 1, p. 63.

<sup>98</sup> “O cristianismo arrancou a espada da justiça dos ofendidos desejosos de vingança e colocou nas mãos da autoridade ministro do Senhor, o cristianismo impõe obediência à autoridade constituída, sem a qual a sociedade não seria duradoura e estaria em contínuo perigo (...) Por tal razão os Santos Padres proclamaram de modo especial que reprimir o delito é obra do príncipe e do magistrado, que o poder primitivo não pertence aos particulares e que quem mata um delinquente, sem estar revestido de funções públicas, é culpado de homicídio.” (SCHIAPPLI, D. Diritto Penale Canonico. In: *Enciclopedia de Enrico Pessina*. Milano: S. Ed. Lib., 1905. Tomo I, p. 669.

foro secular. Os *delicta mixta sivi mixti fori*, que ofendiam tanto a ordem civil como a religiosa, pelo que possuíam competência cumulativa<sup>99</sup>.

O direito penal canônico limitou a responsabilidade somente ao autor; excluiu a punição de animais, conquanto mandasse eliminar o animal na hipótese de bestialismo praticado pela mulher. Interessante salientar que o Papa Inocêncio IV acolheu a teoria que chamamos de *teoria da ficção* em matéria das pessoas jurídicas: a *universitas*, sendo uma pessoa irreal, incorporeal, fictícia, não podendo querer ou atuar por si, não pode praticar qualquer ato ilícito. Posteriormente, por influência dos canonistas civilistas, passou a admitir a possibilidade de as pessoas jurídicas responderem penalmente, mas tal entendimento era aplicável limitadamente, tudo sem abandono da teoria da ficção. Quanto à tentativa, repudiou a punição da intenção criminosa. Todavia, o *conatus* só era punível excepcionalmente, isto é, nunca como regra geral.

## Os glosadores, os pós-glosadores e os práticos

Estamos agora em frente a um processo chamado de *recepção do direito romano*, que teve seu início no século XII e perdurou até a idade moderna. Com ele, concedeu-se grande autoridade à obra dos doutrinadores, que foram os *glosadores*, *pós-glosadores* e *práticos*, esses num segundo momento. A esses competiu a tarefa de interpretar e clarificar o *Corpus Iuris* de Justiniano. Os pós-glosadores, que também são conhecidos por comentaristas, elaboraram suas doutrinas a partir do labor dos glosadores, mas eles não trabalham apenas sobre os textos do direito romano, e sim também sobre os do direito comum da época, entre os quais, as fontes longobardas, o direito das cidades italianas, seus usos e costumes e, inclusive, sobre as decisões dos seus tribunais de justiça. Os práticos são cientistas e professores que trabalham sobre os textos do direito italiano comum, então em vigência. Como diz Engelmann, esses doutrinadores trabalham com a prática e para a prática. Alguns desses comentaristas alcançaram tal fineza de observação em sua tarefa, que

---

<sup>99</sup> CUELLO CALÓN, 1943, tomo 1, p. 73.

pela sua genialidade converteu-a num trabalho de largo significado, exatamente aquele que, mais tarde, significaria a chamada dogmática penal. Afirmam-se que os juristas procuraram nacionalizar o direito romano nos países que o desconheciam, o que teria ocorrido também na Itália, onde a ciência penal possuía um maior esplendor. Mas esses trabalhos careciam de organização e de sistematização, e a orientação era eminentemente prática, denominação que nos leva aos seus autores, os práticos. A autoridade dos autores veio a ser, assim e num certo sentido, fonte do direito<sup>100</sup>. Carrara valorizou sobremaneira o trabalho dos práticos e dele se valeu para construir a parte especial do seu *Programa do Curso de Direito Criminal*, cuja parte geral é encontrável em português, com edição da Editora Saraiva.

Queremos ressaltar que o labor dos práticos não terminou na Idade Média, porquanto muitos trabalhos na mesma direção foram publicados já na Idade Moderna e influenciaram na elaboração de vários estatutos, como mencionaremos em seguida. Muitos desses autores são chamados de *práticos tardios*, ainda que tenham elaborado seus trabalhos bem mais proximamente, não perderam a característica original<sup>101</sup>. De se mencionar entre estes autores, na Alemanha Carpzóvio, Berlich e Bohmer; na França Mouyart de Vouglans; na Itália, Júlio Claro, Carlos Signonio, Domenico Cippolla, Marco Antonio Savelli e Próspero Farinacio, com quem teria se encerrado o ciclo dos práticos tardios; na Espanha de se recordar os nomes de Diego de Covarrubias.

Entre os glosadores, no século XIII, incluídos estão os nomes de Acúrsio, Godofredo, Juan de Blanosco, Rolandino de Romancii e Guilherme de Durantis. Entre os pós-glosadores, incluem-se os nomes de Jacobo de Belvisio, Bartolo de Sassoferrato, Baldo de Ubaldis, Alberto Gandino. A esse último, segundo Asúa, deve-se o primeiro escrito sistemático em matéria penal. Denominado *Tractatus de maleficiis*. Com Bártolo e sua escola, encerrou-se um dos ciclos da doutrina italiana.

---

<sup>100</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1950, tomo 1, p. 306.

<sup>101</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1950, tomo 1, p. 307.

# Direito Penal indígena

## Os astecas, os incas e os indígenas brasileiros

### Direito penal asteca

Dispõe-se de poucos dados sobre o direito penal dos astecas. Seu estudo é quase nenhum, porque em nada influenciou na construção do direito penal mexicano, razão suficiente para não ter despertado interesse e entusiasmo o seu estudo entre os juristas<sup>102</sup>. A principal fonte histórica do direito penal asteca é o Código Penal de Netzahualcóyotl, que possuía penas severíssimas e caracterizadas pela vingança e pelo talião. As penas mais aplicadas eram a de morte, que era executada através de enforcamento, lapidação, estrangulamento e decapitação. Também havia de assar os condenados vivos, e a pena para outros era de regar com água e sal, depois de ser arrastado pelas ruas. Também havia as penas de escravidão, o desterro, o confisco, a demissão e suspensão do emprego e a prisão, inclusive a domiciliar<sup>103</sup>. O juiz tinha liberdade para determinar as penas, individualizando-as ao seu bel prazer.

O direito penal asteca era público. Nem mesmo a morte dos adúlteros surpreendidos *in flagrante delicto* era lapidada, isto é, eram passíveis de morte privada, sendo suficiente para tanto a denúncia do marido. Também não era admitida qualquer interferência do particular no poder punitivo estatal. Afirma-se que nem mesmo a família real possuía uma jurisdição especial, muito embora, em alguns delitos, fosse admitida alguma atenuação<sup>104</sup>. As penas eram severíssimas, até para fatos hoje discriminados. O nobre que se embriagasse até perder a razão era enforcado, e o plebeu sofria a pena capital. A pena capital também aplicada aos seguintes fatos: à traição do Rei, àquele que desobedecia ou faltava com o respeito a seus pais, ao juiz que sentenciava injustamente ou contra as leis, ao que ofendia

---

<sup>102</sup> CORTES IBARRA, M. A. *Derecho Penal Mexicano*. México D.F.: Libreria de Porrúa, 1971. p. 31.

<sup>103</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, R. *Derecho Penal Mexicano*. México D.F.: Editorial Libros de México, 1967. p. 72-73.

<sup>104</sup> ZAFFARONI, 1998, p. 331.

ou agredia a um embaixador, ao incestuoso e aos adúlteros<sup>105</sup>. A forma cruel de repressão encontrava justificação na centralização do poder absoluto concentrado no rei ou em um grupo de privilegiados que, com tais medidas, objetivavam manter a despótica imposição sobre a massa popular<sup>106</sup>.

## Direito penal inca

A organização política e social dos incas possuía um sólido embasamento teocrático, de sorte que os delitos mais graves afetavam a intangibilidade da pessoa do Inca. A severidade da lei penal desse povo deriva do seu caráter imperialista, guerreiro. A lei penal distinguia entre nobres e plebeus, sendo mais benevolente para com os primeiros. O primeiro dado que demonstra a evolução do direito penal inca é o seu caráter exclusivamente público, que lhe dá a tônica de um direito penal sumamente evoluído. Conquanto o delito, como violação da lei, possuía um aspecto teocrático como já observado, isto é, apresentava-se como um sacrilégio. Dessa maneira, o delinquente não era castigado pelo delito, mas por ter quebrado o mandamento e rompido a palavra do Inca.

Como os incas não usavam a escrita, não possuíram um código, pelo que a sua legislação era transmitida oralmente e com base em sentenças concretas. Era punido com pena de morte o homicídio, o adultério, o estupro, o incesto, o coito com as virgens do sol, a sodomia, o furto de bens imperiais, a deserção, a indisciplina militar, certos delitos fiscais, as defraudações dos arrecadadores, a vadiagem habitual, o aborto e a traição. A pena de morte era executada por decapitação, pela fogueira, forca, esquartejamento, lapidação, arrastamento, essa a forma mais infamante das formas de execução. Outra pena conhecida pelos incas era a de liberar o condenado aos índios antis, que eram antropófagos. A redução à escravidão também era conhecida, mas ao que se informa pouco era o emprego do tormento. Os incas conheceram o cárcere, mas ignoraram as penas de multa e de confisco; todavia, para alguns autores, a

---

<sup>105</sup> CORTES IBARRA, 1971, p. 32.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 32.

pena de multa não era desconhecida, apenas pouco utilizada, tendo em vista a organização econômica existente. Villavicencio conclui que “é inegável que o direito penal dos Incas, mais que por considerações de caráter moral psicológico, esteve influenciado pela concepção do estado absolutista, por seu caráter teocrático, por sua organização do tipo socialista”<sup>107</sup>.

## Direito penal do indígena brasileiro

Segundo nossos historiadores, o nosso indígena ao tempo do descobrimento possuía princípios penais que em nada diferenciavam dos outros povos em igual estágio cultural. Estava muitíssimo distante dos Incas, dos Astecas e até dos Maias quanto ao seu estágio de desenvolvimento. É bem possível situá-lo, como fazem alguns autores, próximo da idade da

*Pedra Lascada*, mas nem por isso se pode situá-lo, como escrevem outros historiadores, num estágio de completa barbárie, de “*comedores de gente*”, sem nenhum respaldo cultural. Acerca dessa consideração, Assis Ribeiro assim se manifestou: “Há tantas controvérsias sobre os verdadeiros princípios da ‘moral indígena’ em terras brasileiras; são, às vezes, tão desencontradas as notícias a respeito dos índios que ficamos numa situação de insegurança ao afirmar ou contraditar certas questões pertinentes aos costumes dos selvagens, sob o ponto de vista jurídico”<sup>108</sup>.

É que alguns historiadores vislumbram no indígena apenas aspectos de barbárie, um voraz comedor de carne humana, quando se sabe que nossos indígenas na sua generalidade não eram antropófagos, embora isso não impeça o reconhecimento da existência de cenas de barbárie. Ademais, não se pode ignorar a diversidade de estágio cultural existente entre os vários agrupamentos tribais. Melhor se nos afigura, como faz Assis Ribeiro que, “pelo que é lícito verificar, o índio não era nem mais nem menos carregado de vícios do que o homem civilizado. Talvez não exagerássemos ao afirmar que eles tinham menos degra-

<sup>107</sup> VILLAVICENCIO, V. M. *El Hombre y el Derecho*. Peru: Editorial Junín, 1957. p. 45.

<sup>108</sup> ASSIS RIBEIRO, C. J. *História do Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Zélio Valverde, 1943. p. 49.

dações e menos costumes corruptos, mas para tal, teríamos de colocá-lo, também, em inferioridade frente às virtudes”<sup>109</sup>.

De qualquer maneira, como assinala Rocha Pombo,

[...] é um equívoco sustentar-se, como fizeram alguns autores, a inexistência entre nossos indígenas de alguma noção de direito. Este, entre os índios, quer na tribo, quer na taba, quer na família, era um fenômeno tão real, pelo menos, como o é entre os povos mais cultos. Apenas não havia na sociedade rude das selvas o direito escrito<sup>110</sup>.

Destarte, o direito como um todo, e o direito penal, era encontrável na consciência dos indígenas e que, forjado nos costumes e tradições, era sempre religiosamente respeitado.

Certeira, portanto, se nos afigura a conclusão do historiador Rocha Pombo de que “as relações jurídicas dos nossos índios, repousando nos costumes, no império das tradições, não era necessária a coação para a lei cumprida”. Consequentemente, o “índio é absolutamente livre de fazer o que entende, contanto que não comprometa a segurança e os interesses da tribo e não se encontre com a liberdade de seu camarada. Afinal, em essência, não outra a condição civil nos Estados mais cultos. A diferença de situação consiste apenas na forma de coação: entre os selvagens, o direito consuetudinário entrega o criminoso à própria vítima ou aos parentes desta; e se aquele que delinquir pertencer a uma tribo ou taba estranha, o dano ou delito deixa de ser pessoal e se converte num crime de Estado”<sup>111</sup>.

Entre os indígenas brasileiros, havia uma série de crimes que eram punidos severamente, e entre eles podemos alinhar o homicídio, as lesões corporais, o furto, o adultério da mulher, a deserção. O adultério, pelo menos em algumas tribos, se cometido pela mulher, que devia ao marido “*uma constância de amor integral*”, se prevaricasse era inexoravelmente morta pelo marido. Todavia, tem se assinalado que, em algumas tribos, v.g. entre os tupinambás, a prática do adultério apenas dava ao marido o direito de espancar a esposa, e em outras tribos o fato sequer conduzia a uma grave punição. O adultério do marido não merecia qualquer consideração, tratando-se, portanto, de um indiferente penal, pois, “a mulher

<sup>109</sup> ASSIS RIBEIRO, 1943, p. 51.

<sup>110</sup> POMBO, R. *História do Brasil*. São Paulo: Melhoramentos, 1966. v. 2, p. 169.

<sup>111</sup> *Ibid*, p.168.

nunca se afasta porque o marido tome outra ou outras”<sup>112</sup>.

Os crimes de homicídio e de lesões corporais eram severamente punidos, posto que o direito penal indígena protegia o ser humano na sua vida e na sua integridade física com prioridade. O homicídio era punido com a morte quando ocorria entre os membros da mesma tribo, mas, quando o fato envolvia pessoas de tribos diversas, invariavelmente ocorria guerra. Quanto às lesões pessoais, as penas eram executadas pelos familiares do ofendido, proporcionais ao mal causado e na mesma região do corpo atingido pelo acusado. Não previa o direito penal indígena o crime culposos, porque no geral esse delito reclama um grau de evolução de que não dispunham nossos indígenas.

Os crimes patrimoniais não assumiam grande importância entre os nossos indígenas, em face da vida simples, em extremo frugal, que levavam<sup>113</sup>. Ademais, possuíam uma economia primária, sem a prática de comércio; e, no meio em que viviam, tudo se passava de maneira aberta, sem proteção, até porque tudo o que havia ficava em comunhão. Numa vida assim tão simples, rico era aquele que possuía muitas penas de pássaros, e muito rico era aquele que trazia pedra nos lábios. Esse aspecto da vida foi muito bem ressaltado por Jean de Léry, ao escrever que “mostram os selvagens sua caridade natural presenteando-se diariamente uns aos outros com veações, peixes, frutas e outros bem do país; e prezam de tal forma essa virtude que morreriam de vergonha se vissem o vizinho sofrer falta do que possuem; e com a mesma liberalidade tratam os seus aliados”<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> ANCHIETA, 1846, p. 488, *apud* ASSIS RIBEIRO, 1943, p. 71.

<sup>113</sup> GONZAGA, J. B. *O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad Editor, 1970. p. 139.

<sup>114</sup> LÉRY. *Viagem à terra do Brasil*. Tradução e notas de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1961. p. 215. No mesmo sentido, Fernão Cardim, ao observar que os gentios “logo comem tudo o que têm e repartem com seus amigos, de modo que um peixe que tenham repartem com todos, e têm grande honra e primor serem liberais, e por isso cobram muita fama e honra, e a pior injúria que lhes podem é terem-nos por escasso ou chamarem-lho, e quando não o têm que comer são muito sofridos com fome e sede” (CARDIM, F. *Tratado da Terra e Gente do Brasil*. São Paulo: Fundação Darcy Ribeiro, 1939. p. 145.)

Tanto o aborto como o infanticídio constituíam indiferentes penais. Se da gravidez resultasse um ser monstruoso, ele era logo morto pelo pai, e se a criança fosse fruto do adultério, era inapelavelmente enterrada, considerada “*mestiça de duas sementes*”. Isso também ocorria quando da gravidez nasciam gêmeos, que também significava infidelidade da esposa, que não poderia gerar através de relações sexuais com o marido duas crianças. Nessas duas hipóteses, ocorria a chamada *prole aviltante*.

Os nossos indígenas desconheciam o instituto que chamamos de prescrição. A vingança nunca era esquecida, isto é, não olvidavam os delitos praticados e nem as penas que deveriam ser aplicadas. Para alguns autores, isso se devia por serem extremamente vingativos, mas, para outros, esse particular se devia à memória prodigiosa de que era portador o nosso indígena.

Extremamente grave era o delito de deserção, que os autores costumam tratar junto com o de traição, dado que é perfeitamente compreensível quando se considera que o varão desde pequeno era preparado para a guerra, algo comum entre os nossos nativos. O reconhecimento das qualidades de guerreiro criava para ele um cintilante *status* dentro da comunidade, o ponto mais alto que o homem poderia almejar<sup>115</sup>.

Em resumo, como diz Assis Ribeiro, “o Direito Penal Militar dos selvagens incriminava a recusa do índio a combater e a adesão às hostes inimigas; os princípios que regulavam a guerra não admitiam a humilhação ao vencido, nem a guerra sem declaração prévia”. E, apoiando-se em Rocha Pombo, assinala que no “meio do alarido e mesmo na iminência de destruição, não se descuidavam nunca de recolher e por a salvo os seus mortos e feridos”<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> Quando o recém-nascido era um menino, punha-se ao lado de uma esteira um arco e um flecha, e se fosse menina, uma roca com algodão (ALVES, T. M. verbete “o indígena”. In: *História do Brasil*. Rio de Janeiro: Bloch, 1972. p. 46).

<sup>116</sup> POMBO, 1966, p. 86.

# As grandes codificações

## A Carolina

Deixando para trás o direito penal da Alta Idade Média, menciona-se como os mais importantes os *livros de direito* produzidos até o século XV, em que se verifica na Alemanha, que foram o *Espelho da Saxônia* (Sachsenspiegel) e o *Espelho da Suávia* (Schwabenspiegel). O primeiro, aproximadamente em 1230, sistematiza todo o direito vigente no território da Saxônia para o seu conhecimento e aplicação pelos tribunais. O segundo (1274-1275) foi aplicado nas cidades do sul da Alemanha e largamente aplicado pelos tribunais daquela região. Mas o acontecimento mais importante foi a *Constitutio Criminalis Bambergensis*, de 1507, cuja elaboração se deve a Schwarzenberg e Hohenlandsberg (1463-1528) e serviu de embasamento para a elaboração da *Constitutio Criminalis Carolina* ou *Peinliche Gerichtsordnung*, vigente a partir de 1532.

Seu texto contava com 219 artigos, a maioria dos quais destinados ao direito processual penal, compondo o direito penal material cerca de 70 artigos, isto é, sua terça parte. O texto era intimidador e retributivo, nele abundando a pena de morte que era aplicada de variadas maneiras, entre elas a decapitação e a forca, essa última reservada para o nobre e a outra para o plebeu. Para os homens, também estava reservada a *roda*, que produzia fraturas múltiplas dos membros; para as mulheres, estava prevista a morte pela submersão na água. Outras penas corporais estavam previstas, e o desterro só excepcionalmente era aplicado o encarceramento. Não obstante a adoção de penas atroz, características das legislações à época, a Carolina influenciou poderosamente nas legislações de outros países, inclusive na Polônia e Rússia e constitui praticamente o direito penal alemão até sua codificação. A importância da Carolina está em fixar, em definitivo, que o sistema punitivo se encontra no poder público do Estado, que posteriormente aparece na Áustria e em outros países.

A Carolina ocupava-se da blasfêmia, do perjúrio, da fei-

tiçaria, da difamação, falsificações e falsidades, fraudes, prevaricação, sodomia, incesto, sedução, estupro, bigamia, lenocínio, traição, incêndio, roubo, rebelião, violência privada, *etc.* O homicídio era tratado com detalhes, incluindo aí os problemas da legítima defesa e participação. No que tange às penas, essas estão vinculadas aos costumes da época. Além da roda, da forca e do desterro já mencionados, existiram também o ferro candente, a flagelação e o enterro do corpo vivo, formas com que se pretendia demonstrar o amor à justiça e o meio de fazer triunfar o interesse geral.

## As codificações ibéricas

### Espanha

Afirma-se, não sem razão, que na Espanha a obra legislativa alcançou seus frutos mais extraordinários. Isso se deve principalmente aos godos e à legislação elaborada por Teodorico I e Teodorico II e posteriormente com o Código de Eurico, elaborado sob a direção de León de Narbona, ministro do rei. Essa legislação apresenta uma combinação do direito romano com os costumes germânicos. Poucos fragmentos chegaram até nós dessa legislação em matéria penal, e os encontráveis são extraídos do Código de Alarico e o Breviário de Alarico, promulgado em 506 e que recebem a denominação de *Lex Romana Wisigothorum*. O primeiro Código era destinado aos visigodos, e o segundo aos hispano-romanos. O mais importante corpo legislativo do período visigodo é o chamado *Fuero Juzgo*, originariamente denominado Livro dos Juizes (*Líber Judiciorum*). Para alguns, o *Fuero Juzgo* foi a primeira das grandes codificações da Idade Média, para cuja redação teria cooperado São Bráulio, Bispo de Zaragoza, a pedido do rei Recesvinto, tendo sido elaborado durante o IV Concílio de Toledo.

O *Líber Judiciorum* possui doze livros, subdivididos, e títulos e leis que ultrapassam de quinhentos. O Livro VI cuida dos “*malfeitos, das penas e dos tormentos*”. Estabelecia tratamento diferenciado para nobres e plebeus, admitia a composição e o talião. As penas corporais eram crudelíssimas. Em alguns casos,

os culpados eram entregues ao ofendido ou a seus familiares, sempre com fundamento na lei. Pessagno e Bernardi veem em tal hipótese uma verdadeira *faida*, posto que ao prejudicado não era permitido fazer justiça por suas próprias mãos<sup>117</sup>. Estima-se que o *Fuero Juzgo* recepcionou o elemento subjetivo do delito com maior amplitude do que o direito penal germânico, e também puniu a tentativa como delito autônomo. Importante é consignar que essa legislação faz clara distinção entre dolo e culpa, admite a legítima defesa e o estado de necessidade, mas ignora a relevância do erro e a ignorância do direito. O *Fuero Juzgo* foi violentamente criticado por Montesquieu, mas tais críticas não são de todo merecidas se confrontarmos essa legislação com o direito penal germânico. O *Fuero Juzgo* só foi revogado formalmente com a edição da Lei das Sete Partidas, do Rei D. Alfonso, o Sábio, em 1263.

A lei das Sete Partidas na partida sétima, que cuida da matéria penal, inspirou-se no Código de Justiniano, no que concerne aos delitos comuns, decreto e decretais com referência aos mouros, judeus e hereges, e nos costumes e foros antigos para os raptos, lutas, desafios, tréguas e seguranças. Trata-se de um verdadeiro tratado dos delitos e das penas extraído ou copiado do Código de Justiniano, com algumas modificações. Essa legislação logrou, não obstante o seu caráter grosseiro e sanguinário, afastar o bárbaro horror de alguns suplícios e introdução de penas menos repulsivas daquelas até então aplicadas. De se lamentar a falta de sequência desse propósito: no mesmo dispositivo em que era proscrito o apedrejamento, a crucificação e a queda em precipício, estava autorizada a pena de morte na fogueira, o abandono às feras, ou, ainda, não se vedava a punição com a marca no rosto, o corte do nariz, a extração dos olhos. E mais, permitia-se que se condenasse a prática da blasfêmia com a secção da língua. Em outras palavras, muitas vezes faltava um critério de proporcionalidade entre o fato e a punição. Mas, atente-se que o princípio da proporcionalidade era desconhecido nessa época e só aparece com o desenvolvimento científico do direito penal e com a sua humanização. Importante é assinalar, e o fazemos com apoio em Gómez de la Serna, que as ambiguidades encontradas nas Sete Partidas está

<sup>117</sup> PESSAGNO; BERNARDI, 1953, p. 79-80.

em que seus autores lutavam “entre sua razão que os impelia a uma senda mais humana e a ferocidade bárbara da época que os impulsionava no sentido de seguir as ideias sanguinárias que predominavam”<sup>118</sup>.

## Legislação portuguesa

Normalmente quando se faz o estudo da legislação portuguesa inicia-se que com as Ordenações, dando especial realce às Filipinas, as únicas que efetivamente vigeram em nosso país até depois da nossa independência, posto que somente operou-se a sua revogação com o advento do Código Criminal do Império (1830). Bem antes, porém, do surgimento das chamadas Ordenações do Reino, uma farta legislação foi elaborada em Portugal, os chamados *forais*, muitos dos quais sob a influência do direito romano, do direito visigótico e do direito canônico. Não se deve olvidar que também a nação lusitana conheceu a vingança privada e a vingança pública. Silva Ferrão esclarece que, mesmo com a expulsão definitiva dos mouros em 1340 e as profundas modificações estruturais ocorridas desde então, a vingança privada não foi de todo abolida nesse período. Diz o historiador “ser bem conhecida a lei da *revindicta*, que prescrevia os termos, a forma em que cada um podia exercer esse direito, contanto que fosse fidalgo e homem bom. O costume, porém, no reino, ia mais longe, permitindo a todos vingar a desonra de seus parentes ou escoimar; o costume que D. Afonso IV, em 1363 e 1385, tratou de abolir em grande parte só foi suprimido completamente com D. Afonso V. A *revindicta*, importava entre nós, mais alguma cousa, que a vingança das ofensas recebidas, pois, como a mesma palavra o diz, era vingança da vingança tomada”<sup>119</sup>. O herdeiro que tinha recebido o triste legado dela era obrigado pela forma da opinião a retribuir com a maior soma de mal ao ofensor, do que aquele que esse tinha causado.

---

<sup>118</sup> ZAFFARONI, 1998, p. 355.

<sup>119</sup> SILVA FERRÃO, F. A. F. *Theoria do Direito Penal*. Lisboa: Typografia Universal, 1856. v. 1, p. XLVII.

Em todas as medidas legislativas, a lei era a manifestação da vontade do rei que, desde D. Afonso III, já não dependia da prévia convocação das cortes para a sua posterior promulgação. Ao lado das leis, existiam as resoluções régias, que o soberano ditava para atender aos pedidos do povo nas cortes. Diferenciava das leis apenas formalmente, posto que essas eram submetidas à chancelaria real, enquanto as resoluções dispensavam qualquer formalidade. Fica apenas o registro. Verdade é que, no período que antecedeu o advento das Ordenações, os forais formaram a legislação lusitana, fato que ocorreu a partir do século XI e surgiu em meio ao embate que se travou no século X entre a cultura romana então decadente e o sentimento natural da personalidade de conteúdo germânico, entre qual se constituiu a nacionalidade lusitana. Em todos os forais, aparece claramente um conteúdo de direito consuetudinário, como ocorreu no Foral de Santarém, no Foral de Salamanca e no Foral de Ávila ou Évora, que serviram de modelo a muitos outros. Conquanto esses tipos de forais apresentassem características próprias, isso não desnaturava o seu conteúdo comum de direito consuetudinário.

Durante o reinado de Afonso IV, nas cortes de Santarém (1331) se legislou, principalmente, o crime de furto, que na quase totalidade dos forais implicava no pagamento pelo delinquente de nove vezes o valor dos bens subtraídos (*furto anoveado*), sendo que desse total duas partes iam para o ofendido e sete para o monarca ou para o senhor da terra. A reincidência era punida com a morte na forca, pena que também era aplicada ao ladrão que não se compusesse, pagando as *nóveas*. Marcello Caetano revela que as *nóveas* eram pagas da seguinte maneira:

[...] o gatuno era levado pela autoridade ao pé da forca com barço ao pescoço e as mãos atadas atrás das costas, e era nesse lugar que deveria solver a dívida, sob pena de ser enforcado. Caso, porém, fosse honrado, ou filho ou neto de pessoa assim qualificada, não levaria barço, nem teria as mãos atadas, nem iria ao pé da forca, mas sim à reunião da assembleia municipal (o concelho) para pagar aí as *nóveas*, incorrendo, porém, do mesmo modo ao enforcamento se não o fizesse<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> CAETANO, M. *História do Direito Português* (1140-1495). Lisboa-São Paulo: Editorial

As penas eram extremamente severas, mas, na sua individualização, seu aplicador atendia à categoria social do delinquente. Dos textos foraleiros, distingue-se duas categorias de penas: à primeira pertencia a pena de morte e as *sofridas no corpo* (penas corporais); na segunda, eram incluídas as restantes, entre elas o degredo, o desterro, a multa e a prisão. A cominada pena de morte era frequentemente aplicada, como ocorria com as outras legislações da época, podendo ser executada por enforcamento, decapitação ou degolação, ou, ainda, pela fogueira e acompanhada de atos cruéis, como tortura anterior, mutilações, extração da língua etc. Também era largamente aplicada a pena de mutilações, como a amputação das mãos, dos pés, das orelhas, de arrancamento dos olhos e de castração. Outra forma de punição corporal era a flagelação pública, que consistia na imposição de açoites no pelourinho ou picota, ou enquanto o padecente percorria as ruas da cidade, para que o fato ficasse bem conhecido da população. Essa pena poderia ser agravada pelo pregão, isto é, pelo anúncio público da razão do castigo e pelo porte do baraço, corda que prendia os braços do justicado ou que, simbolicamente, lhe rodeava o pescoço para significar a perda de liberdade<sup>121</sup>. a segunda classe de penas, aparecem a prisão, o degredo ou deportação do lugar de residência para outra povoação — uma espécie de exílio local que se encontra no nosso código imperial, onde o condenado era obrigado a morar e permanecer —, o desterro do reino com a privação da proteção jurídica, as multas, o confisco, a infâmia ou degradação cívica que impedia o exercício de funções públicas. Todo esse rigor possibilitava, todavia, a comutação das penas aplicadas. Em certos casos, a pena corporal podia ser substituída pelo pagamento de determinada quantia, como resultado da composição entre as partes acerca do corregimento. Informa Marcello Caetano que “o delito podia logo de início ser corrigido mediante o pagamento pelo criminoso da soma fixada na lei (caso de furto anoveado), mas, se o condenado não pudesse

---

Verbo, 1981. v. 1, p. 365.

<sup>121</sup> O pregão ou o baraço aparecem como agravantes das penas de açoites ou de degredo. O pregão consistia em dar publicidade à condenação e podia restringir-se à audiência dos juizes onde estes mandavam proclamar a pena aplicada e seus motivos. Para maiores detalhes, consulte CAETANO, 1981, v. 1, p. 367, nota 1.

ou não quisesse pagar, teria então de sofrer no seu corpo. Nos costumes de Évora, comunicados a Terena, em 1280, lê-se que a agressão a juiz no exercício das suas funções era punida com a amputação da mão, mas o ofendido podia permitir ao agressor que ‘comprasse a mão’, evitando o corte pela composição pecuniária”<sup>122</sup>.

Na legislação portuguesa que antecedeu as Ordenações, ainda merece citação as constantes do Livro de Leis e Posturas, cuja data não se pode precisar. Estima-se que teria tido vigência nos fins do século XIV ou princípio do século XV e nele estão contidas leis de D. Afonso III, de D. Diniz e de D. Afonso IV e uma de D. Pedro, que deve ser o filho de D. Afonso IV. Esse livro foi encontrado entre o lixo nos baixos da Torre do Tomo, em 1633. Algumas dessas leis foram repetidas pelas Ordenações Afonsinas (L. III, Tit. 72, n.ºs. 6 e 7). Dentre as leis de conteúdo penal, chama a atenção a lei sobre o delito de *merda na boca*, forma de injúria gravíssima cuja prática era punida com a pena capital.

Outras leis, todavia, têm a data de sua edição perfeitamente determinada. À guisa de exemplos, os historiadores mencionam as seguintes: lei sobre “homizios por morte ou desonra (1211); lei de execução de sentença de morte (1211); lei dando poder à justiça para proceder em caso de queixa contra tabeliães (1326); lei sobre o encobrimento de homicidas (1311); lei sobre a legítima defesa (1303); lei que estabelece a pena de morte para aqueles que jogam com dados falsos ou chumbados (1266); lei sobre usura (1325-1357); lei sobre traição quando até mesmo os atos preparatórios do crime eram punidos, por “*trabalbarem contra nós*”. Nesta Lei de Posturas, entre outras disposições, muitas de conteúdo processual, merecem citação além das já noticiadas, a da execução da pena de morte e cortamento de membros e a lei sobre traição<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> CAETANO, 1981, v. 1, p. 367.

<sup>123</sup> Para um estudo acerca do livro de leis e posturas, consulte-se o existente na Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 1971. p. 478-483.

## Ordenações do Reino

Houve um período em que o poder central esteve bastante debilitado em razão dos desmedidos privilégios concedidos aos nobres e ao clero, possibilitando opressões e espoliações de toda ordem e que ganhou especial realce no reinado de D. Sancho II. Esse soberano, de espírito débil, tinha sua autoridade régia amiúde desrespeitada, e revelando-se o soberano impotente para coibir tais abusos, um novo período se formou.

Com a deposição de D. Sancho II pelo Papa Inocêncio II, que além de chefe da cristandade, tinha Portugal por suserano, foi nomeado D. Afonso, Conde de Bolonha e curador do rei, de quem era irmão e legítimo sucessor. O Regente, em Paris, prestou juramento perante o representante do clero e da nobreza, comprometendo-se “a observar os bons costumes ou foros, escritos ou não escritos”, dos conselhos, dos cavaleiros e de todo o povo, bem como a “suprimir os maus costumes e abusos que nos últimos tempos haviam sido introduzidos”, especialmente o de “extorquir aos vizinhos do morto a pena pecuniária do homicídio, sobretudo quando é conhecido o autor do crime”. Para tanto, poria “juízes justos e rectos” por todo o reino, escolhidos por eleição popular ou por outro modo, “para fazer justiça por igual a todos, e para castigar os homicidas com penas exemplares”<sup>124</sup>.

O fortalecimento da monarquia surge com D. Afonso II, mas aparece mais nitidamente com D. Afonso III, que subiu ao trono em 1.248, quando então a lei passou a ser expressão exclusiva da vontade régia. O rei Afonso III legislou abundantemente e de tal maneira que se pode dizer que essa legislação constituiu um verdadeiro corpo legislativo, organizado mediante uma atividade que foi se acentuando com os sucessores desse monarca e que viria, posteriormente, com Afonso V a ser compilada<sup>125</sup>. D. Afonso IV legislou no sentido de coibir os crimes sexuais, nesses incluindo o adultério que assim era considerado na época. Para coibir os jogos de azar, prescreveu a pena de

<sup>124</sup> CAETANO, 1981, v. 1, p. 274.

<sup>125</sup> CRUZ, G. B. *História do Direito Português*. Coimbra: Editora Coimbra, 1955. p. 373.

morte para aquele que empregasse dados falsos ou chumbados.

A proliferação de leis e a incerteza que elas criavam para a distribuição da justiça obrigavam a providenciar-se a organização de uma coletânea. A dispersa legislação existente criava uma incerteza nos julgamentos, tanto quanto aos juizes da terra como aos de fora. Atendendo aos reclamos da nobreza e para facilitar a administração da justiça, o rei nomeou para essa tarefa o Corregedor da Corte, João Mendes, que logo após foi colhido pela morte. Agora já nos encontramos no período que antecedeu a elaboração das Ordenações Afonsinas, que serão estudadas em separado. Três foram as Ordenações do Reino, a saber: a) as afonsinas; b) as manuelinas e c) as filipinas. Entre as ordenações manuelinas e filipinas, surgiu a Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes Leão, que alguns autores denominam de Ordenações de D. Duarte, designação que guarda um evidente exagero.

## Ordenações Afonsinas

Um preâmbulo das Ordenações Afonsinas constante da edição integrante da Coleção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal, cuja elaboração é de Luís Joaquim Correa da Silva, nos fornece a sua própria história, ao que se acrescentam certas referências contidas nas crônicas de Fernão Lopes.

Esse prefácio nos dá conta de que os povos tinham salientado nas cortes por repetidas vezes ao Rei D. João I a necessidade da organização de uma coletânea legislativa do reino para evitar a incerteza resultante da dispersa legislação existente e para facilitar a administração da justiça. Atendendo a tal solicitação, o monarca nomeou para a tarefa o Corregedor da Corte, João Mendes, que logo após foi atingido pela morte. Por tal razão, admite-se que apenas o primeiro livro é de sua autoria. Estima-se que a determinação real para a compilação ocorreu após o ano de 1404, portanto, após a morte de João das Regras. É que se vivo fosse ele, a escolha não poderia recair sobre outra pessoa, em razão da influência profunda e do grande prestígio que possuía junto ao monarca<sup>126</sup>. Perturbações intestinas, po-

<sup>126</sup> ALMEIDA, C. M. *Código Philippino*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto

rém, impediram a conclusão do trabalho durante o reinado de D. João I, como o prólogo das Ordenações deixa evidenciado: “alguns empachos que se seguiram”. A tarefa seria retomada no reinado de D. Duarte, porém, por outro legislador: Rui Fernandes, que gozava da confiança régia, “tendo grã desejo que em seus dias fossem acabados”. O reinado de D. Duarte, todavia, foi efêmero, com duração que não alcançou os cinco anos, razão pela qual a obra deveria ingressar no reinado seguinte. Então subiu ao trono D. Afonso V, com apenas sete anos de idade, e, por tal motivo, a direção do país foi entregue ao Infante D. Pedro, tio do pequenino rei. O Regente determinou ao Dr. Rui Fernandes “que prosseguisse a dita obra quanto bem pudesse, e não alçasse dela mão por nenhum caso, até que com a graça de Deus a pusesse em boa perfeição”, tornando-se assim o Regente a alma de sua publicação<sup>127</sup>.

O trabalho ficou concluído em 28 de julho de 1446, na Vila da Arruda. Determinou-se então que uma junta revisasse o trabalho executado, recaindo a nomeação no Dr. Lopo Vasques, Corregedor da cidade de Lisboa; no Dr. Fernão Rodrigues, do Desembargo “do dito Senhor Rei”; no Dr. Luiz Martins e no próprio Dr. Rui Fernandes. Algumas alterações foram introduzidas, e as Ordenações vieram a público com o nome de Afonsinas, provavelmente no mesmo ano de 1446 ou no ano seguinte, por ordem do Infante Pedro em nome de D. Afonso V. Essas Ordenações, como “código completo, dispondo sobre quase todas as matérias da administração de um Estado, foi evidentemente o primeiro que se publicou na Europa e assinala uma época importante<sup>128</sup>.

As Ordenações Afonsinas, “usando por padrão ou modelo a doutrina do *Corpus Juris*, seguiu, quanto ao método e à disposição das matérias, as Decretais do Papa Gregório IX. Assim, tem largo assento nele o Direito romano de Justiniano e o Direito Canônico, notando-se como fontes principais: o Direito Civil de Justiniano, conhecido pelo nome de Leis Imperiais; o Canônico, que se fez célebre na Europa logo depois do meio do século XII, debaixo do nome de Direito Comum, com as

---

Philomathico, 1870. p. XX, 14. A edição a que nos referimos é de 1792.

<sup>127</sup> CRUZ, 1955, p. 381.

<sup>128</sup> ALMEIDA, 1870, p. XXI.

doutrinas dos glosadores e intérpretes; o Código Visigótico, na versão do Fuero Juzgo; as Leis das Sete Partidas; as leis editadas pelos monarcas, desde Afonso II; as resoluções das cortes, celebradas desde Afonso IV; as concordatas de D. Diniz, D. Pedro e D. João; alguns costumes e forais”<sup>129</sup>. Essas Ordenações estão divididas em cinco livros, sendo o primeiro em forma legislativa em sua totalidade, enquanto os demais seguem um sistema que, como já se disse, pode ser classificado como histórico-cronológico-sistemático-sintético. Daí se afirmar ter sido o primeiro livro o único de autoria de João Mendes, enquanto os demais seriam da lavra de Rui Fernandes. Cada um dos cinco livros está dividido em títulos, com rubricas indicativas do objeto respectivo. Interessa-nos o Livro V, que cuida dos delitos, das penas e do processo penal.

Sobre o Livro V, é de toda procedência transcrevermos a manifestação de Coelho da Rocha: “Os defeitos dos Códigos Criminais da meia-idade se acham neste de mistura com as disposições do Direito Romano e Canônico. O legislador não teve em vista tanto os fins das penas, e a sua proporção com o delito, como conter os homens por meio do terror e do sangue. O crime de feitiçaria e encantos, o trato ilícito de cristão com judia ou moura e o furto de marco de prata são igualmente punidos com a pena de morte. O crime de lesa-majestade foi adotado com todo o odioso das leis imperiais, assim quanto à qualidade do crime como quanto ao modo de o processar. Na imposição da pena reconhece-se a desigualdade do sistema feudal: aos nobres impõe-se sempre penas menores do que aos plebeus. O marido podia em flagrante matar impunemente o adúltero, exceto se esse fosse cavaleiro ou fidalgo de solar, em atenção à sua pessoa e fidalguia. Para a indagação dos crimes admitia-se não só o meio da acusação do Direito Romano e as querelas, filha dos antigos costumes, mas também as inquisições devassas do Direito Canônico”<sup>130</sup>.

Os autores são unânimes em exaltar a importância das Ordenações Afonsinas, principalmente em razão do seu pio-

<sup>129</sup> THOMPSON, A. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Editora R.T., 1976. p. 70-71.

<sup>130</sup> ROCHA, M. A. C. *Ensaio sobre a história do governo e legislação de Portugal*. 7. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1896. p. 124.

neirismo e da época em que ela surgiu, constituindo-se no ponto de partida para a posterior evolução do direito português, inclusive para as duas posteriores ordenações que mantiveram, na essência, o plano das primitivas e se limitaram a introduzir alterações em diferentes lugares. As Ordenações Afonsinas são, assim, um marco fundamental na história do direito português. Claro está que essa legislação apresenta imperfeições, sobretudo na falta de unidade de plano, e frequentes contradições que se justificam se considerarmos a época de sua elaboração. Além de tudo, tendo em vista a situação de suserano ostentada por Portugal, o elevado número de infrações religiosas e a cominação de penas atroz se não encontram justificção, pelo menos atenuam o seu exagero. As legislações da época abusaram do emprego da pena de morte sem alcançarem os limites da legislação lusitana. Mas a pena capital, quando aplicada a cavaleiros e fidalgos, era quase sempre comutada em degredo para o Brasil e para a África. Com tal providência, Portugal introduzia nessas regiões um pessoal mais qualificado para a sua colonização. Essa conclusão, contudo, resulta de pensamento pessoal, sem confirmação nos materiais históricos examinados. Pense-se, todavia, que também outros tipos de pessoas e de variada delinquência eram introduzidos por Portugal no Brasil, na Angola e em Moçambique, posto que se vivenciava a ideia de levar para bem longe as pessoas más, que eram especialmente consideradas perigosas<sup>131</sup>. Entre os perigosos, eram considerados os feiticeiros, os que haviam atentado contra a pessoa do rei por procedimentos mágicos e também os homossexuais.

## Ordenações Manuelinas

Em 1505, portanto 59 anos após a promulgação das Ordenações Afonsinas, D. Manuel I, o Venturoso, mandou revisá-las. Para essa tarefa, o rei encarregou o chanceler-mor, Rui Boto, o licenciado Rui da Grã, que era desembargador do Paço e corregedor cível da corte, e João Cotrim, com a determinação de alterar, suprimir e acrescentar na compilação anterior o que

---

<sup>131</sup> von HENTIG, H. *La pena*. Tradução castelhana de José Maria Rodríguez Devesa. Madrid: Epasa-Calpe, 1968. tomo II, p. 435.

entendessem necessário. Para explicar as razões que levaram D. Manuel a assim proceder, são apontadas as seguintes: a) a descoberta da imprensa. Com essa havia a possibilidade de sua aquisição e, conseqüentemente, o seu conhecimento por toda a população do reino; b) a legislação posterior, constituída de uma multidão de leis extravagantes; c) modernização do estilo, evitando-se assim a transcrição fastidiosa das leis antigas, muitas das quais já revogadas pelo desuso; d) o desejo do monarca em ingressar na história por meio de uma obra legislativa de vulto, ele que já ostentava a glória indelével do descobrimento do Brasil e do caminho marítimo para as Índias.

É interessante transcrever o que Damião de Góis escreveu sobre D. Manuel I: “El-Rei D. Manuel foi naturalmente amator da honra e desejoso de deixar de memória, e boas leis, e foros a seus sujeitos e vassalos, do que movido começou este ano de 1505 um negócio de muito trabalho, que foi mandar reformar as leis e ordenações antigas do reino, e acrescentar nelas algumas coisas que lhe pareceram necessárias, e assim fez por serviço de Deus uma obra digna de muito louvor”<sup>132</sup>. Fossem quais fossem os motivos, alguns ou todos esses, ou talvez, outros bem diferenciados, certo é que as pessoas encarregadas do labor completaram a sua missão, e, em 1514, a obra estava impressa na sua totalidade.

A reforma legislativa foi realizada às pressas, razão pela qual não satisfez a expectativa do monarca. D. Manuel então mandou inutilizar todos os exemplares, com exceção daquele encontrável na Torre do Tombo, e nomeou uma nova comissão para a realização da tarefa. Embora se afirme ter essa comissão sido composta pelos desembargadores Cristóvão Esteves, João Cotrim e João de Faria sob a presidência do primeiro, só o nome de Cristóvão Esteves não encontra qualquer resistência entre os historiadores. Por tais razões, quando se fala nas Ordenações Manuelinas se faz referência àquelas publicadas em 11 de março de 1521, justamente as que tiveram aplicação durante grande parte do século e que foram impressas por Jacobo Cromberger, o Alemão.

---

<sup>132</sup> Cf. FIGUEIREDO, J. A. *Sinopse de subsídios ainda os mais raros para a história e estudo crítico da Legislação Portuguesa*. Lisboa: Academia Real de Ciências de Lisboa, 1790. p. 252.

No que respeita ao sistema adotado, as Ordenações Manuelinas seguiram o esquema anterior, com modificações.

Nessas já se abandonou o método histórico-cronológico para se fixar apenas no sistemático-sintético. Como assinala José de Anastácio de Figueiredo, a diferenciação entre as duas Ordenações já se apresenta quando as Manuelinas omitem os nomes dos autores das leis e vai além quando altera a ordem da colocação dos títulos, e a distribuição dos artigos e parágrafos, fato que lhe dá aparência de um código novo, e não como simples compilação dos precedentes legislativos.

Além das Ordenações Afonsinas, tomam as Manuelinas as respostas das Cortes de Lisboa (1450, 1459, 1460); da guarda (1465); de Santarém (1468), de Évora (1442, 1473, 1475, 1481), terminadas em Viana d'Apar-d'Alvito em 1482, 1490, de Montemor, o Novo (1477) e mais disposições extravagantes, assentos, determinações régias, regimentos etc. O Código Manuelino vigorou até 11 de janeiro de 1603. Acresce salientar que as disposições acerca do direito penal e algumas do processo também se encontram no Livro V. Quanto às penas aplicáveis aos delitos, pouca ou nenhuma variação ocorreu, continuando as sanções crudelíssimas. As penas corporais foram abundantes, e a pena capital era aplicada quase sempre depois da prática de várias formas de suplício.

## **Compilação de D. Duarte Nunes Leão**

Com o passar dos anos, novas leis foram elaboradas, algumas alterando o texto das Ordenações, revogando-as parcialmente, enquanto outras apenas e tão somente esclareciam o texto. De qualquer maneira, essa dispersão criava dificuldades para as pessoas que pretendiam conhecer as leis e também para aquelas a quem incumbia a sua aplicação. Em menor escala, retornava-se ao período que antecedeu o advento das Ordenações Afonsinas.

A reforma da Universidade de Coimbra que D. João III determinara em 1537 gerou uma verdadeira obsessão legislativa, porquanto o monarca convidara professores estrangeiros de nomeada, notadamente italianos, para comporem o corpo docente conimbricense. Em face da menoridade de D. Sebastião,

herdeiro e sucessor do trono, o regente D. Henrique incumbiu Duarte Nunes Leão o trabalho de compilar as leis posteriores, pondo em ordem a legislação em vigor. Completada a tarefa, foi ela submetida a uma revisão que foi realizada por Lourenço Silva, que era o Regedor da Casa de Suplicação, e por alguns outros *letrados* do conselho e desembargo. Pela designação de letrados e entendidos eram nessa época os juristas. A compilação era fidedigna e foi aprovada pelo Alvará Real de 14 de fevereiro de 1569, que determinou a sua imediata vigência. Essa coleção de leis estava dividida em seis partes, sendo que a quarta estava dividida em vinte e três títulos, promiscuamente estavam distribuídos os delitos, suas penas e os seus acessórios.

Alguns autores denominam essa compilação de Ordenações Sebastiãoicas ou Código Sebastiãoico. Todavia, como pondera Augusto Thompsom, as características que essa compilação apresenta não permitem que se lhe atribua uma denominação tão pretensiosa, até porque ela é incompleta<sup>133</sup>.

## Ordenações Filipinas

### Introdução

Permitimo-nos alongar um pouco mais este trabalho para um exame mais detido das Ordenações Filipinas, posto terem sido elas as que, por mais de dois séculos, quanto à parte criminal, vigeram no nosso país. Sua vigência apenas foi encerrada com o advento do Código Criminal do Império, de 1830, e a parte processual penal com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832. A aplicação desses estatutos, contudo, até o surgimento dessas legislações esteve limitada pelas disposições da Constituição de 1824 e pelas leis anteriores e posteriores à sua promulgação durante o período vacante. Acrescentamos que, quanto à legislação civil, a vigência das Ordenações Filipinas só se encerrou com o Código Civil de 1916.

Afirma-se que, muito antes do nascimento de D. Sebastião, o mito do sebastianismo já vigorava em Portugal. Tal como ocorre com quase todos os povos, também na mãe-pátria corria uma

<sup>133</sup> THOMPSON, 1976, p. 78.

lenda acerca do regresso de uma figura imortal que iria conduzir a nação a seus dias de glória. Em Portugal, essa figura foi identificada como a de D. Sebastião que, em 1557, herdou o trono de seu pai, D. João III, quando contava com apenas três anos de idade. Em face disso, assumiu o trono o Cardeal D. Henrique, tio do herdeiro do trono português. D. Sebastião assumiu o trono aos 14 anos de idade, libertando-se da tutela de seu tio em meio a uma grave crise econômica. As numerosas colônias lusitanas espalhadas por todos os quadrantes do mundo, em face da política imposta pelo regente, ao revés de produzirem lucros para o reino, se convertiam em um sangradouro de seus recursos.

Criado por eclesiásticos, possuidor de uma personalidade mórbida e sonhadora, ao que se acrescenta sua pouca idade, D. Sebastião preocupa-se apenas em realizar façanhas épicas, semelhantes àquelas desenvolvidas muitos séculos antes por reis que levaram seus exércitos às cruzadas, visto que pretendia se ver consagrado como um novo campeão religioso. O jovem monarca, movido por tais sentimentos, lança-se a uma grande aventura ao tentar tomar Marrocos dos mouros, quando não dispunha de recursos para uma campanha de tal envergadura. Na batalha de Alcácer-Quibir, em circunstâncias misteriosas, o jovem rei encontrou sua morte, enquanto as tropas portuguesas eram inapelavelmente aniquiladas. Com sua morte, assumiu o trono o Cardeal D. Henrique em meio a uma grave crise, a mesma que já se apresentara no período de sua regência. Enquanto isso, a Espanha passava por um período áureo, razões suficientes para que se maquinasse no sentido de reincorporar Castela, que D. Afonso Henriques havia logrado separar. A morte de D. Henrique facilitou as coisas, possibilitando a Filipe II da Espanha, por herança, empolgar o trono lusitano, em meio à situação caótica que vivia a pátria de Camões. Em 1581, o monarca espanhol era consagrado rei de Portugal. Com o título de Filipe I.

Filipe I (II, da Espanha), mandou refundir as Ordenações. Salienta Braga da Cruz que essa determinação não se liga a qualquer capricho do monarca, mas decorria de uma imperiosa necessidade de que se davam conta os próprios portugueses.

Político habilíssimo, arguto e ambicioso, o rei não quis desprezar a oportunidade “de mostrar aos portugueses o respeito que lhe mereciam as leis tradicionais do país e o interesse verdadeiramente nacional que as inspirava”<sup>134</sup>.

A nova compilação havia se tornado mesmo necessária. Após a coletânea realizada por D. Duarte Nunes Leão, a legislação continuou a aumentar exuberantemente, tanto nos reinados de D. Sebastião e de D. Henrique, como no do próprio Filipe I, sobretudo nesse que promulgou dois importantíssimos diplomas legislativos: o Regimento da Relação do Porto e a Lei de Reformação da Justiça.

A empreitada de reformulação da legislação foi concluída em 1595, e uma lei de junho desse mesmo ano determinou a sua observância. Motivos que permanecem bastante obscuros, todavia, obstacularam a sua aplicação. Com a morte de D. Felipe I (de Portugal), ocorrida em 1598, o diploma foi submetido a uma revisão por uma comissão especialmente designada, da qual participaram Melchior do Amaral, Damião de Aguiar, Diogo da Fonseca, Jorge Cabedo e Henrique de Souza. Informa-se que essa comissão introduziu várias modificações no texto original. As Ordenações Filipinas só foram definitivamente promulgadas e entraram em vigor no reinado de Filipe II (III, de Espanha), por lei de 11 de janeiro de 1603.

## Fontes

As Ordenações Filipinas tiveram por fonte as Ordenações Manuelinas, a Compilação de Duarte Nunes Leão e a legislação editada posteriormente. Nela apresenta-se bastante evidente a preocupação de atualização, que se sobrepõe à inovação. Preservou-se o espírito da legislação lusitana, mas se aproveitou o momento para proceder-se à modernização da linguagem. Conseqüentemente, a legislação espanhola em quase nada influiu nas Ordenações Filipinas, salvo de modo oblíquo e

---

<sup>134</sup> Segundo se afirma, Filipe I, de Portugal, teria seguido os conselhos de Simão Gonçalves Preto, desembargador do Paço e chanceler-mor do Reino. A carta dirigida ao monarca é encontrada na íntegra, na obra de Nuno J. Espinosa Gomes da Silva (CRUZ, 1955, p. 395).

indireto. Até mesmo as Leis de Touro, promulgadas ao tempo de D. Joana, tem-se por discutível a sua introdução a título de inovação, pois elas já haviam sido consagradas anteriormente, pela prática dos tribunais portugueses e pelos juristas.

## Penas

Como nas Ordenações anteriores, a pena de morte era a cominada para a maior parte dos delitos, variando apenas as formas pelas quais era executada, numa variação de conformidade com a gravidade do delito praticado. Vamos a elas: a) *morte cruel*. Nessa a vida era tirada lentamente, entremeada de suplícios. Lembra Augusto Thompsom que “por vezes, ficava ao alvedrio do juiz e do executor a escolha do meio de tornar mais sofrido o passamento do réu, outras vezes constava a forma de execução do próprio texto legal, sendo preferido, nesse caso, o vivicombúrio”<sup>135</sup>. Veja-se, por exemplo, o Título XIII da legislação em exame. b) *morte atroz*. Nessa, eram acrescentadas algumas circunstâncias agravantes à pena capital, como o confisco de bens, a queima do cadáver, o seu esquartejamento, e até a proscricção de sua memória; c) *morte simples*. Essa representava apenas a perda da vida, e era executada mediante degolação e enforcamento, esse reservado para as classes mais humildes, porque era tido como informante; d) *morte civil*. Com essa pena, eliminava-se a vida civil e os direitos da cidadania. Acentua Augusto Thompsom que as Ordenações não apresentavam, muitas vezes, expressões muito claras, de maneira que através de um exame do seu texto, pudesse-se enquadrar a sanção cominada dentro do esquema transcrito. Ao contrário, adotando uma linguagem inadequada, o código criava, em muitos casos, perplexidades e discussões, que eram solucionadas através de construções exegéticas dos doutores, nem sempre pacíficas. “Assim, a expressão morte natural para sempre, que à primeira vista parece um despautério, visto não ser concebível a morte provisória, era uma fórmula através da qual o legislador queria significar a morte atroz, discriminada da morte simples (expressa pela morte natural), em face ao acréscimo do complemento para sempre”<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> THOMPSON, 1976, p. 85.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 86. Para um exame mais detalhado recomendamos a leitura das páginas seguintes.

Outras espécies de sanções graves são encontradas, porque revestidas do conteúdo infamante, eram as chamadas penas vis, entre as quais alinhamos as de açoites, corte de membro, galés ou trabalhos públicos, o baraço e pregão, entre outras. Também estavam contempladas as penas de multa e as de degredo. A forma mais grave de execução dessa última era a que se cumpria no Brasil, consoante o disposto no Livro V, tit. CXLIII.

Nas Ordenações não estava contemplado o que atualmente chamamos de princípio da legalidade: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Por tal razão, compreende-se que, para alguns delitos, fosse cominada a chamada pena *crime arbitrária*, exatamente aquela que ficava ao talante do julgador, que a fixava como “lhe bem e direito parecer, segundo a qualidade da malícia, e a prova que dela houver” (Livro V, tit. CXVIII, §. 1º).

## Críticas às Ordenações do Reino

As Ordenações do Reino são conhecidas pela sua iniquidade e pelo seu desmedido rigor. Ninguém, entre nós, resumiu melhor o conteúdo dessas legislações do que José Frederico Marques, cuja página entendemos que merece ser transcrita, ainda que parcialmente, afirmando o festejado jurista paulista que nessas compilações rigorosas e iníquas, “o legislador ali só teve em vista conter os homens por meio do terror” como disse Coelho da Rocha. Penas crudelíssimas eram cominadas a infrações muitas vezes sem maior importância. E o catálogo de delitos era tão extenso que um rei africano estranhou ao lhe serem lidas as Ordenações, que nelas não se contivesse pena para quem andasse descalço. Além de bárbaras e atrozes, as penas eram desiguais: influía na sanção a qualidade ou condição da pessoa, pois se puniam diversamente os nobres e os plebeus. A arbitrariedade também imperava no tocante à aplicação da pena, como se vê do Título 1º, em que se mandava punir os hereges com as penas determinadas pelo direito, mas sem esclarecer qual era o direito aplicável. E prossegue o festejado professor:

De par com isso, os preceitos se aglutinavam em uma estruturação primária e rudimentar de indistincto empirismo. Falta ao livro V uma parte geral; e na parte especial, os delitos se enumeram casuisticamente, sem técnica apropriada, numa linguagem (muitas vezes pitoresca) em que falta o emprego de concei-

tos adequados do ponto de vista jurídico. As figuras delituosas se amontoam sem nexos, na ausência de sistema para catalogá-las racionalmente, formando muitas vezes verdadeiros pastiches, tal a confusa e difusa redação dos textos em que se condenam as condutas delituosas, e respectivas sanções<sup>137</sup>.

Mais contundente é a crítica que Batista Pereira faz ao Livro V das Ordenações: “Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas ideias religiosas e políticas que, invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundiam o crime com pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés, e com a mesma severidade com que se punia a heresia, a blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de El-Rei e dos Prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar freiras e pernoitar com elas. A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua inflicção; certos criminosos, com os bigamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e feitos em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura pudesse haver memória. Com a volúpia pelo sangue, negação completa do senso moral dessa lei que, na frase de CÍCERO, é *in omnibus diffusa, naturae, congruens, constans*, eram noticiados os réus de lesa-majestade, crime tão grave e abominável, e os antigos sabedores tanto o estranharam que o compararam à lepra, porque assim como esta enfermidade enche o corpo, sem nunca mais se poder curar, assim o erro da traição condena o que a comete, e impede e infama os que da sua linha descendem, posto que não tenham culpa. A este acervo de monstruosidade outras se cumulavam: a aberrância da pena, o confisco dos bens, a transmissibilidade da infâmia do crime”<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal: propedêutica penal e norma penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1964. Tomo 1, p. 84-85.

<sup>138</sup> Cf. PIRAGIBE, V. *Legislação Penal. 1932*. tomo 2, p. 14-15. O texto também é reproduzido por José Frederico Marques, op. e tomo cit., págs.85-86. Uma crítica bem fundamentada acerca das Ordenações Filipinas foi formulada por Jorge de Figueiredo

Tão grande era o rigor das Ordenações, onde a cominação da pena de morte era constante, que se conta haver Luís XIV da França, famoso pelo seu absolutismo, interpelado ironicamente o embaixador português em Paris, querendo saber se, após o advento de tais leis, alguém havido escapado com vida<sup>139</sup>.

No Brasil também encontramos exemplos da extrema crueldade dessa legislação. Tiradentes, acusado e condenado de crime de lesa-majestade, foi enforcado, esquartejado, sendo os seus membros fincados em postes colocados à beira das estradas nas cercanias de Vila Rica, com *slogans* destinados a advertir o povo sobre a gravidade dos atos de conspiração contra o monarca (na época, D. Maria, alcunhada a louca). As inscrições diziam que ninguém poderia trair a rainha, porque as próprias aves do céu se encarregariam de lhe transmitir o pensamento do traidor. Ainda quanto a Tiradentes, impôs-se a pena de infâmia até à sua quarta geração.

Há que se considerar, todavia, o momento histórico em que se vivia. Evidente que a legislação não poderia conter, como pretende Melo Freire em sua crítica tão bem aceita por José Frederico Marques, uma parte geral e uma parte especial. Os conceitos dogmáticos são relativamente recentes, conquanto alguns deles possam ser encontrados, mais em formas embrionárias, nas antigas legislações e no trabalho dos Práticos. Porém, ainda atualmente, há entre os penalistas quem sustente a dispensabilidade da parte geral dos códigos. As penas cruéis, tanto a capital como as outras corporais, desde os tempos mais remotos, foram difundidas e largamente aplicadas, e, atualmente, encontramos em várias legislações a pena de morte, a amputação das mãos e a castração. Hoje se fala na eliminação da virilidade e esterilidade por meio químico. Mesmo no nosso país, quando escrevemos esta página, há membros do Congresso que pretendem a reforma da Constituição para que se possa aplicar a pena de morte, como se essa fosse a panaceia para to-

---

Dias: A relação do Estado no Brasil e o Direito Português, conferência pronunciada no Fórum Internacional de Direito Penal Comparado, realizado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de 8 a 10.3. 1989, que se encontra nos Anais, págs. 27-33, com especial destaque para as páginas 29-30.

<sup>139</sup> Cf. GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad Editor, 1954, v.1, p. 116.

dos os males sociais, que se refletem na constância dos delitos, principalmente de ordem patrimonial. Nem mesmo quanto ao tratamento diferenciado em relação às qualidades das pessoas podemos tecer uma maior crítica. Quem pode negar a benignidade de nossa legislação ao punir os crimes contra o fisco, os delitos de colarinho branco, as penas impostas, se e quando estão envolvidos funcionários corruptos, que campeiam nos altos escalões governamentais. Esses, se e quando são descobertos, por ato de benignidade e omissão de muitos, o peculato doloso se converte em culposos, e o simples ressarcimento do dano ao erário público impede a punição, enquanto ao roubador comum a punição se faz com a maior severidade. Não será demais pensarmos transcrever a lição de Eduardo Correia, quando o professor lusitano afirma que todas as características que se apontam no direito penal europeu da época até o advento do Iluminismo são encontráveis nas Ordenações do Reino<sup>140</sup>.

Não resistimos ao desejo de transcrever esta manifestação de Aníbal Bruno, sem dúvida um dos mais lúcidos penalistas que o nosso país produziu durante todo o transcorrer de sua história. Diz o mestre pernambucano: “Para julgar essa legislação (o autor refere-se com exclusividade às Ordenações Filipinas) é preciso situá-la naqueles começos do século XVII, em que foi promulgada e dos quais reflete os princípios e costumes jurídicos. Baseada na intimidação pelo terror, como era comum naqueles tempos, distinguem-se as Filipinas pela dureza das punições, pela frequência com que era aplicável a pena de morte e pela maneira de executá-la, morte por enforcamento, morte pelo fogo até ser o corpo reduzido a pó, morte cruel precedida de tormentos cuja crueldade ficava ao arbítrio do juiz; mutilações, marca de fogo, açoites abundantemente aplicados, penas infamantes, degredos, confiscações de bens.

Do seu rigor e crueldade pode-se julgar pela frequência com que nela se repete o horrendo estribilho do morra por ello. A pena de morte era, por assim dizer, a punição normal dos crimes. Era a pena dos hereges, dos feiticeiros, dos moedeiros falsos, dos pederastas, do infiel que dorme com cristã ou do cristão que dorme com infiel, dos que têm relações sexuais com

---

<sup>140</sup> CORREIA, E. *Direito Criminal*. Coimbra: Editora Almedina, 1968. tomo 1, p. 104. (com a cooperação de Figueiredo Dias).

parentes e afins, do estupro, da bigamia, do adultério, do alcoviteiro de mulheres casadas, dos que tiram armas em presença do rei, no Paço ou na Corte, dos que fazem escrituras falsas ou delas se utilizam, do furto, do roubo ou do homicídio, dos que falsificam mercadorias, dos que medem ou pesam com medidas ou pesos falsos, podendo ser também a dos que dizem mal do rei, que abrem cartas do rei, da rainha e de outras pessoas. A esse quadro se juntava o horrível emprego de torturas para obter confissões, ao arbítrio do juiz, a infâmia transmitida aos descendentes no crime de lesa-majestade, que podia consistir até no fato de alguém, em desprezo ao rei, quebrar ou derrubar alguma imagem de sua semelhança, ou armas reais, postas em sua honra ou memória. A pena, então, era a morte cruel, com os horrores que acompanhavam esse gênero de execuções. Transmissão da infâmia aos descendentes, ainda, nos crimes de sodomia; menores podendo ser condenados até a pena de morte, conforme o crime, ao arbítrio do julgador. Eram assim as legislações penais naqueles primeiros anos do século XVII, algumas pondo ainda maiores excessos em acentuar esse seu caráter de instrumento de terror na luta contra o crime”<sup>141</sup>.

De se concluir, pois, que a legislação lusitana é apenas um exemplo daquelas que vigoraram no período do absolutismo monárquico, contra a qual se levantaria “com toda a força da sua íntima simpatia humana, a voz de Beccaria”.

A única coisa a estranhar-se foi a vigência dessa legislação entre nós até 1830, isto é, bem distante do período histórico que lhe competia, pois, mesmo após a proclamação de nossa independência, continuou a vigorar, ainda que com penas mitigadas em decorrência da Carta de 1824, enquanto a legislação civil só foi ab-rogada em 1916, com a promulgação do Código Civil. Por outras palavras, as Ordenações Filipinas, na parte civil, vigeram por mais tempo no Brasil do que em Portugal.

---

<sup>141</sup> BRUNO, A. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. v. 1, Tomo 1, p. 160-161.

## Brasil holandês

Muito embora o período de dominação holandesa não fosse longo e apenas envolveu parte do Nordeste, iremos fornecer alguns detalhes da legislação penal vigente nesses locais. Alertamos serem poucas as fontes de que dispomos sobre a legislação penal aí vigente. Daí ser a nossa empreitada bem modesta, posto que aqui se pretende apenas noticiar uma listagem, ainda que incompleta, dos delitos e das penas aplicáveis. Sabe-se que com o conde Maurício de Nassau, através da legislação penal, procurou-se coibir os abusos e arbítrios dos anteriores dirigentes da colônia. Essas leis “de inspiração idêntica à das Ordenações da monarquia portuguesa – talvez mais severas ainda – representando também, no que se referia ao crime, aquele Direito Penal comum na Europa, de que a *Constitutio Carolina* foi o exemplar mais famoso. Todas elas refletindo a maneira pela qual a cultura do Ocidente, na época, entendia o crime e os meios de combatê-lo”<sup>142</sup>.

Como conquistadores, os holandeses se preocuparam, prioritariamente, em punir com maior severidade os portugueses e os nativos que se levantavam contra o domínio ou atingiam os interesses financeiros da Companhia das Índias Ocidentais, porquanto os holandeses aqui aportaram com o objetivo de auferir grandes lucros rapidamente. Destarte, a conspiração contra os holandeses levava às penas de prisão, confisco de bens e muito provavelmente à pena de morte ou à expulsão.

Além das penas já mencionadas, outras estavam previstas, algumas delas bastante pitorescas. Assim, não plantar o número de covas de mandioca ordenado por lei, era punido com pena de ser considerado inimigo do Estado e de multa; vender carne ou matar rês sem licença dos ministros da Câmara tinha sua conduta punida com açoites e outras penas graves; casar-se ou amigar-se com indígenas, pena de deportação e outras também severas; realizar o sacerdote católico casamento com inobservância das determinações do governo holandês era punido com deportação; escarnecer o judeu da Igreja cristã

<sup>142</sup> BRUNO, 1959, p. 163.

ou blasfemar, pena de multa, de prisão e até mutilação da língua; casar-se em cerimônia cuja celebração estivesse entregue a um sacerdote católico, penas de exílio, multa de 300 florins, ficando os filhos impedidos de adir à herança.

A extorsão, os jogos de azar e o incesto também eram punidos severamente. Assim também a punição do adultério que, pela maneira como vem referido pelos historiadores, era uma constante. Como esclarece Hermann Watjen, “os desvios matrimoniais recebiam punição severa”<sup>143</sup>. “Muita mulher infiel de soldado”, afirma o autor “metidas em varas, teve de passar horas inteiras no pelourinho, exposta ao calor ardente do sol, na praça pública; muita dama elegante foi vergastada *coram publico* pelo carcereiro-mor”<sup>144</sup>. Também foram punidos com severidade o duelo, punido com as mesmas penas do homicídio. Ruy Rebello Pinho afirma ter o próprio Nassau declarado ser do interesse público a punição com maior rigor “os duelos e homicídios deliberados sem ter em conta a condição das pessoas. Não são, porém, de punir aqueles que são imperados por uma ira cega ou justa dor”. Conclui o autor que “desse modo, o Conde dava como causas de isenção de pena na ação de matar: a ira cega (seria o homicídio passional) e a justa dor (seria o homicídio emocional)”<sup>145</sup>.

Da legislação holandesa aqui vigente constava a *advertência*. A grande dúvida está na consideração sobre tratar-se realmente de uma pena criminal ou de uma medida disciplinar anterior à pena. Vamos nos socorrer uma vez mais de Ruy Rebello Pinho que assim se manifesta:

como zeladora da decência e dos bons costumes, a autoridade eclesiástica chamou à barra de seu foro pessoas que se haviam tornado culpadas de adultério ou viviam amancebadas e advertiu, sob ameaça de imediata demissão, no caso de reincidência, a diversos párocos para que abandonassem a sua conduta escandalosa e voltassem ao caminho da virtude, como convinha a um servidor da palavra divina<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> WATJEN, H. *O domínio colonial holandês no Brasil*. Tradução de Pedro Celso Cavalcanti. ed. Do Governo de Pernambuco, 1938. p. 395-396.

<sup>144</sup> WATJEN, 1938, p. 395-396.

<sup>145</sup> PINHO, R. R. *História do direito brasileiro: período colonial*. São Paulo: Bushatsky-Edusp, 1973, p. 180.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 180-181

A medida, portanto, na nossa maneira de ver, não deixa de ser apenas uma advertência que antecedia qualquer punição criminal, como também pareceu a Ruy Rebello Pinho.

Salientamos, por último, que o direito penal holandês pouco ou quase nada diferenciava das Ordenações Filipinas, razão suficiente para que Maurício de Nassau, diante da brutalidade das sanções previstas, concedesse abundantemente perdões e, em outras vezes, comutasse as penas aplicadas.

## Capítulo II

### A legislação genuinamente brasileira

A vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, produziu sensíveis efeitos práticos que conduziram à nossa emancipação política. A Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 abriu os nossos portos às nações amigas, mas esse fato não modificou substancialmente a legislação penal vigorante, isto é, as Ordenações Filipinas continuaram a vigor inteiramente. Tímidas mutações só apareceram após o retorno de D. João VI ao seu país, quando o Príncipe Regente D. Pedro, por decreto de 23 de maio de 1821, legislou sobre a prisão dos criminosos e, pelo decreto de 18 de junho de 1822, determinou que os abusos da liberdade de imprensa fossem julgados por juízes de fato. Tais leis, conquanto de certa maneira atingissem o direito penal, claramente melhor estariam incorporadas ao direito processual penal. De se considerar, no entanto, que durante o período em que permaneceu no Brasil, D. João VI legislou em matéria penal, mas principalmente no âmbito do processo penal.

1. Proclamada a independência em 4 de março de 1823, o Imperador D. Pedro I abriu solenemente os trabalhos da Assembleia Nacional Legislativa Constituinte, que viria ser dissolvida em 12 de novembro desse mesmo ano. Por Carta de Lei de 25 de março de 1824, o Imperador outorgou a Constituição, que viria se constituir na única do período imperial. Essa Constituição, segundo vários historiadores, apresentou-se muito mais liberal do que aquela que vinha sendo elaborada pela Assembleia Constituinte. Tobias Barreto, confrontando os textos do<sup>1</sup> Projeto Antonio Carlos e da Carta de 1824, afirmou que do exame comparativo das duas obras, resulta com evidência a superioridade da última delas, na quase totalidade das disposições, na distribuição da matéria, na propriedade da linguagem, principalmente na escolha do -sistema administrativo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> TORRES, J. C. O. A democracia coroada: coleção de documentos brasileiros dirigida por Octavio Tarquínio de Sousa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957. p. 496.

<sup>2</sup> BARRETO, T. *Comentário teórico e crítico ao Código Criminal brasileiro, e Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal*. In: BARRETO, T. Estudos de Direito. Salvador: Nova Editora Progresso, 1951.

Na elaboração da Constituição, o Imperador tomou parte ativa, ora rascunhando artigos, ora ditando outros, que teriam servido para a elaboração do texto final, mas é absolutamente certo que nem tudo o que foi rascunhado pelo Imperador entrou na Carta Constitucional.

É de ressaltar que o advento do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 vieram à lume graças ao empenho do Imperador, que nas Falas do Trono enaltecia tal providência. Assim, na Fala do Trono de 8 de setembro de 1830, novamente o imperador insistia na “discussão do código penal e do processo criminal” como exigência sine qua non para a existência de uma nação.<sup>3</sup>

Deve se considerar que o código de processo só se tornou realidade após a abdicação de D. Pedro I, em favor de “seu amado e prezado filho o Sr. D. Pedro de Alcântara”.

## O Código Criminal do Império

O Código Criminal não se afastou, e nem poderia se afastar, dos princípios e regras consagrados pela Carta Constitucional, que desde logo alteravam todo o sistema penal. A legislação penal, portanto, deveria se moldar nas diretrizes estabelecidas pela lei maior. Como acentuou Basileu Garcia, em face da estreita ligação do direito penal com o direito constitucional, a Carta “traçou diretrizes renovadoras” para o direito penal que viria a se instituir. “O espírito que dominou o Código Criminal do Império está antecipado na Constituição de 1824”<sup>4</sup>. Com Zaffaroni, já acentuamos este aspecto: “A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação — que é a Constituição Federal — constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação

<sup>3</sup> Cf. no nosso trabalho O início da codificação penal iberoamericana — conferência proferida na sessão de abertura do Encuentro de Penalistas Iberoamericanos, em comemoração ao sesquicentenário da codificação penal latinoamericana, realizado em Valparaíso, Chile, de 3 a 5 de novembro de 1980, publicada pela Revista Justitia, São Paulo, v. 109, 1980, p. 38-51.

<sup>4</sup> GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. v. 1. São Paulo: Max Limonad editor, 1954, p.118-119.

penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional”<sup>5</sup>. A Carta do Império exigiu a pronta elaboração de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art. 179, §18) e estabeleceu certos princípios que deveriam ser observados: a igualdade de todos perante a lei (§13), a não retroatividade da lei penal (§ 3º), o de que a pena não passará da pessoa do criminoso (§20). Ao estabelecer a ir-retroatividade da lei penal, fixou a Constituição uma das mais significativas garantias individuais que atualmente vigem nas legislações de todos os países tidos como cultos. Como se pode concluir, a Constituição de 1824 estabeleceu princípios e regras que confirmavam a sua concepção liberal que, efetivamente, norteava a figura ímpar e muitas vezes contraditória do Imperador. Foi, portanto, o Código Criminal imperial estruturado sob a ótica das ideias iluministas que provinham de outras regiões e que aqui se apresentavam, inclusive, no espírito do Imperador. O nosso Código Criminal de 1830, que tanto encantou a cultura jurídico-política de sua época, tinha suas linhas mestras fixadas na Constituição. Em 4 de maio de 1827, o Deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos, e, quinze dias depois, o Deputado Clemente Pereira apresentaram projetos de Código Criminal.

O Projeto Bernardo Pereira Vasconcelos continha tanto a parte do direito penal como a de processo penal, sendo, portanto, mais completo. Formado em direito por Coimbra, onde foi aluno de Pascoal de Mello Freire, o autor possuía uma sólida formação liberal que se refletia no Projeto, conquanto nele se mantivessem as ideias escravocratas então vigentes no país. No Projeto se vislumbra as claras ideias de Mello Freire e de Beccaria que repercutiram profundamente no individualismo que orienta todo o Código, muito especialmente na sua Parte Especial. Muito embora o Projeto Vasconcellos apresente em alguns pontos conceitos kantianos quanto à pena, mesmo assim já sustentava que a pena deveria adequar-se à sensibilidade do criminoso, de inspiração nas ideias de Jeremias Bentham e que foram formar o art. 19 do Código Imperial. Todavia, como ressalta Aníbal Bruno, o nosso Código imperial não se filiou

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Parte geral, p. 121.

estritamente a nenhum modelo, mostrando-se original em mais de um ponto<sup>6</sup>.

O mestre pernambucano assinala ter o nosso Código imperial impressionado “penalistas estrangeiros, dizendo-se de alguns que aprenderam português para lê-lo no próprio texto (HAUS, MITTERMAYER). Chegou mesmo a influir sobre uma corrente de legislações penais. Nele se modelariam o Código espanhol de 1848 e os que lhe seguiram, de 1859 e 1870, e, através deste, vários Códigos penais da América Latina”<sup>7</sup>.

O Código imperial contemplava várias penas: a pena capital, que era executada na força (art. 38); as galés, que podiam ser temporárias e perpétuas; a pena de banimento, que importava o desterro para fora do império por vinte anos; de degredo ou desterro perpétuo; pena de prisão com trabalho e prisão simples que deveriam ir, quando isso fosse possível, para prisões mais próximas do local em que tenham sido praticados os delitos. A pena de desterro, salvo quando outra declaração não havia, obrigava os réus a saírem 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 (art. 52). Os condenados às galés, à prisão com trabalho, à prisão simples, a degredo ou a desterro ficavam privados do exercício dos direitos políticos de cidadão, enquanto durassem os efeitos da condenação (art. 53).

Também estava prevista a pena de perda e suspensão do emprego (arts. 58 e 59), mas podia o condenado voltar a exercer os seus empregos. A pena de açoites estava reservada para os escravos, cuja execução estava limitada a cinquenta por dia (art. 60, segunda parte). Uma vez aplicada a pena de morte, nenhuma outra pena corporal poderia ser imposta ao condenado (art. 61, segunda parte).

As penas estavam definidas nos graus mínimo, médio e máximo, isto é, estavam parcialmente individualizadas pela própria lei, cabendo ao magistrado a opção por qualquer um dos graus. A pena da tentativa era a mesma da do crime consumado, reduzida, no entanto da terça parte em qualquer dos graus (art.

<sup>6</sup> BRUNO, A. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. Parte geral, v. 1, tomo 1, p. 165.

<sup>7</sup> *Ibid*, p. 165.

34). Considere-se, ainda, ter o Código contemplado no esboço da determinação da pena os motivos do crime, que somente meio século depois foi testado na Holanda e depois na Itália e na Noruega, a imprescritibilidade da condenação, a atenuante da menoridade, a indenização do dano *ex-delicto*.

Um destaque especial merece a pena de multa. O Código imperial adotou o sistema do dia-multa no seu artigo 55, *verbis*: “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 um dia pelos seus bens, empregos ou indústria, quando a lei especificadamente a não designar de outro modo.” Pode-se, portanto, sem a existência de qualquer dúvida, ser o sistema do *dia-multa* ou *dia de multa* uma criação brasileira, que depois seria reinventado nos países nórdicos e introduzido por Thuyren no seu projeto sueco de 1916. Razão pela qual é conhecido como *sistema nórdico* quando é, na realidade, um sistema genuinamente brasileiro, que continuou vigorando no artigo 58 no Código de 1890, posteriormente esquecido pelo Código de 1940, mas retomado pela reforma de 1984. Antes, esteve incluído no malsinado Código de 1969, chamado de Código Hungria, por ser esse grande penalista o autor do projeto de que se originou a referida legislação.

Ainda que restritivamente, vamos fazer uma referência às legislações que influíram na elaboração do Código do Império. Já mencionamos a influência de Pascoal de Mello Freire, que foi professor na Universidade de Coimbra, considerado por A. J. Silva Abranches como “o príncipe dos juriconsultos portugueses”, cujas concepções foram forjadas nas mais puras ideias iluministas. Mello Freire sofreu extrema influência de Beccaria, Filangieri, Grócio, Pufendorf, Montesquieu, Voltaire, Puttman, Paulo Rizzi, Felipe Maria Renazzi, Blackstone, Servant, Bentham entre outros, muitos dos quais citados na apresentação de seu Projeto de Código Criminal, que nos apresenta uma clara ideia de sua formação cultural e da tendência iluminista que orientava todo o seu trabalho, e sua obra em geral. Claro está que seu Projeto não poderia ser aceito pela Rainha D. Maria I, muito embora, como informa Augusto Thompsom, tivesse o autor feito várias concessões, as quais violentavam as suas convicções mais íntimas. Muitas de suas ideias, todavia, já tinham

sido aceitas pela própria Carta Constitucional de 1824, razão maior de sua presença no Código de 1830.

Não nos é dado ignorar a sensível influência do Projeto de Edward Livingston para a Louisiana, apresentado em 1825. Embora não se tenha convertido em lei, esse projeto teve larga aplicação na legislação comparada, porque, como realça Zaffaroni, “frequentemente foi tomado em consideração como fonte de inspiração parcial de outros textos”<sup>8</sup>.

## Código Penal de 1890

A Lei Áurea, que aboliu a escravidão no nosso país, em 13 de maio de 1888 produziu amplos efeitos na legislação penal então vigente, tornando imperiosa a sua reformulação. O próprio governo imperial providenciava a reforma com a nomeação de Batista Pereira para elaborar o projeto. Todavia, deu-se a Proclamação da República, ficando interrompido o trabalho que vinha sendo executado. Porém, Campos Salles, Ministro da Justiça do Governo Provisório, renovou o convite a Batista Pereira, cuja incumbência foi aceita. Tinha urgência o Governo, que se apressou em expedir o Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, com o qual foram abolidas a pena de morte, a pena de galés, a pena de prisão perpétua e reduzida a pena de prisão para trinta anos. Também determinou que deveria ser computada como tempo de cumprimento de pena a prisão que decorria de prisão preventiva e estabelecia a prescrição<sup>9</sup>.

Batista Pereira realizou o seu trabalho em pouco mais de três meses, que foi examinado por uma Comissão nomeada pelo Ministro da Justiça, tendo sido o Projeto adotado quase na íntegra. Em 11 de outubro de 1890, pelo Decreto nº 847, foi determinada a sua observância, mas, nesse mesmo ano, pelo Decreto nº 1.127, de 6 de dezembro, o Código foi submetido à sua primeira reforma, com a revogação do artigo 411.

Infelizmente, o primeiro estatuto republicano estava muito distante do seu antecessor, muito provavelmente como

---

<sup>8</sup> ZAFFARONI, E. R.; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, M. Siglo y Médio de Codificación Penal ibero-americana. Valparaíso: Editora Edeval, 1980. p. 36. (Colección Temas).

<sup>9</sup> SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. Parte geral, p. 74.

decorrência da celeridade de sua elaboração, vários defeitos foram constatados, o que obrigou a edição de novas leis que iriam, paulatinamente, corrigindo-os. As críticas que lhes eram dirigidas eram, todavia, implacáveis, exageradas e até destituídas de razão. Defeitos, com certeza, o Código possuía, razão da existência de numerosas leis extravagantes, com as quais se buscava suprir suas falhas e cobrir suas lacunas. Esse chorrilho legislativo no campo penal tornou exageradamente difícil o trabalho dos profissionais, razão pela qual o Governo Provisório chefiado por Getúlio Vargas aprovou e adotou a Consolidação das Leis Penais, trabalho do Desembargador Vicente Piragibe como o Código Penal Brasileiro (Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932).

O Código de 1890 estabeleceu no seu artigo 43, as seguintes penas: (a) prisão celular; (b) banimento; (c) reclusão; (d) prisão com trabalho obrigatório; (e) prisão disciplinar; (f) interdição; (g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro; (h) multa. Outras disposições importantes encontram-se ainda no Título V: o máximo de 30 anos para a pena privativa de liberdade; a proscricção da pena infamante; a privação de direitos políticos durante o cumprimento da pena de banimento; a compensação das circunstâncias agravantes e atenuantes; a não admissibilidade de presunção como suficiente para a condenação.

Com relação ao Código de 1890, escrevemos em outro local: “Quanto ao Código de 1890, é de nossa obrigação esclarecer ser ele de cunho clássico, e nele se nos parece sensível a influência do Código italiano de 1889, chamado de Código Zanardelli, e do Código argentino de 1886, este fundado no Projeto Tejedor, embora estivesse o nosso Código longe da organização sistemática do Código italiano, este um dos melhores do seu tempo. Perceptível também a influência do Código holandês, de 1881. O Código Zanardelli foi realmente um dos monumentos jurídicos do século XIX, mas mesmo assim também foi duramente criticado, principalmente por Lombroso e por outros positivistas, pois, como observa Grispigni, quando ele, o Código, entrou em vigor, já se via atacado nas suas dobradiças<sup>10</sup>. Também na velha Itália, os movimentos positivistas

<sup>10</sup> GRISPIGNI, F. *Diritto Penale*: introduzione e parte prima: Le norme penali sinteticamente

pleitearam, desde logo, a reforma da legislação, mas, enquanto isso não ocorria, um grande de leis penais extravagantes foi editado, procurando harmonizar a legislação que se fundamentava na *Terza Scuola*, e na Escola Positiva, que se apresentavam prevalentemente na doutrina”<sup>11</sup>. Como se constata, tanto na Itália como no Brasil, as críticas foram abundantes, quase todas pelos autores positivistas, cujas ideias no país peninsular formaram o Código de 1930, chamado de Código Rocco, em homenagem a Arturo Rocco, autor do projeto renovador que foi apresentado em 1927, e que no nosso país se apresentam no Código de 1940.

Afirma Aníbal Bruno que o Projeto Sá Pereira de que originou o 1º Código Penal republicano apresenta-se “[...] como obra de estrutura geral avançada, de louvável harmonia técnica e oportuna orientação científica segundo os princípios da moderna política criminal”<sup>12</sup>.

O primeiro Código Penal republicano previu as seguintes penas (art. 43): (a) prisão celular; (b) banimento; (c) reclusão; (d) prisão com trabalho obrigatório; (e) prisão disciplinar; (f) interdição; (g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inabilitação para exercer outro; (h) multa. Adotada pelo Código de 1890 também o critério do dia-multa (art. 58), *verbis*: “Art. 58. A pena de multa consiste no pagamento ao Tesouro Público Federal, ou dos Estados, segundo a competência respectiva de uma soma pecuniária que será regulada pelo que o condenado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, indústria ou trabalho”.

As contundentes críticas sofridas pelo Código de 1890, sobretudo as levantadas na Conferência Brasileira de Criminologia, realizada no Rio de Janeiro em 1936, levaram à reforma. Vivía-se, então, a época do Estado Novo, e o Ministro Francisco Campos em 1938 incumbiu o Professor Alcântara Machado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, de elaborar um novo projeto, dispensando o elaborado por Sá Pereira.

---

considerata. Milano: Giuffrè, 1952. p. 78.

<sup>11</sup> PIERANGELI, J. H. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. São Paulo: Editora R.T, 2001. p. 77.

<sup>12</sup> BRUNO, 1959, p. 168.

## O Código de 1940. A reforma de 1984

Cometeríamos uma enorme injustiça se não fizéssemos uma referência a dois projetos de reforma, que muito serviram para a elaboração do Projeto de Alcântara Machado: os Projetos de Galdino Siqueira (1912) e de Virgílio de Sá Pereira (1927, 1928 e 1935). Como outras legislações, o nosso Código de 1940 reflete os momentos políticos na época vivenciados que, entre nós, aparecem nitidamente na Carta Constitucional de 1937, denominada de a *polaca*, em razão da influência da Constituição polonesa. Inegável a influência da ordem política vigorante nessa época na Europa. Nossa Carta Constitucional reflete a tendência *fascistizante* que se encontra no auge nos regimes de Hitler (Alemanha) e de Mussolini (Itália), que repercutiu poderosamente em Portugal (com Salazar), na Espanha (com Franco), na Romênia (com Antonescu), na Hungria (com Horthy) e na Polônia (com Pilsudski). Desse modo, nossa Carta Constitucional rompeu com a nossa tradição liberal imperial de 1824 e republicana (1891 e 1934)<sup>13</sup>. Não pairam dúvidas de que é o direito penal o instrumento de que se vale o opressor para implantar e assegurar uma nova ordem normativa para a manutenção do poder. Válida aqui a lição de Francisco Muñoz Conde<sup>14</sup>:

[...] a norma penal se converte em motivo determinante do comportamento dos cidadãos e constitui um fator integrador dos distintos grupos sociais, quando protege valores ou bens jurídicos fundamentais nos quais creem e participam uma ampla base de cidadãos. Neste sentido, a norma penal pode ter, inclusive, um efeito benéfico, como favorecedora e até mesmo causadora da ‘marginalização’, quando manipulada para proteger interesses minoritários ou quando, através dela, priva-se os cidadãos de seus direitos fundamentais.

Instalada a nova ordem político-jurídica, o Ministro da Justiça incumbiu o Professor Alcântara Machado, da Univer-

<sup>13</sup> BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm)>. Acesso em: 21 ago 2023.

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, F. *A função motivadora da norma penal e “marginalização”* (Comunicação apresentada ao 9º Congresso de Defesa Social, realizado em Caracas de 3 a 7 de agosto de 1976, tradução de José Henrique Pierangeli). Revista *Justitia*, n. 116, p. 76, os grifos são nossos, 1982.

cidade de São Paulo, de elaborar um projeto de Código Penal. A parte geral foi entregue ao governo em 16 de maio de 1938, acompanhada de uma longa e bem elaborada Exposição de Motivos, na qual reproduz as advertências de Enrico Ferri, de Euzébio Gómez e de Jorge Coll, os últimos em relação ao projeto argentino de Código Penal de 1937; essa Exposição salientou que: a eficácia plena da aplicação da nova lei dependerá de duas condições, que estão nas mãos do Governo realizar: a preparação especializada da magistratura e a criação de estabelecimentos destinados à readaptação de certos delinquentes, à reeducação de outros, ao tratamento de muitos<sup>15</sup>.

O Projeto Alcântara Machado seguia bem de perto o texto do Código Rocco. A inclinação pelas *medidas de segurança*, que apareceu no Projeto Galdino Siqueira e que se acentuou no Projeto Sá Pereira, culmina com o texto do projeto do professor paulista, que se envolve abertamente com o neo-idealismo, ainda que apresentando um forte acento positivista. Ao todo, o Projeto Alcântara Machado possuía 390 artigos.

O Projeto Alcântara Machado foi submetido a uma comissão revisora integrada por Néelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Vieira Braga e que contou com a colaboração de Antonio José da Costa e Silva, sob a presidência do Ministro da Justiça, Francisco Campos. O Projeto definitivo foi entregue ao Governo em 04.11.1940 e foi sancionado em 07.12.1940.

O Código de 1940 apresenta uma clara estrutura neo-idealista, própria do Código italiano de 1930. Na sua versão original é um Código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de medidas de segurança pós-delituosas que operavam através do sistema do *duplo binário* ou da *dupla via*. Com o sistema adotado, isto é, com as medidas de segurança e da supressão de toda norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar a proibição constitucional da pena perpétua. “Seu texto corresponde a um “tecnicismo jurídico” autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do Código Rocco), desemboca numa clara deterioração da segu-

<sup>15</sup> BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d847.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm) >. Acesso em: 21 ago 2023.

rança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis”, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada”<sup>16</sup>. Atente-se que o Código Penal de 1940, apesar das falhas que a doutrina nunca deixou de assinalar, representa uma obra de harmoniosa estrutura, uma técnica aprimorada, bem redigida, concisa e clara, que soube aproveitar com equilíbrio as inovações que vinham das legislações contemporâneas e das opiniões doutrinárias mais relevantes.

O Código de 1940 tinha como penas principais, a reclusão, a detenção e a multa (art. 28), que podiam ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme a hipótese. A Lei das Contravenções Penais prevê a pena de prisão simples. Das penas privativas de liberdade conhecidas pelo nosso ordenamento jurídico-penal, a mais rigorosa prevista é a de reclusão. O Código também prevê uma série de circunstâncias que sempre agravavam a pena (art. 44) e outra de circunstâncias atenuantes, que mitigavam o seu rigor (art. 48). Contemplava a reincidência genérica e a específica (art. 46, § 1º). Como decorrência do sistema do duplo binário, a reincidência em crime doloso obrigava a aplicação, além da pena, de uma medida de segurança (art. 78, IV), por serem os reincidentes presumidos como perigosos. No Capítulo V, do Título V, o Código contempla as penas acessórias: I — a perda da função pública, eletiva ou de nomeação; II - as interdições de direitos; III — a publicação de sentença.

Pelo Código de 1940, a pena de prisão que o condenado sofria era aplicável a detração cabível, quando o sentenciado esteve detido preventivamente ou em qualquer outra prisão cautelar. Computável também seria o período em que o sentenciado esteve internado em manicômio e hospital, consoante o disposto nos arts. 33 e 34 do Código Penal em estudo. Adotou para a sanção pecuniária o sistema de pena tarifária, esquecendo-se o nosso legislador da pena do dia-multa, feliz criação do Código imperial, que presentemente compõe a nossa legislação com o advento da nova parte geral (Lei nº 7.209, de 13.7.1984).

---

<sup>16</sup> ZAFFARONI; P IERANGELI, 2009, p. 194.

A Reforma de 1984 manteve as penas privativas de liberdade tal como dispunha a legislação anterior, isto é, a de reclusão e de detenção, mas mudou a estrutura da pena de multa, optando pelo dia-multa, de tradição na nossa legislação penal. É o que dispõe o art. 49. De conformidade com Título V e precisamente com o art. 32, estas são as penas previstas no nosso estatuto penal: I — privativas de liberdade; II — restritivas de direitos; III — de multa. As privativas de liberdade são as de reclusão e de detenção (art. 33). As penas reclusivas devem ser cumpridas em regime fechado, semiaberto ou aberto; as detentivas, em regime semiaberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência a regime fechado. A Lei das Contravenções, quanto às penas privativas de liberdade, prevê a pena de prisão simples que deve ser cumprida sem rigor penitenciário, mas também prevê a pena de multa. A pena de prisão simples, expressão que provém do Código imperial, tende ao desaparecimento diante dos processos de descriminalização, criminalização e despenalização que se processam na atualidade<sup>17</sup>.

As penas restritivas de direitos são: I — prestação pecuniária; II — perda de bens e valores; IV — prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V — interdição temporária de direitos; VI — limitação de fim de semana. O inciso III foi vetado. Acrescentamos quanto às medidas de segurança, ter a reforma sepultado o sistema da dupla via, reservando-as apenas para os inimputáveis e semi-imputáveis, que devem ser cumpridas mediante internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado (art. 96, inc. I) ou sujeição a tratamento ambulatorial (art. 96, inc. II). Oportunamente retomaremos o assunto com a merecida profundidade.

## O Código de 1969

O Código de 1969 nasceu em meio a um período de anomalia política e, embora sancionado regularmente, teve sua vigência protelada por várias vezes, até que acabou sendo em definitivo ab-rogado. Fundado no Projeto elaborado por Nél-

<sup>17</sup> DOTTI, R. A. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1980. p. 339.

## CAPÍTULO III

### Da coerção penal no Código Penal vigente

A Constituição Federal no seu art. 5º, inc. XLVII proíbe a aplicação da pena de morte em tempo de paz, isto é, em caso de guerra declarada. A chamada pena capital a partir de 1865, conquanto prevista no Código imperial, deixou de ser aplicada e acabou por ser abolida pelo primeiro Código republicano (1890). A Carta Constitucional de 1937 concedeu ao legislador ordinário a faculdade de prescrever a pena de morte para crimes políticos além dos mais graves delitos político-sociais, entre os quais o homicídio qualificado pelo motivo fútil e o cometido com extremos de crueldade, única forma contemplada para os delitos comuns. De conformidade com essa ideologia de segurança nacional, a pena de morte foi reintroduzida pelo Ato Institucional nº 14, de 05.9.1969 e pelo Decreto-lei nº 848, de 21.9.1969, mas não chegou a ser aplicada. Para nós, a chamada pena de morte não é propriamente uma pena, mas de um simples impedimento físico, como amputar a mão do punquista ou erguer um muro que impeça o avanço de pedestres e veículos. Se aplicada em tempo de guerra externa, essa inegavelmente um fenômeno que escapa ao âmbito do direito penal e que chega a se constituir uma situação excepcional e, conseqüentemente, a negação do próprio direito que apenas pode encontrar a sua justificativa em face de uma situação de anormalidade que se vivencia e na qual se poderia talvez até vislumbrar a inexigibilidade de uma conduta regrada.

Nossa Constituição de 1988 também proíbe a aplicação de penas se venham repercutir na dignidade da pessoa humana, isto é, está proscrita toda pena que importe na sua incapacitação física ou psíquica, como a castração, a amputação de membros, etc., largamente usadas na antiguidade. Também está proscrita a pena perpétua de prisão, trabalhos forçados, banimento e toda e qualquer pena cruel, assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5º, incs. XLVI, XLVII e XLIX). A prisão perpétua é uma pena de segurança, em que a sociedade se defende definitivamente daquele que delinuiu, afastando-o

do meio social. É uma pena cruel e injusta, afirma Aníbal Bruno<sup>1</sup>. Embora não possam ser consideradas inconstitucionais, o Código Penal não contempla a pena de banimento, que praticamente implicaria na morte civil e a perda da condição de nacional que levaria este à condição de apátrida e a condenação de vagar pelo mundo. Também não contempla o Código, conquanto também não inconstitucionais, a submissão do condenado ao controle da autoridade policial, pena de origem francesa, nem a advertência e a admoestação judicial.

## **Penas privativas de liberdade**

As penas privativas de liberdade constituem o núcleo central de todo sistema punitivo da atualidade, não discrepando o nosso Código desse sistema. As penas privativas de liberdade não são antigas tanto quanto se possa pensar. Sua origem remonta ao século XVI na Holanda, mas sua difusão ocorre na Europa no século XIX, praticamente na mesma época em que situações carcerárias similares eram encontráveis nos Estados Unidos<sup>2</sup>. É de se recordar, todavia, sua origem mais remota durante a Idade Média com sua aplicação pelo direito canônico como forma de expiação com “o isolamento em calabouço para salvaguarda moral dos presos e também com o fito de levar o condenado, com a inação obrigatória, a purificar sua alma”<sup>3</sup>.

A utilização das prisões como forma de punição nos primeiros tempos de sua utilização, mais propriamente aqueles que antecederam o movimento de sua humanização no século XVIII, revestia-se das mesmas características bárbaras, desumanas, iníquas até. Aplicava-se os mesmos castigos que eram impostos pelas legislações das monarquias absolutistas então vigorantes. João Howard descreveu de maneira impressionante a dolorosa situação dos reclusos nas prisões no seu famoso livro *State of Prisons*, publicado em 1777, obra que, na visualização

---

<sup>1</sup> BRUNO, A. *Direito Penal*. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Forense, 1966. parte geral, v. 1, Tomo 3, p. 60.

<sup>2</sup> RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*. Tradução de Emilio Garcia Mendes. Bogotá: Editorial Temis, 1984. p. 151.

<sup>3</sup> MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1966. v. 3, p. 113.

de José Frederico Marques “constitui um dos marcos iniciais da humanização das prisões”<sup>4</sup>. O próprio Howard preconizou um plano de humanização do cumprimento da pena privativa de liberdade que deveria ser executada em estabelecimento em que vigorasse a higiene, medidas de ordem disciplinar e providências de caráter econômico destinadas à manutenção dos presídios. O saudoso professor Basileu Garcia assim resumiu os pontos fundamentais da reforma preconizada por Howard: “higienização dos cárceres e regime alimentar apropriado; sistema disciplinar diverso para os acusados e condenados; educação moral e religiosa; obrigatoriedade do trabalho e ensino profissional, sob o sistema celular, abrandado pelas ocupações a que se entregaria o preso”<sup>5</sup>. Voltaremos ao tema quando examinarmos as teorias da pena e a visualização desta no momento atual. Desde logo, porém, entendemos ser conveniente assinalar que a ordem constitucional subordinou a prisão de maneira inflexível ao princípio da legalidade, e para tutelar essa garantia, estabeleceu o *writ do habeas corpus*. A tudo acrescentamos a plena vigência do princípio da intervenção mínima e da intervenção legalizada. “Através do primeiro se defende a necessidade de restringir a incidência das normas penais aos casos graves de atentados aos bens jurídicos fundamentais, reservando-se para os demais do ordenamento jurídico a vasta gama de ilicitudes de menor expressão ofensiva”<sup>6</sup>. Com o segundo, pretende-se frear o abuso, ou ao menos o excesso, do órgão legislativo em estabelecer normas penais incriminadoras como forma de soluções de problemas sociais, sacrificando, então, as garantias mínimas de liberdade dos cidadãos.

Nosso Código contempla duas espécies de penas privativas de liberdade: a reclusão e a detenção. Na Lei das Contravenções Penais está prevista a prisão simples.

---

<sup>4</sup> MARQUES, 1966, p. 114.

<sup>5</sup> MACHADO, A. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad Editor, 1954. v. 2, p. 409.

<sup>6</sup> DOTTI, R. A. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1980. p. 101.

## Penas de reclusão e detenção

A pena de reclusão é a mais rigorosa das penas privativas de liberdade previstas no nosso ordenamento jurídico-penal, que é reservada para os delitos mais graves. A pena de detenção está reservada para os delitos de menor gravidade. Conquanto o texto vigente mantenha essa distinção, praticamente as suas diferenças foram suprimidas. Isto porque o art. 33 estabelece unicamente que a reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto e aberto, enquanto a detenção deve ser cumprida em regime semiaberto, ou aberto, “salvo necessidade de transferência a regime fechado”. Quanto à execução, não existem diferenças entre as duas espécies de pena. Essa tendência que também se manifesta em outros sistemas prisionais modernos, deixa as duas espécies de penas resumidas em uma única e exclusiva pena privativa de liberdade. Isso decorre de que a pena privativa de liberdade não possui uma finalidade unicamente retributiva. A única diferença prática que subsiste no art. 33 do CP vigente importa, necessariamente, em não poder o condenado cumprir a pena de detenção em regime fechado e, sim, em não dever iniciar o cumprimento dessa pena em regime fechado. Todavia, se houver necessidade e, se da conduta do condenado se extrair a conclusão de que se impõe a regressão no sistema, pode ele cumpri-la em regime fechado (art. 118 da Lei de Execução Penal).

A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção em regime semiaberto ou aberto, ressalvada a hipótese já consignada de necessidade de transferência a regime fechado (art. 33 do CP). No regime fechado, a execução da pena se realiza em estabelecimento de segurança máxima ou média; no regime semiaberto, a execução da pena é executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; no regime aberto, a execução da pena se faz em casa do albergado ou estabelecimento adequado (art.33, alíneas *a*, *b* e *c*, do CP). Na Lei das Contravenções Penais está prevista a pena de prisão simples que deve ser cumprida sem rigor penitenciário (art. 6º). Verdade é que inexistindo qualquer diferença ontológica entre reclusão e detenção, até porque a lei não ofereceu qualquer critério que as diferenciasse, tal ausência

obriga o intérprete a estabelecer a diferenciação através de um critério quantitativo. Melhor teria sido se o Código apenas fizesse em pena privativa de liberdade, deixando ao magistrado a fixação do seu *quantum*, o modo de sua execução, atendendo ainda à gravidade do fato, sua repercussão social, o grau de culpabilidade do agente, a importância do dano causado e, ainda, o alarme social que o delito produziu, atendendo, no mais, o disposto no art. 59.

O art. 55, *caput*, do CP estabelece em trinta anos o máximo da pena privativa de liberdade. Aliás, é de considerar que o CP de 1890 já dispunha que o tempo de cumprimento das penas restritivas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos (arts. 44 e 66, § 4º). O CP de 1940 na sua versão original também estabeleceu que a duração das penas privativas de liberdade não poderia, em caso algum, ser superior a trinta anos. A disposição do art. 55 do Código vigente visa impedir que na hipótese de acumulação de penas, essa venha a produzir a prisão perpétua.

É de se considerar ainda que o art. 84 referindo-se ao livramento condicional, dispõe que “as penas que correspondem a infrações diversas devem somar-se para efeito do livramento”. Este texto tem sido interpretado no sentido de que, em tal hipótese, somam-se as penas com o que se pode exceder amplamente o limite de trinta anos e, ainda, privar o condenado, ainda que primário, de toda possibilidade do livramento condicional se a soma alcançar limites extremos. Esse entendimento, que se extrai do art. 84, prepondera na nossa doutrina. Pensamos, todavia, que talvez se possa efetuar outra interpretação, mais conforme com o espírito do dispositivo constitucional contida no art. 5º, XLVII, *b*: “Não haverá penas: (...) *b*) de caráter perpétuo”. Esta disposição tem se mantido nas nossas Constituições, mesmo naquelas dos períodos de anomalia democrática, v.g. nas Cartas de 1937 e 1967. Com Zaffaroni escrevemos: “Permitir que uma pena de prisão se prolongue, irremissivelmente, por trinta anos, em regime fechado e em condições institucionais sobejamente conhecidas, é exatamente o mesmo que permitir a pena perpétua, tendo em vista a deterioração psíquica e física que sofre, inevitavelmente, a pessoa. Não se trata de execução penal que tenha objetivos ressocializadores, nem de melhoria,

mas de deterioração irreversível e neutralizadora. A nós parece que uma pena que traga como resultado a deterioração da pessoa como meio de neutralizá-la é similar a uma pena mutilante, só que executada com bastante paciência, deixando passar o tempo e o período de prisão”<sup>7</sup>. Esse entendimento conflita, portanto, com o artigo supracitado da Constituição Federal.

Também com Zaffaroni, escrevemos:

Isto não significa que, ao aceitar-se esta interpretação, o art. 84 do CP irá ficar sem sentido, e sim que o seu sentido ficará restrito em indicar as penas que se somam, respeitando o limite de trinta anos do art. 75, porque, entendimento em contrário, poderia levar a pensar-se que uma pessoa poderia solicitar o livramento condicional por uma pena, e obtê-la, enquanto permanece cumprindo outra pena privativa de liberdade, o que se nos apresenta como absurdo. Ainda que este esclarecimento não vá além do elementar, cremos ser esta a única interpretação que se pode extrair do art. 84 do CP, que seja compatível com o sentido que a Constituição empresta à prisão perpétua<sup>8</sup>.

Comentando este artigo, Guilherme de Souza Nucci escreve: “19. Soma das penas para efeito de livramento condicional: é possível que o condenado possua penas fracionadas, nenhum igual ou superior a dois anos, de modo que lhe seria impossível obter o livramento condicional, conforme disposição do art. 83, *caput*. Entretanto, pode-se realizar a soma das penas, o que é medida salutar de política criminal, para que o sentenciado possa atingir a liberdade antes do término de sua pena”<sup>9</sup>. O ilustre professor da PUC-SP segue na linha que aqui esposamos, que atende inclusive ao princípio da humanidade. Nesse sentido também é a exposição de Celso Delmanto *et al.*<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> NUCCI, G. S. *Código Penal Comentado*. São Paulo, Editora RT, 2009. p. 503.

<sup>8</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Parte geral, p. 680-681.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 680-681.

<sup>10</sup> DELMANTO, C. *et al. Código Penal Comentado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 346.

## A execução das penas privativas de liberdade em nosso país

O CP estabelece os princípios gerais de conformidade com os quais as penas privativas de liberdade deverão ser executadas. Contudo, é a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) que estabelece as regras concretas para a execução dessas penas, e o estudo detalhado dessa lei constitui matéria do direito penal executivo, daí que o desenvolvimento de seu estudo lhe concedeu um lugar de ramo acessório do direito penal. Acrescentamos que esse ramo do direito também é referido como direito penitenciário, direito de execução penal, ou, ainda, direito penal executivo. Na realidade, enquanto o direito penal fixa o objetivo geral da pena e estabelece a quantidade de bens jurídicos de que se pode privar o condenado no sentido da busca da prevenção especial, o direito de execução penal é o que regula a forma como se deve ser realizar essa tarefa preventiva.

O posicionamento aqui adotado não é uníssono na doutrina. Para vários autores, o direito penal executivo não passa de um conjunto de preceitos que pertencem ao direito penal, ao direito processual penal e ao direito administrativo, enquanto outros autores, sustentam ser o direito de execução penal apenas direito administrativo. Essas visualizações não correspondem às características do direito de execução penal, que possui princípios próprios que o distinguem de todos os ramos a que se pretende assimilá-lo. Com Zaffaroni, escrevemos: “Qualquer que seja a natureza jurídica dessa problemática, o inegável é que existe, e não pode faltar “um conjunto de normas positivas que se referem aos diferentes sistemas de penas; aos procedimentos de aplicação, execução ou cumprimento das mesmas; à custódia e tratamento; à organização e direção das instituições e estabelecimentos que cumprem com os fins da prevenção, repressão e habilitação do delinquente, inclusive aqueles organismos de ajuda social para os internados e liberados (Pettinato). Em todo mundo civilizado, há leis que regulam esse âmbito da realidade e que guardam uma estreita conexão com o direito penal, em função de complementação e acessoriedade. A questão da autonomia científica, da ciência jurídica que se ocupa de sua in-

terpretação (que de nossa parte reconhecemos), é uma questão quase acadêmica<sup>11</sup>”.

O CP regula a execução da pena privativa de liberdade conforme três regimes: fechado, semiaberto e aberto (art. 33, *caput*). A pena de reclusão deverá ser cumprida nos três regimes e a de detenção nos dois últimos, isto é, semiaberto e aberto. Como já salientado, a detenção pode ser cumprida em regime fechado se, após o início do seu cumprimento, o detento por sua conduta regressa no regime progressivo ao ponto de tornar-se necessária a sua transferência para o regime fechado.

O CP fala dos estabelecimentos em que devem ser cumpridas as penas privativas de liberdade: estabelecimentos de segurança máxima ou média; colônias agrícolas, industriais ou similares; casas de albergado e similares. Os estabelecimentos de segurança máxima ou média são destinados ao regime fechado, sendo denominados de *penitenciária* pela Lei de Execução Penal (art. 87). Nesses estabelecimentos, são colocados os condenados em sela individual com seis metros quadrados de área mínima (art. 88). O regime semiaberto é cumprido em colônias, local onde os condenados são alojados coletivamente (LEP arts. 91 e 92). O regime aberto é cumprido em casas de albergado, em imóvel que deve ser localizado em centro urbano. Nesse regime, não existe obstáculos contra a fuga (LEP arts. 93 e 94).

O art. 33, § 2º do CP estabelece que a execução da pena privativa de liberdade deve ser executada de modo progressivo, “segundo o mérito do condenado”, observados os critérios que a seguir enumera e as ressalvas que estabelece. Assim, o condenado a pena superior a oito anos deverá começar o cumprimento de sua pena em regime fechado (alínea *a*); o condenado não reincidente com pena não superior a quatro anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto (alínea *b*); o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá desde o início cumpri-la em regime aberto (alínea *c*). A fixação do regime progressivo pelo Código e também pela LEP (art. 112) constitui postulado da ciência penitenciária e do próprio direito administrativo. Todavia, a lei de crimes hedion-

---

<sup>11</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 127.

dos (Lei nº 8.072/90) rompeu com esse postulado, determinando o cumprimento da pena integralmente em regime fechado, solução de clara inconstitucionalidade que assim foi reconhecido pelo Pleno do STF (HC 82.959). O regime prisional estabelecido pelos crimes hediondos (prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo) seria cumprido integralmente em regime fechado. Com passar do tempo, novas leis ampliaram o rol de crimes hediondos: Lei nº 8.930/94 incluiu o homicídio qualificado, o latrocínio, a extorsão com morte, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte. Acrescentamos que o atentado violento ao pudor foi revogado e passou a ser incorporado ao estupro pela Lei nº 12.015/2009. As Leis 9.677/98 e 6.695/98 ampliaram ainda mais o rol dos crimes hediondos, acrescentado a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos (Lei nº 9.965/98) e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios (Lei nº 9.677/98), com as quais a prática medieval de cumprimento da pena foi aumentada, ao ponto de não se saber se era mais hediondo o crime ou a sua forma de execução.<sup>12</sup>”

No ponto em que chegamos, entendemos significativa a introdução aqui de um texto da lavra do membro do MP paulista Antonio Lopes Monteiro, *verbis*: “Não é o simples aumento da pena que vai resolver o problema, embora, talvez, momentaneamente, nos dê a sensação de amenizá-lo. Até que a certeza da impunidade continue arraigada na mente do criminoso; até que a demora na persecução criminal e o medo de as vítimas reconhecerem seus algozes levem ao fracasso da ação penal em grande número de casos; em suma, até que não haja uma profunda reforma no trato da questão criminal, começando pelo inquérito policial até o sistema penitenciário, reforma essa que traga uma confiável investigação policial e uma certeza da imediata condenação e real cumprimento da pena, continuaremos a assistir à edição de leis como a de n. 8.072/90, de muita polêmica e pouca eficácia”<sup>13</sup>. A Lei de crimes hediondos signi-

<sup>12</sup> Cf. FRANCO, A. S. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Editora RT, 2007. p. 73.

<sup>13</sup> MONTEIRO, A. L. *Crimes Hediondos: texto, comentários e aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 5

fica a sucumbência do legislador ao movimento da lei e da ordem, numa submissão às exigências da imprensa escrita, falada e televisada, manifestada em momentos de extremada emoção. E como já se disse “quando a emoção está no seu máximo, o direito está no seu mínimo”. Numa crítica bem formulada, que faz coro com a manifestação da nossa melhor doutrina, Alberto Silva Franco escreve: “Esse furor repressivo que não diminuiu ao longo de dezessete anos — a produção legislativa a partir da Lei dos Crimes Hediondos, datada de 1990, permanece com um vigor acentuado (vide Título VI, Capítulo Único) — recomenda que se reexaminem, com muita atenção, não apenas as manifestações de burla legal da legalidade, mas também a questão da emergência ou da excepcionalidade, na medida em que essa emergência e essa excepcionalidade se tornem, respectivamente, perenes e comuns. Leis penais reformadoras do Código Penal ou leis penais criadoras de novas incriminações tomaram conta da década de 90 e dos anos iniciais do século XXI”<sup>14</sup>. Assim procedendo, nosso legislador penetrou em uma seara de clara inconstitucionalidade, desrespeitados que foram os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade e da ofensabilidade. É o que acentua Miguel Reale Júnior: “a ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade, e ao princípio da ofensabilidade. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta, dizem respeito não só à atuação do Executivo na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, atuam como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao intérprete/aplicador da lei”<sup>15</sup>. E o professor paulista acentua, ainda, que a pessoa humana não pode ser submetida ao livre talante do legislador, que escolhe a seu talante como objeto de punição comportamentos inócuos ou meras desobediências a normas de caráter administrativo, devendo reservar somente as infrações graves para o direito penal. A retribuição da pena deve ser proporcional à escala ético-

<sup>14</sup> FRANCO, A. S. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Editora RT, 2007. p. 106.

<sup>15</sup> REALE JÚNIOR, M. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. *Revista dos Tribunais*, v. 88, n. 763, p. 415-431, 1999.

peal de proteção de bens jurídicos<sup>16</sup>. Invoca, pois, o ilustrado mestre das Arcadas o princípio da intervenção mínima que não tem sido observado no nosso país, cujo legislador tem optado pela intervenção máxima, esperando, talvez, que a lei penal possa obstar a grave onda de criminalidade que grassa pelo país. Olvida-se que conquanto seja finalista, não pode o direito penal, e conseqüentemente a pena criminal, alcançar objetivos que devem ser conquistados por outros meios. Nessa mesma linha, escreve João José Leal:

Após mais de uma década, a violência continua mais intensa e aterrorizante, e a descrença nas instâncias formais de controle é cada vez maior. Nas grandes cidades brasileiras, os índices de criminalidade atingem cifras elevadíssimas, e a população se sente mais insegura, mais intranquila e sem esperanças. Isto demonstra o grande equívoco político-jurídico de se pretender combater a delinquência violenta através de uma medida simplista e inócua: a edição de uma lei que visa apenas reprimir e castigar de forma medievalesca<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> REALE JÚNIOR, 1999, p. 415-431.

<sup>17</sup> LEAL, J. J. Crimes Hediondos: A Lei 8.072/90 como expressão do direito penal da severidade. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 33.