



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

MARÍLIA CASTRO NEVES

**CÓDIGO CRIMINAL BRASILEIRO DO SÉCULO XIX:
O BRASIL ENTRE O MODERNO E O ARCAICO**

Brasília

2014

MARÍLIA CASTRO NEVES

**CÓDIGO CRIMINAL BRASILEIRO DO SÉCULO XIX:
O BRASIL ENTRE O MODERNO E O ARCAICO**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
pré-requisito para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Graduação Lato Sensu,
na área de direito.

Orientador: Prof. Rodrigo Medeiros

Brasília
2014

MARÍLIA CASTRO NEVES

**CÓDIGO CRIMINAL BRASILEIRO DO SÉCULO XIX: O
BRASIL ENTRE O MODERNO E O ARCAICO**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
pré-requisito para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Graduação Lato Sensu,
na área de direito.

Orientador: Prof. Rodrigo Medeiros

Brasília, 03 de outubro de 2014.

Banca Examinadora

Rudhra Gallina

José Rossini

Dedico esse trabalho a minha mamãe querida, por toda a ajuda que ela me deu com as pesquisas. E ao meu namorado, que tanto me incentivou.

RESUMO

Esta monografia procura estudar o momento histórico da elaboração do Código Criminal do Império e o modo pelo qual esse Código influenciou a criação de uma identidade nacional, de um conceito de nação para o Brasil Império, tendo em vista que esse código foi considerado inovador, pelos juristas da época, em um país que já havia se tornado independente de Portugal, mas cuja sociedade ainda era escravagista e composta por uma população, em sua maioria, analfabeta e geograficamente distante do centro das decisões políticas. Inicialmente registra-se a evolução do direito penal no mundo ocidental, desde a fase da vingança privada até o momento em que a existência do direito penal passa a corresponder à expressão de uma concepção de Estado específica, e a evolução do direito penal desde o Brasil colônia até o início do Império. Em seguida é estudada a formação cultural e política do Estado brasileiro até a declaração de Independência de Portugal, abordando as condições sociológicas, políticas e culturais que possibilitaram o surgimento, ainda que incipiente, de uma identidade nacional. Por fim, são descritas as características dos Deputados e dos Senadores, das legislaturas do Império, que aprovaram o Código Criminal de 1830 e as discussões que ocorreram em torno da redação desse código, a fim de demonstrar que a análise da evolução do Direito Penal no Brasil nos leva a concluir que o surgimento e o desenvolvimento da nação foram refletidos em seu ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Penal. Código Criminal. Império. Independência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL	8
1.1 Conceito de direito penal	8
1.2 Direito Romano e o Direito Penal Público	10
1.3 Direito Canônico	11
1.4 Formação do Estado Moderno	13
2 FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E O DIREITO PENAL: ENTRE O MODERNO E O ARCAICO	16
2.1 Evolução histórica do Direito Penal no Brasil	16
2.2 As mudanças socioculturais decorrentes da elevação da colônia a reino unido	18
2.3 O surgimento e a consolidação do Império	22
3 O PODER LEGISLATIVO NO IMPÉRIO E A EDIÇÃO DO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830.	28
3.1 A normatização inicial do Estado	28
3.2 O Poder Legislativo no Império	33
3.3 O Código Criminal de 1830	35
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

O Código Criminal do Império, já na época de sua aprovação, de acordo com Costa (2013), foi reconhecido por juristas, tanto nacionais quanto estrangeiros, como um expoente do Direito Penal por ter sido redigido de acordo com a melhor doutrina penal e em afinidade com o espírito liberal da época. Ainda que de forma indireta, esse código é resultante do movimento que levou à independência do Brasil de Portugal, já estando previsto no inciso XVIII do artigo 179 da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, a primeira Constituição brasileira. Discutido, votado e aprovado pelos representantes do povo em uma época na qual a sociedade brasileira, que opunha senhores e escravos, era composta por uma minoria com direitos políticos, esse Código, com forte influência liberalista e humanitária segundo Costa (2013), foi considerado inovador a ponto de influenciar outros códigos europeus e latino-americanos, conforme ressalta Fregadoli (1997).

Esta monografia se propõe a investigar a aprovação do Código Criminal Brasileiro do século XIX, momento em que o país se encontrava entre o moderno da nova nação que surgia e o arcaico da sociedade colonial que, até então, aqui existia. No primeiro capítulo, em que se conceitua o Direito Penal e sua influencia quanto a uma concepção de Estado, já que uma de suas finalidades é a defesa do Estado, será vista a evolução histórica do Direito Penal.

Iniciaremos com a primeira fase do Direito Penal, que foi a da vingança privada e que pode ser lembrado pela Lei de Talião que preceitua “o olho por olho, dente por dente”. Nesse período do Direito Penal aquele que quisesse seu direito deveria consegui-lo com sua força ou com seu poder de coerção, e as penas, em geral, eram desproporcionais ao dano causado. Após esse período, inicia-se a fase da vingança divina na qual os crimes eram conceituados e penalizados pelas ofensas praticadas contra os deuses, e por último, a fase da vingança pública, que surge em decorrência de uma maior organização social, embora a pena, aplicada pelo chefe da tribo, ainda não tenha perdido o caráter religioso.

Em seguida, registraremos o preceituado pelo Direito Romano, considerado como o marco inicial do Direito Penal Público, mas em que direito e religião continuam ligados, e o preceituado no Direito Germânico, anterior à invasão de Roma, que era um direito consuetudinário, com um sistema jurídico vindo dos povos bárbaros.

Finalizando o relato dessa evolução, temos por fim o período do direito canônico, durante o qual a Igreja possui forte influencia e se torna a responsável pelos tribunais de acusação tanto dos delitos eclesiásticos como dos delitos secundários, visando a justa

retribuição. Após o relato da evolução histórica, será feita a análise da formação do Estado Moderno, na qual será desenvolvida a conceituação do Estado Moderno ocidental e a importância do monopólio da justiça para garantir maior poder a esses Estados. Será feita, ainda, uma comparação do Estado moderno com o Estado primitivo e a distinção entre direito positivo e direito natural.

No capítulo dois, iremos tratar especificamente da formação do Estado brasileiro e do Direito Penal brasileiro, registrando as formas de Direito Penal que tivemos desde o Brasil colônia até a edição de seu primeiro Código Criminal, em 1830. Será analisada também, a maneira como o Brasil se tornou independente após a vinda da Família Real em 1808, vinda essa responsável pelo início do Estado brasileiro, e o porquê de no Império ter vencido o sistema monárquico e federativo, que não rompeu totalmente os laços com Portugal e manteve no governo brasileiro um herdeiro da Coroa Real Portuguesa.

Por fim, no terceiro capítulo será analisado o Poder Legislativo no Império, demonstrando que os deputados e senadores que compunham a Assembleia Legislativa possuíam níveis sociais e ideológicos semelhantes, havendo, conforme analisou Koener (2006), tensões entre a formação jurídica liberal e as características de uma sociedade escravista. Assim sendo, veremos que uma elite formada na Europa aprovou um Código Criminal escrito sob a influência dos princípios do liberalismo que se espalhavam pelo mundo ocidental naquela época, levando muitos doutrinadores daquele período a considerar o Código Criminal do Império um código liberal e humanitário, mesmo que não tenha abolido a escravidão e a pena de morte que, de resto, não eram incompatíveis com o pensamento da elite intelectual dos países considerados mais civilizados à época.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

1.1 Conceito de direito penal

O Direito Penal é assim conceituado por José Frederico Marques:

“[...] como o conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade das medidas de segurança e a tutela do direito e liberdade em face do poder de punir do Estado”. (MARQUES, 1954, p. 21 *apud* Silva, 2013, p. 3).

Chaves Júnior (2011) afirma que o Direito Penal é a expressão fiel de uma concepção de Estado específica, uma vez que uma sociedade busca fixar seus ideais de conduta na regulamentação jurídica, fixando os preceitos básicos de convivência em comunidade e instituindo as respostas de reprovação em caso de desrespeito a esses ideais de conduta.

Se o Direito Penal, conforme afirma Silva (2013, p. 3), tem como finalidade a “defesa da sociedade”, é preciso, ao se analisar a sua evolução, registrar que as sociedades primitivas são caracterizadas pela ausência de máquina estatal. Conforme afirma Clastres (1974, p. 16), “[...] uma sociedade é primitiva se nela falta o rei, como fonte legítima da lei, isto é, a máquina estatal.”, e analisa:

[...] o líder primitivo é principalmente o homem que fala em nome da sociedade quando circunstâncias e acontecimentos a colocam em relação com os outros. Ora, estes se repartem sempre, para toda comunidade primitiva, em duas classes: os amigos e os inimigos. Com os primeiros trata-se de estabelecer ou de reforçar relações de aliança; com os segundos, de levar a cabo, quando for o caso, operações guerreiras. (CLASTRES, 2004, p. 102-103).

As tribos possuíam um chefe, que não era rei ou chefe de Estado ao qual os integrantes dessa tribo devessem obediência. Assim sendo, para eliminar os conflitos entre indivíduos, famílias e linhagens, o chefe só dispunha do prestígio reconhecido pela sociedade para reestabelecer a ordem e a concórdia. O chefe não dispunha de autoridade ou poder de coerção e “certamente não é da chefia primitiva que se pode deduzir o aparelho estatal em geral.” (CLASTRES, 1974, p. 16)

É o surgimento do Estado, que revoluciona a história da humanidade, conforme afirma o mesmo autor:

A verdadeira revolução, na proto-história da humanidade, não é a do neolítico, uma vez que ela pode muito bem deixar intacta a antiga organização social, mas a revolução política: é essa aparição misteriosa, irreversível, mortal para as sociedades primitivas, que conhecemos sob o nome de Estado. (CLASTRES, 1974, p. 14).

No período da história humana durante o qual o homem viveu em agrupamentos não organizados em forma de Estado, o Direito Penal era baseado em tradições e costumes decorrentes das características daquele determinado grupamento humano, e variava de tribo para tribo. Inexistindo um Estado forte o suficiente para impor o Direito acima da vontade dos ímpetos individualistas dos particulares, uma vez que não havia sequer as leis, quem pretendesse alguma coisa, e fosse impedido por outrem de obter, tentaria por si mesmo ver satisfeita sua pretensão, com sua própria força e na medida da efetividade dessa força. A repressão aos atos criminosos era feita em regime de vingança privada, regime chamado autotutela ou autodefesa, e conforme esclarecem Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 27): “São fundamentalmente dois os traços característicos da autotutela: a) ausência de um juiz distinto das partes; b) imposição da decisão por uma das partes à outra.”.

A vingança penal teve várias fases. Não é possível definir com exatidão essas fases, pois cada povo adotou diversos princípios que, geralmente, envolviam sentimentos religiosos e, além disso, uma fase conviveu com a outra por longo período até, segundo Duarte (1999) “constituir orientação predominante, para, em seguida, passar a conviver com a que lhe se segue”. Assim sendo, a separação é feita por ideias, relacionadas por Silva (2013) como vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Na fase da vingança privada, adotada pelos povos primitivos, na avaliação de Souza Netto (2010), “A punição nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, geralmente desproporcional à ofensa e aplicada injustamente.”. Quando cometido o crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam atingindo não só o ofensor, como todo o seu grupo. Por se constituir uma reação natural e instintiva, foi mais uma realidade sociológica e não uma instituição jurídica (DUARTE, 1999).

A fase da vingança divina caracterizava-se pela aplicação de penas com a intenção de aplacar os deuses ofendidos pelo grupo social. Surgiu com as grandes religiões no Oriente e durante esse período confundia-se crime com pecado. Uma vez que o castigo deveria estar relacionado com a grandeza do deus ofendido, a punição era rigorosa. Essa fase é assim definida por Silva (2013, p. 11), “É o Direito Penal Teocrático, sacerdotal, religioso. Dado o

caráter teocrático desse Direito Penal, a interpretação das leis e o castigo dos criminosos pertenciam aos sacerdotes.”

A fase de vingança pública surge a partir da maior organização social, que provocou a necessidade de trazer mais estabilidade ao Estado, que ainda estava em seu início de construção. O chefe da tribo passa a ser o responsável pela aplicação da pena, que mantinha seu caráter religioso, agindo a mando da divindade da tribo. Nessa fase, existiam ainda os erros crassos de justiça, uma vez que a palavra do rei tinha força de lei e sua vontade imperava sobre a de todos. Na avaliação de Silva (2013, p. 13) “Foi uma época em que o maior julgava e condenava o menor”.

1.2 Direito Romano e o Direito Penal Público

Considerando-se o Direito Romano como marco inicial da história do Direito Penal Público, no ocidente, deve-se registrar que em Roma, à época de sua fundação (753 a. C), o direito e a religião mantinham-se intimamente ligados e se confundiam, já que a pena era aplicada com a intenção de aplacar a ira dos deuses e o *pater familias*, ou pai de família, detinha o poder de exercitar o direito de vida e de morte sobre todos os seus dependentes. A chegada da República Romana, em 509 A.C., e a edição da Lei das XII Tábuas provoca uma ruptura, um desmembramento entre a religião e o Estado. A vingança privada foi abolida e, em 500 A.C., a Lei Valeria submeteu as condenações a penas de morte à decisão do povo, que se reunia em comícios, podendo-se dizer, portanto, que o Direito Penal público surgiu com essa lei (SOUZA NETTO, 2010).

Anterior à invasão de Roma, o Direito Germânico não continha leis escritas, compondo-se apenas pelo caráter consuetudinário. Os bárbaros, componentes dos povos germânicos, conforme Paulo (2009) trouxeram para a Europa ocidental seus costumes, tradições, religiões e também o sistema jurídico. Seu período inicial foi marcado por um sistema punitivo de caráter religioso e o Direito Penal era ditado por características acentuadamente de vingança privada. O crime era um assunto privado, que estava sujeito à vingança ou à composição familiar, sendo a pena uma expiação religiosa. Sobre a cultura jurídico-penal germânica Paulo (2009, p. 169) afirma:

[...] a cultura jurídico-penal, nos territórios do extinto Império Romano, é comumente vista como uma regressão ao denominado período da vingança privada, pois os mecanismos de resolução de conflitos penais eram orientados por normas consuetudinárias trazidas por cada povo germânico que se instalou na região ora abordada.

Com a consolidação das regiões ocupadas, a vingança de sangue dá lugar à composição voluntária ou compulsória. A pena passa a admitir um preço a ser pago pelo infrator e o Direito Penal germânico se transforma em sistema de sanções de características eminentemente patrimoniais. Conforme afirma Silva (2013, p. 10):

[...] a humanização do Direito Penal começou com a composição quando ocorreu a substituição da pena, aflagrada e física, por uma indenização, ou pena pecuniária (patrimonial), ou mesmo por uma prestação de serviços do criminoso ao ofendido ou à sua família.

Ao contrário do Direito Romano do período clássico, o Direito Penal germânico contemplava a responsabilidade objetiva, pois o dano era punido sem levar em conta se o fato foi resultante de dolo, culpa ou fato fortuito, ou seja, a responsabilidade sem culpabilidade, o que acarretava punição pelo resultado que o indivíduo causava, sem que a pena variasse quanto à voluntariedade ou não do ato (SOUZA NETTO, 2010).

Na Idade Média, a primeira forma de Direito foi desenvolvida entre os senhores feudais. Sobre o Direito Feudal, Silveira (2004) esclarece:

Inicialmente, cumpre ressaltar que muitos historiadores do Direito (notadamente F. L. Ganshof (1) e Mário Curtis Giordani (2)) limitam o Direito Feudal ao conjunto de normas costumeiras que regulavam as relações decorrentes do sistema feudal.

Por outro lado, alguns doutrinadores ampliam o conceito para abranger todo o ordenamento jurídico vigente durante a Idade Média. R. C. Caenegem (3), Paulo Merêa (4) e Fátima Regina Fernandes (5) são representantes dessa segunda corrente, que considera a expressão Direito Feudal com o sentido de Direito Medieval. Ensinam que, após a queda do Império Romano do Ocidente, tendo-se iniciado as invasões bárbaras, conviveram em toda a Europa, até meados do século XVIII, o Direito Feudal em sentido estrito, ora analisado, o direito germânico (dos povos bárbaros) e o *ius commune* (direito comum), sendo que esse último compreendia o direito romano e o direito canônico. Note-se que foi daí que se extraiu a expressão família romano-germânica, que caracteriza o conjunto de ordenamentos jurídicos nacionais que seguem a linha da Europa continental. De fato, o dualismo representado pela vigência concomitante dos sistemas jurídicos romano e germânico reflete o dualismo cultural advindo da convivência das duas civilizações.

Santos (2010) afirma que o desenvolvimento da sociedade feudal foi decorrente da inexistência de um governo central e toda a Europa estava marcada pelas grandes feudos, nos quais vigoravam o poder e a vontade do senhor feudal.

1.3 Direito Canônico

A partir do ano 1000, os senhores feudais promovem e financiam a construção dos templos, bem como a coleta de dízimos, ocorrendo, assim, grande influência laica na

ordenação da Igreja, principalmente por parte de príncipes e duques. Sobre esse período, Santos (2010) registra:

É dessa época o surgimento de diversas ordens eclesiásticas, como os beneditinos. A construção hierárquica da Igreja (destaque especial para os bispos) submetida a um poder central papal também foi organizada nessa época. Um dado curioso do período diz respeito a duas práticas maléficas da Igreja: o nicolaísmo e a simonia. O Direito Canônico proibia o casamento de padres, norma que era muito negligenciada, principalmente pelos padres do baixo clero. Há relatos de que os padres possuíam esposas ou companheiras, o que os levava a faltar com as obrigações eclesiásticas.

À proporção, entretanto, que a Igreja crescia em domínio e poder, sua disciplina foi sendo estendida a fatos considerados crimes que seriam, a princípio, de ordem espiritual e depois de ordem mista, praticados por profanos ou eclesiásticos. O conjunto das normas emanadas do poder pontifício, sobretudo do século XII, veio a se constituir no Direito Penal canônico, que influenciou a prática da justiça punitiva. Desde 325 D.C, com seu reconhecimento pelo Império Romano, a Igreja iniciou um período de poderosa influência no Direito Penal.

O Direito Canônico, durante toda a Idade Média, manteve-se como o único escrito e universal. De certa maneira, a jurisprudência romana subsistiu por meio do direito eclesiástico, pois a igreja se desenvolveu à sombra do antigo Império Romano e não poderia furtar-se à sua influência.

No século IX, a edição do *Corpus Juris Canonici* é o resultado da luta da Igreja para, em nome de Deus, conseguir impor leis ao Estado e obter o poder temporal. Esse código previa os delitos eclesiásticos, cujo julgamento era da competência dos tribunais eclesiásticos; os delitos seculares, com o julgamento da competência dos tribunais leigos; e os delitos mistos, que eram julgados pelo tribunal que primeiro tivesse conhecimento deles. As penas, que visavam à justa retribuição, bem como ao arrependimento e à emenda do condenado (poena medicinalis), podiam ser espirituais (excomunhão, penitência) ou temporais.

O Direito Canônico aceitava a igualdade entre todas as pessoas, dando importância especial ao aspecto subjetivo do crime. Introduzia, em substituição às penas patrimoniais, as privativas de liberdade, que possibilitariam o arrependimento e a emenda do condenado. O Direito Canônico idealizou a penitenciária para que nela o réu expiasse a pena tendo a possibilidade de emendar-se.

A Igreja defendeu a mitigação da pena e, conforme afirma Souza Netto (2010)

Os tribunais eclesiásticos não costumavam aplicar a pena capital. A Igreja defendeu sempre a mitigação da pena, até o advento da Inquisição, com o Concílio de Latrão, em 1215. Passou-se então a empregar a tortura, em larga escala. O processo inquisitório

dispensava prévia acusação, pública ou privada, podendo as autoridades eclesiásticas proceder de ofício.

No Brasil, conforme afirma Alves (2010), o Direito Canônico chegou embutido nas Ordenações Manuelinas, que se tornaram o primeiro estatuto jurídico da colônia.

1.4 Formação do Estado Moderno

Sobre o aparecimento do Estado, Clastres (1974, p. 12) afirma que:

Existem por um lado as sociedades primitivas ou sociedades sem Estado; e, por outro lado, as sociedades com Estado. É a presença ou a ausência da formação estatal (suscetível de assumir múltiplas formas) que fornece a toda sociedade o seu elo lógico, que traça uma linha de irreversível descontinuidade entre as sociedades. O aparecimento do Estado realizou a grande divisão tipológica entre selvagens e civilizados, e traçou uma indelével linha de separação além da qual tudo mudou, pois o Tempo se torna História.

No que concerne à origem e ao desenvolvimento do que é o chamado Estado moderno na Europa Ocidental Florenzano (2007, p. 16) afirma que a questão:

[...] foi tratada pela historiografia do século XIX, e da primeira metade do século XX, de tal maneira que acabou por se confundir, por um lado, com a questão da formação do sentimento nacional e da nacionalidade, e, por outro lado, simultaneamente, com a questão do próprio advento da modernidade, aparecendo o Estado como portador e realizador de ambas. Por sua vez, como esse Estado nacional, em praticamente todos os lugares onde se configurou plenamente o fez sob forma monárquica e absolutista, monarquia e absolutismo remetem, na ponta ascendente de sua trajetória histórica, à sua relação com o feudalismo e o fim da Idade Média, e, na ponta descendente, à sua relação com o capitalismo e o início da Idade Contemporânea (ou fim da Primeira Idade Moderna).

Conforme Santos (1990, p. 274) “A atribuição ao Estado do monopólio da justiça formal, convertida assim em justiça oficial, e a conseqüente negação de todas as outras ordens judiciais constituem a inovação jurídica principal da modernidade.” e Silva (2010, p. 22), para quem “governar e exercer poder seguem a mesma orientação”, ao analisar a ideia de Poder em Foucault afirma:

[...] o poder é o que estrutura a sociedade e a mantém hierarquicamente organizada. É o conjunto de poderes menores se exercendo continuamente no seu interior, quase imperceptível, que dá à sociedade sua organização. Neste sentido, o poder do Estado é um dos importantes poderes existentes na sociedade, uma vez que ele é fundamental para a organização e administração do Estado. (SILVA, 2010, p. 21).

Foucault (1976, p. 101), afirma que “A teoria do direito, da Idade Média em diante, tem essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder; isto é, o problema maior

em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o da soberania”, e analisando a questão da justiça na época medieval, registra:

Tendo-se tornado fontes de rendimento, as justiças seguiram o movimento de divisão das propriedades privadas. Mas, apoiadas na força das armas, seguiram a sua concentração progressiva. Duplo movimento que conduziu ao resultado "clássico": quando no século XIV o feudalismo teve que enfrentar as grandes revoltas camponesas e urbanas, ele procurou apoio em um poder, em um exército, em um sistema fiscal centralizados; e, ao mesmo tempo, apareceram, com o Parlamento, os procuradores do rei, as diligências judiciárias, a legislação contra os mendigos, vagabundos ociosos e, dentro em pouco, os primeiros rudimentos de polícia, uma justiça centralizada: o embrião de um aparelho de Estado judiciário que cobria, reduplicava e controlava as justiças feudais com o seu sistema fiscal, mas que lhes permitia funcionar. Assim apareceu uma ordem "judiciária" que se apresentou como a expressão do poder público: árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver "justamente" os litígios e de assegurar "autoritariamente" a ordem pública. Foi sobre este pano de fundo de guerra social, de extração fiscal e de concentração das forças armadas que se estabeleceu o aparelho judiciário. (FOUCAULT, 1972, p.25).

No Estado primitivo a produção de normas jurídicas era realizada pela sociedade, ainda que houvesse um juiz incumbido de dirimir controvérsias e com competência para, eventualmente, estabelecer a regra a ser aplicada. A decisão desse juiz, entretanto, não estava vinculada exclusivamente “a normas emanadas do órgão legislativo do Estado” (Bobbio, 1995, p. 28). Com a formação do Estado Moderno, o juiz torna-se um servidor do Estado, transformando-se em titular de um dos poderes estatais, o Judiciário, e subordinado ao Legislativo, outro Poder estatal. A resolução das controvérsias passa, então, a ser submetida ao reconhecimento pelo Estado. Citando Kant, Bobbio (1995, p.29) afirma que:

[...] o direito privado já existe no estado de natureza e a constituição do Estado determina apenas o surgimento do direito público; contrapõe o modo de ser do direito privado no estado de natureza àquele característico do mesmo direito na sociedade política [...].

Afirmando que “a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural” Bobbio (1995, p. 15), esclarece que, no que tange ao conteúdo conceitual, essa distinção já se encontrava no pensamento grego e no pensamento latino, mas a expressão “direito positivo” é encontrada apenas nos textos latinos medievais sendo, portanto, relativamente recente. Para o autor, o direito natural permanece imutável no tempo, mas o direito positivo muda no tempo e no espaço, uma vez que uma norma pode ser modificada ou anulada por costume ou pelo efeito de uma outra lei.

A distinção entre direito natural e direito positivo é encontrada em todos os escritores medievais, sejam “teólogos, filósofos, canonistas”, conforme Bobbio (1995, p. 19), e pode-se afirmar que o direito positivo é posto pelo Estado, sendo conhecido por meio de

uma promulgação, não regulando os comportamentos considerados maus ou bons, mas aqueles comportamentos que assumem certa qualificação porque foram disciplinados de certo modo, estabelecendo aquilo que é “útil” (BOBBIO, 1995, p. 23).

Se a sociedade medieval foi uma sociedade pluralista, em que cada grupamento social possuía ordenamento jurídico próprio e o direito não era produzido pelo Estado, mas pela Sociedade Civil, com o surgimento do Estado Moderno, este passa a concentrar todos os poderes em si, inclusive o de criar o direito, sendo o processo de formação jurídica “estritamente conexo à formação do Estado absoluto” (BOBBIO, 1995, p. 32). Nas codificações, que considera como o “termo final” do contraste entre o direito comum e o direito estatal que passa a existir, o direito estatal absorve totalmente o direito comum e tem início a história do positivismo jurídico.

No século XIX, segundo Santos (1990, p. 271), a modernidade do estado constitucional pode ser caracterizada pela sua organização formal, sua unidade interna e pela sua soberania absoluta em um sistema de Estados “e, principalmente, pelo seu sistema jurídico unificado e centralizado, convertido em linguagem universal por meio da qual o Estado comunica com a sociedade civil.”.

2 FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E O DIREITO PENAL: ENTRE O MODERNO E O ARCAICO

2.1 Evolução histórica do Direito Penal no Brasil

Ao se proceder a uma análise da história do Direito Penal no Brasil, deve-se registrar o que Carvalho Filho (2004, p. 182) afirmou:

[...] de qualquer consideração sobre a efetividade da punição criminal no Brasil Colônia é preciso ter em mente que a marca preponderante das Ordenações do Reino (Afonso, Manuelinas e Filipinas) que vigoraram aqui, na parte penal, até 1830, era a severidade extrema. A mutilação física fazia parte das regras do jogo. A pena de morte era estabelecida para a maioria das infrações. Como lembra António Hespanha, conta-se que Frederico o Grande, da Prússia, ao ler o Livro V das Ordenações, no século XVII, teria perguntado se em Portugal ainda "havia gente viva."

No território brasileiro, até aproximadamente 1530, as primeiras manifestações jurídicas foram as bulas pontificias, alvarás e as cartas-régias. Ainda que essas não tivessem por objetivo reger a vida no Brasil, fazem referência a essa terra e se constituem assim os atos iniciais de uma legislação que necessitava de organização e desenvolvimento.

Entre os primitivos habitantes do Brasil o direito penal, consuetudinário, era exercido pelo cacique ou pelo pajé. Os índios viviam em um regime comunista (Silva, 2013) e por este motivo inexistiam crimes contra o patrimônio, exceto se ocorresse contra membros de outra tribo ou aldeia. Existiam a pena de morte e as penas corporais e a responsabilidade penal era igual para todos. Não havendo inimputabilidade, condenavam tanto a criança de 10 anos como o senhor de 70, o criminoso do sexo masculino ou a criminosa do sexo feminino. Ao se referir a essa sociedade, Fausto (1996, p.20) afirma:

É difícil analisar a sociedade e os costumes indígenas, porque se lida com povos de cultura muito diferente da nossa e sobre a qual existiram e ainda existem fortes preconceitos. Isso se reflete, em maior ou menor grau, nos relatos escritos por cronistas, viajantes e padres, especialmente jesuítas. Existe nesses relatos uma diferenciação entre índios com qualidades positivas e índios com qualidades negativas, de acordo com o maior ou menor grau de resistência oposto aos portugueses.

Após o descobrimento, os portugueses que chegaram ao Brasil Colônia trouxeram todo o sistema jurídico penal de seu país de origem, mas segundo Carvalho Filho (2004, p.186) "O processo de colonização do Brasil permitiu que sobretudo nos centros políticos periféricos, se formassem núcleos de mandonismo e redes de proteção que, na prática, inviabilizavam a aplicação da lei penal."

Deve-se ressaltar que a legislação portuguesa, até 1211, possuía um caráter regionalista, fragmentando-se em múltiplos dispositivos particularistas. Nesse ano, Afonso II,

em convocação especial, reuniu as Cortes na cidade de Coimbra e as primeiras leis gerais foram elaboradas. Sob a perspectiva penal, essas leis tiveram importância por regulamentar a administração da Justiça, pois, até certo ponto, limitavam a vingança privada (RIBEIRO, 1912).

Pode-se afirmar que as Ordenações Afonsinas, em vigor de 1500 a 1512, foram nosso primeiro tipo de código penal, embora tenham vigorado no território brasileiro de forma apenas teórica.

Após as Ordenações Afonsinas, em 1521, começam a ser aplicadas no Brasil as Ordenações Manuelinas que, no reinado de D. Manuel, em 1514, revisaram e atualizaram as Ordenações Afonsinas. Embora tendo se passado 75 anos entre as primeiras e as segundas ordenações, não houve alteração profunda no sistema punitivo, mas as Ordenações Manuelinas foram mais bem redigidas, conforme afirma Ribeiro (1912, p. 126) e, embora não substancialmente, já se diferenciavam das Afonsinas no que toca ao Direito Penal.

Ribeiro (1912, p. 129) registra que “Ao tempo das Capitanias Hereditárias estavam em vigor ainda as Manuelinas, pois foi em 1534 que as terras do Brasil foram doadas aos fidalgos portugueses.”. Essas ordenações deixavam a aplicação da pena ao arbítrio do juiz, não havendo penas fixadas. Existiam penas cruéis, que variavam conforme a classe social do réu, e a pena de morte, inclusive a morte por fogueira. Ocorriam, também, alguns exageros nas punições, como por exemplo a punição para quem benzesse animais. Os donatários das capitanias, conforme afirma o mesmo autor, detinham poder absoluto dentro de suas circunscrições, pois, apesar de estarem em vigor as Ordenações Manuelinas, o arbítrio dos donatários determinava o direito que seria aplicado “E como cada qual tinha o seu ponto de vista, não havia, nem mesmo na execução da violência, unidade.” (p. 130).

Na avaliação de Ribeiro (1912), atuando os donatários como ditadores improvisados, e portanto sem qualquer especialização, “A execução da Justiça e o cumprimento do direito português tinham que ser sacrificados para que se fortalecesse o seu poder excepcional.” (p. 130). Após esse período de poder absoluto para os donatários, Carvalho Filho (2004, p. 183) esclarece que:

A instalação do governo-geral, em 1549, revogou, em parte, o poder judicial fracionado entre os donatários. Com a fixação de uma autoridade suprema, Tomé de Souza, seu corregedor, pôde ingressar nas diversas capitanias e, assim, distribuir justiça. Capistrano de Abreu⁷ explica que “estando as capitanias na condição de estados estrangeiros relativamente às outras, impossibilitava-se qualquer ação coletiva: os crimes proliferavam na impunidade, a pirataria surgia como função normal ...”. O projeto era estabelecer na colônia uma organização mais vigorosa, centralizada, “forte bastante para garantir a ordem interna”.

Deve ser ressaltado que o domínio holandês, sob o ponto de vista jurídico-penal, correspondeu ao tempo que permaneceu no Brasil Maurício de Nassau, de 1637 a 1644, ou seja, um período de menos de dez anos, Ribeiro (1912) afirma que o Livro V das Ordenações Filipinas é o autêntico Direito Penal do tempo colonial.

A pouca aplicação das Ordenações Afonsinas e Manuelinas no nosso Direito Penal faz com que outros autores também considerem as Ordenações Filipinas, que, conforme Maciel (2006), “surgiram como resultado do domínio castelhano”, o nosso primeiro estatuto efetivamente repressivo. Essa legislação, promulgada em 1603 por Felipe II, “possuía crivo medieval e já era arcaica na época de sua promulgação”, conforme afirma Silva (2013, p. 25) e Ribeiro (1912, p. 135) acredita que:

O domínio de Portugal pela Espanha trouxe vantagens sob o ponto de vista jurídico para o Brasil. Foi nesta fase que inauguraram o Tribunal de Relação, na Baía, isto é, em 1609, e outras inúmeras medidas foram tomadas de modo a organizar a Justiça.

Ainda que considerada a mais terrível de todos os tempos, as Ordenações Filipinas foram nossa legislação penal mais longa, vigorando no Brasil até 1830.

É necessário observar que não era preocupação portuguesa a aplicação do direito no extenso espaço territorial do Brasil-colônia. O objetivo de Portugal, conforme afirma Maciel (2006) “era principalmente assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros”. Ainda assim as Ordenações Filipinas foram a base do direito também durante a época do império no Brasil, e só a partir da Independência, em 1822, os textos das Ordenações Filipinas foram sendo revogados, embora tenham sido substituídos por textos que, de alguma forma, mantinham suas influências.

Ainda que as Ordenações Filipinas tenham sido conhecidas como “famigeradas”, de acordo com Ribeiro (1912, p. 189), exerceram grande influência na elaboração do Código Criminal do Império.

2.2 As mudanças socioculturais decorrentes da elevação da colônia a reino unido

O Brasil colônia foi um conjunto de capitânicas fracamente unidas e a incapacidade do poder metropolitano de exercer uma administração centralizada trouxe a necessidade de recorrer à cooperação do poder privado. Um poder privado forte, oligárquico, embasado na grande propriedade da terra e na posse de escravos, tanto que, no tocante a essa posse de escravos, Carvalho (2002, p.48) registra “O aspecto mais contundente da difusão da propriedade escrava revela-se no fato de que muitos libertos possuíam escravos”. Ainda

assim, a história do Direito Penal Brasileiro foi iniciada nesse período, como decorrência da transposição da legislação vigente em Portugal, conforme afirma Fregadolli (1997, p. 17):

Descoberto e colonizado o país pelos portugueses, o direito a ser aplicado aos colonos e aos próprios selvagens incorporados à sociedade colonial foi o Direito Português, pois que simples apêndice político de ultramar era o Brasil.

Frazão (2002) cita o fato de que múltiplos trabalhos da historiografia brasileira que se referem ao período colonial têm chamado a atenção para as semelhanças que existiam, no campo administrativo e no campo das ideias, entre a estrutura organizacional da sociedade colonial brasileira e as bases sobre as quais se organizava a sociedade portuguesa, típicas do Antigo Regime, definindo o Antigo Regime: “[...] como algo que estrutura a sociedade de corte. [...]”. (p. 6). E quanto ao direito colonial brasileiro e ao sistema jurídico do Antigo Regime, Hespanha (2006, p. 95) esclarece:

Para se falar de um direito colonial brasileiro - com a importância política e institucional que isto tem -, é preciso entender que, no sistema jurídico de Antigo Regime, a autonomia de um direito não decorria principalmente da existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher [...] os espaços jurídicos de abertura ou indeterminação [...].

Nessa sociedade colonial típica do Antigo Regime, a ocupação de um cargo público ou a obtenção de algum favor real eram mecanismos que permitiam a diferenciação dos indivíduos. Na prática a população prestava sua lealdade básica aos detentores privados do poder, visto que a ampla maioria da população livre não se identificava com uma unidade territorial mais ampla do que as extensões de terras de um potentado rural, o poder do centro burocrático, que era uma “afirmação simbólica” (REIS, 1998. p.191) da ordem pública. A capacidade de aplicação das sanções penais pode, então, ser inserida nessa estrutura de poder típica do Antigo Regime, posto que havia conluio, dependência mútua entre as autoridades e os grandes proprietários, conforme esclarece Carvalho (2003, p. 22)

A autoridade máxima nas localidades, por exemplo, eram os capitães-mores das milícias. Esses capitães-mores eram de investidura real, mas sua escolha era sempre feita entre os representantes da grande propriedade. Havia, então, confusão, que era igualmente convivência, entre o poder do Estado e o poder privado dos proprietários.

No tocante ao exercício do poder do sistema de Capitânicas Gerais que restringia a autoridade às suas dimensões territoriais, afirma Vicente (1993, p.194):

Governo central só existia em Lisboa. No Brasil consubstanciava-se a imanação de regras, códigos, ditames ou leis de origem portuguesa que, necessariamente, se centralizavam numa capital administrativa brasileira e, depois, se aplicavam de acordo com a especificidade e necessidade de cada parcela do imenso espaço colonial contribuindo, isso sim, na sua diversidade, para a unidade territorial que, com alguns resultados e oscilações fronteiriças foi mantida até a época da directa governação dos

Braganças. A imagem duma maior centralização governativa é, aliás, fortalecida quando, em 1815, se reconhece o Brasil como reino associado a Portugal.

O Estado brasileiro começa a surgir em 1808, com a vinda da corte portuguesa para o Brasil. A transferência ocorre no momento em que Napoleão Bonaparte, imperador dos franceses, declara a deposição da dinastia de Bragança ordenando a invasão do território português. A Família Real e a Corte Portuguesa, no intuito de escapar das tropas napoleônicas, se transferiram para a colônia. Sobre a vinda para o Brasil da Família Real Portuguesa, Vicente (1993, p. 199) registra:

O embarque da Família Real para o Rio de Janeiro, na véspera da entrada das primeiras tropas francesas, insere-se num pensamento que não era novo na história portuguesa. O Brasil possuía todas as condições, não apenas para uma estável fixação, como para a construção de um verdadeiro império. Vinham de longe as idéias a este respeito. Em 1803 o conde de Linhares apresentara uma memória ao Regente, para a transformação da colônia num Estado imperial. Mas já em 1801, materializado o avassalamento napoleônico da Europa, o Marques de Alorna afirmara numa exposição ao Príncipe: "Vossa Alteza Real tem um grande império no Brasil, e o mesmo inimigo que ataca agora com tanta vantagem talvez trema e mude de projecto, se V.A.R. o ameaçar de que se dispõe a ser imperador naquele vasto território adonde pode facilmente conquistar as colônias espanholas e aterrar em pouco tempo as de todas as potências da Europa" (5). Tais eram os projectos recentes em que se aludia às vantagens da Família Real residir no Brasil.

Se na colônia havia apenas conjunto de capitânias, a vinda de D. João VI provocou a união entre Brasil e Portugal em uma de federação do tipo monárquico, semelhante ao inglês, que resultou na criação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves.

A colônia brasileira, até a vinda de D. João VI, teve um crescimento discreto, que acompanhava o ritmo da ocupação territorial, permanecendo seu interior desocupado até ao final do século XVII. Diferentes das estruturas políticas das possessões espanholas na América, as estruturas políticas brasileiras tinham características muito especiais. Para os portugueses, o vasto e distante território brasileiro raramente foi atrativo para uma carreira política ou administrativa, e, portanto, nos primeiros séculos de ocupação, a política social partia da Igreja Católica e não da coroa portuguesa. Sobre o período anterior à chegada da Corte portuguesa, Vicente (1993, p. 200) afirma:

Nos primeiros séculos de ocupação, a política social partiu mais da Igreja Católica do que da coroa portuguesa. Assim, os jesuítas foram sobretudo os tutores dos desprotegidos, os combatentes das epidemias, os vigilantes dos costumes e os protectores dos índios que, muitas vezes, eram libertados da condição escrava e colocados em aldeamentos que eles próprios governavam.

Com a vinda da Família Real portuguesa para o Rio de Janeiro, onde viveu por 13 anos, alterou-se a situação da colônia, que passou à condição de sede da monarquia portuguesa. Várias modificações na organização administrativa foram implantadas como consequência da transferência do governo, das repartições e dos tribunais para o Rio de Janeiro. As secretarias de Estado, vindas de Lisboa, passaram a funcionar na nova capital onde se estabeleceram os órgãos da Justiça e da Administração Pública. As muitas medidas administrativas tomadas no vice-reino se estenderiam a todo o país, por meio de reformas administrativas nas capitanias e da concessão de alguma autonomia a grandes extensões do território, levando o Brasil a uma nova situação. Todas essas mudanças prepararam a proclamação do Reino Unido de Portugal, do Brasil e dos Algarves, em 1815, que foi feita pelo príncipe D. João, detentor do trono português após a morte de D. José I, seu pai, em 1777, e da declaração de insanidade de D. Maria I.

A mudança de colônia para Estado independente beneficiou-se do estabelecimento de instituições monárquicas. A dinastia de Bragança, ao se transferir para o Rio de Janeiro, transportou o aparelho institucional do reino que havia sido abandonado na Europa. Foi um grande passo para garantir sua sobrevivência, institucional e política, e ao mesmo tempo acentuou a unidade administrativa e territorial no Brasil. A última etapa do processo autonomista que terminou na independência política foi a chegada da Família Real ao Rio de Janeiro, em 8 de março de 1808.

A primeira medida formal em direção à independência política do Brasil foi tomada por D. João VI, em 1808, ao determinar a abertura dos portos brasileiros para outras nações. D. João VI, com isso, eliminou o monopólio metropolitano, base do pacto colonial e, em consequência, da própria colonização portuguesa. No que tange aos direitos civis e políticos, entretanto, Carvalho (2003, p.25) afirma:

Chegou-se ao fim do período colonial com a grande maioria da população excluída dos direitos civis e políticos e sem a existência de um sentido de nacionalidade. No máximo, havia alguns centros urbanos dotados de uma população politicamente mais aguerrida e algum sentimento de identidade regional.

A chegada de D. João VI, agravou a crise do antigo sistema colonial. Carvalho (2003) afirma, entretanto, que os líderes das revoltas do período colonial estavam nos setores dominantes, ou seja, militares, fazendeiros, padres, poetas e magistrados, e Vicente (1993, p. 201) aponta que:

A situação criada com a fixação da Corte no Brasil traduzia-se numa ruptura política em Portugal, com conseqüências econômicas num reino que ficara à mercê das invasões francesas. Geraram-se conflitos com o exacerbamento dos partidarismos conseqüentes da Revolução Francesa. A emancipação do Brasil teve muito a ver com esses conflitos gerados numa metrópole assoberbada com dificuldades e em que as novas tendências liberais irão procurar modificar estruturas arcaicas.

2.3 O surgimento e a consolidação do Império

Deve-se considerar que a sociedade colonial brasileira, ainda que distante fisicamente da Europa, estava ligada à sociedade portuguesa, pois os que viviam no Brasil colonial consideravam-se súditos do Rei de Portugal, mas quando, em 8 de Março de 1808, a Família Real chegou ao Rio de Janeiro foi iniciada a última etapa do processo autonomista que se concluiu com a independência do Brasil.

As transformações ocorridas ao final do século XVIII, testemunhadas pelo príncipe D. João, determinaram um longo período de reajustes, com rupturas revolucionárias e movimentos reformistas e os movimentos de emancipação do domínio colonial europeu coincidiram com a superação dos regimes absolutistas em Portugal e na Espanha. No tocante ao Direito Penal, Fregadolli (1997, p. 20) registra:

Ainda no período de permanência de D João VI no Brasil, merece destaque, entre outros, o Alvará de 26 de janeiro de 1818, que estabeleceu penas para os que fizessem comércio proibido de escravos. Em 1821, D. João VI e a família real deixaram o Brasil, permanecendo o príncipe D. Pedro I como regente, o que ficara determinado pelo Dec. De 7 de março daquele ano.

É importante registrar que, mesmo após o regresso de D. João VI a Portugal, não se pensava efetivamente, ainda, na independência do Brasil, como prova o fato de as províncias elegeram seus deputados para as Cortes Gerais de Lisboa, em uma aceitação implícita da solução unitária, e os representantes brasileiros que foram enviados às Cortes Gerais - não pertencentes à parcela da elite que havia sido educada em Portugal – identificarem-se como representantes de suas províncias de origem e não como do Brasil.

Portugal e Brasil, conforme afirma Bonavides (2000), eram duas contradições da História. Se os princípios de liberdade circulavam nos dois países, o quadro político em ambos apresentava-se “singularmente confuso e contraditório”. Se em Lisboa a ação constituinte participativa dos deputados brasileiros era sufocada, no Rio de Janeiro o quadro também apresentava dificuldades, pois ocorriam episódios graves para o futuro da Coroa portuguesa e havia as incertezas de um meio político convulsivo, onde também estava sendo

decidido o destino do Reino Unido. No que concerne à ideia de liberdade, Carvalho (2002, p. 51) afirma:

O argumento da liberdade individual como direito inalienável era usado com pouca ênfase, não tinha a força que lhe era característica na tradição anglo-saxônica. Não o favorecia a interpretação católica da Bíblia, nem a preocupação da elite com o Estado nacional. Vemos aí a presença de uma tradição cultural distinta, que poderíamos chamar de ibérica, alheia ao iluminismo libertário, à ênfase nos direitos naturais, à liberdade individual. Essa tradição insistia nos aspectos comunitários da vida religiosa e política, insistia na supremacia do todo sobre as partes, da cooperação sobre a competição e o conflito, da hierarquia sobre a igualdade.

A posição das Cortes de Lisboa foi o que fez vingar a ideia de separação no Brasil. Enquanto combatia o absolutismo monárquico em Portugal, a maioria liberal dessas Cortes continuava a insistir em uma política colonial para o Brasil. É importante ressaltar, ainda, que no que, no tocante à unidade institucional, as Cortes fomentavam uma fragmentação ao ordenarem uma relação direta com Lisboa. Além disso, várias províncias mantiveram-se fiéis a Portugal e às Cortes, elegendo juntas governativas após o regresso de D. João VI, em 1821, e recusando obediência a D. Pedro I. Logo após o retorno de D. João VI, D. Pedro I contava com o apoio apenas das províncias centrais do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Minas Gerais. Sobre esse período, Fausto (1996, p. 81) esclarece:

Naquela altura, a principal questão que dividia as opiniões era o retorno ou não de Dom João VI a Portugal. O retorno era defendido no Rio de Janeiro pela "facção portuguesa", formada por altas patentes militares, burocratas e comerciantes interessados em subordinar o Brasil à Metrópole, se possível de acordo com os padrões do sistema colonial. Opunha-se a isso e ao retorno do monarca o "partido brasileiro", constituído por grandes proprietários rurais das capitanias próximas à capital, burocratas e membros do Judiciário nascidos no Brasil. Acrescentem-se a eles portugueses cujos interesses tinham passado a vincular-se aos da Colônia: comerciantes ajustados às novas circunstâncias do livre comércio e investidores em terras e propriedades urbanas, muitas vezes ligados por laços de casamento à gente da Colônia.

As Cortes não perceberam que nascia uma nova nacionalidade, decorrente da fusão do grande parto liberal da monarquia portuguesa em conjunto com o elemento nativo, para o qual a busca de uma identidade e da independência começou nas lutas coloniais de expulsão dos invasores, passou pela Inconfidência Mineira e se amplificou com os sucessos da Revolução Pernambucana de 1817. Para Carvalho (2003, p. 26):

A principal característica política da independência brasileira foi a negociação entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra, tendo como figura mediadora o príncipe D. Pedro. Do lado brasileiro, o principal negociador foi José Bonifácio, que vivera longos anos em Portugal e fazia parte da alta burocracia da metrópole. Havia sem dúvida participantes mais radicais, sobretudo padres e maçons. Mas a maioria deles também aceitou uma independência negociada.

Falamos em "partido brasileiro" entre aspas, porque com essa expressão se designa não propriamente um partido, mesmo de organização frouxa como seria característico dos partidos brasileiros, mas uma corrente de opinião.

Conforme Santos (2011) foi na Baixa Idade Média que se prepararam as bases para a formação dos Estados Nacionais, e a conseqüente formação de um direito nacional, legitimado pelo poder real, mas quanto à nacionalidade brasileira, Reis (1998, p. 191) avalia que:

Sob o Império, o desafio inicial de consolidar um centro de poder em território tão vasto, carente de integração regional e com amplas áreas escassamente povoadas, tornou o imperativo da construção do Estado muito mais relevante do que o da nacionalidade. Além disso, a presença óbvia de detentores privados do poder controlando latifúndios de características quase autárquicas favoreceu uma estratégia de construção do Estado baseada na aliança entre a autoridade central e proprietários rurais [...].

Chama a atenção dos estudiosos o fato de o país ter se constituído, entre todas as colônias americanas que foram se tornando independentes, a única monarquia. Conforme Oliveira (2005, p.52-53), a constituição da monarquia no Brasil foi resultante de um processo que procurou “depositar o poder político do Reino independente do Brasil no príncipe-regente D. Pedro” deixado no Brasil como “lugar tenente” de D. João VI quando de seu retorno à Portugal.

Para Paula (2008), certamente deve ser considerado decisivo para a adoção dessa forma de governo o fato de o herdeiro do trono português ter feito a declaração de independência brasileira. Assim sendo, o Brasil tornou-se independente, mas o controle permaneceu nas mãos da mesma família que detinha o trono português. A manutenção da monarquia refletiu, segundo Oliveira (2005, p.43), a ótica portuguesa referente a concepções e a projetos políticos:

[...] envolvidos no processo que conduziu à constituição imperial brasileira de 1824 num contexto histórico que parte da noção de império civil tal como se desenvolveu quando da reorganização político-administrativa do reino e do império de Portugal no século XVIII.

Ao contrário do que ocorreu em outros países que surgiram no Novo Mundo, “não houve um rompimento, uma desvinculação completa da metrópole, mas houve, isso sim, uma continuação dos padrões anteriormente implantados desde a colônia.” (PAULA, 2008, p. 16) e as prerrogativas recebidas pelo Poder central, embora mascaradas por uma constituição, garantiram uma supremacia que o aproximava das monarquias absolutistas.

É possível aceitar a tese de que a tutela da coroa portuguesa, centralizando o poder no vasto território, tenha se constituído em um fator de continuidade que ultrapassou o ato da independência, e que a vinda da casa dos Braganças em 1807, obedeceu “a uma necessidade

premente de salvaguardar a integridade de uma das mais antigas coroas reinantes da Europa.” (VICENTE, 1993, p. 195).

No Caso brasileiro, a separação ocorreu, a monarquia foi mantida, assim como a casa de Bragança e “Graças à intermediação da Inglaterra, Portugal aceitou a independência do Brasil mediante o pagamento de uma indenização de 2 milhões de libras esterlinas.” (CARVALHO, 2003, p.27).

Como já dito, a independência brasileira teve como característica mais marcante a negociação que ocorreu entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra, tendo sido D. Pedro I o mediador e José Bonifácio, que fazia parte da alta burocracia da metrópole, tendo vivido vários anos em Portugal, foi principal negociador do lado brasileiro. Sobre a atuação de José Bonifácio, Oliveira (2005, p. 53) registra:

De seu lado, José Bonifácio e o grupo ao redor de D. Pedro coordenam a supremacia do poder político do novo Imperador, supremacia que exclui a participação política popular (alegando a legitimidade hereditária do príncipe-regente). Nos termos deste último grupo é que se compôs o cerimonial de sagração de D. Pedro, em que poderemos observar como ele se reporta àquela idéia de império civil, definida em Portugal, já o vimos, nos fins do século XVIII.

À época em que ocorreu a independência, o Brasil foi puxado em duas direções opostas, ou seja, a Republicana, que era a direção americana, e a monárquica, que era a direção europeia. O processo de independência acarretou a necessidade de uma escolha entre as várias opções para a organização da nação: seria monarquia ou república? A unidade da América portuguesa continuaria ou haveria a sua fragmentação? Seria um Estado centralizado ou uma federação? A historiografia referente ao período defende, tradicionalmente, que a monarquia venceu a república e, sob a forma de um Estado imperial, a centralização venceu a federação porque a descentralização era perigosa para uma ordem social em que havia os senhores e os escravos, os proprietários e os despossuídos.

A decisão pela independência com a manutenção da monarquia foi vista como fator determinante para a manutenção da unidade do Estado que estava nascendo. Foi uma opção das elites brasileiras, com apoio popular, embasada na ideia de que a monarquia seria a única forma de evitar que o país se fragmentasse como acontecia nas colônias espanholas, e evitar também guerras como a que ocorria nos Estados Unidos da América. A monarquia poderia, ainda, proporcionar a manutenção da ordem social com base na escravidão.

Assim sendo, ao se tornar independente de Portugal em 1822, o Brasil herdou uma tradição cívica não muito encorajadora, pois se durante os três séculos de colonização (1500-1822) os portugueses construíram um enorme país com unidade territorial, linguística,

cultural e religiosa, deixaram, também, uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista e, conforme Carvalho (2003, p. 18) “À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira.”. Sob a influência ou controle dos grandes proprietários, mais de 90% da população vivia em áreas rurais, e, nas cidades, o governo controlava muitos votantes que eram funcionários públicos.

Os brasileiros que a Constituição tornou cidadãos eram incapazes de ler um jornal, um decreto do governo ou um alvará da justiça uma vez que mais de 85% eram analfabetos, incluindo-se muitos dos grandes proprietários rurais. Some-se ainda a esse quadro o fato de que a população era, em uma abordagem étnica, composta em menos de 30% por brancos (FAUSTO, 1996, p. 88) e em sua maioria, de origem africana, conforme afirma:

A significativa presença de africanos e afro-brasileiros na sociedade brasileira pode ser constatada pelos indicadores de população no fim do período colonial. Negros e mulatos representavam cerca de 75% da população de Minas Gerais, 68% de Pernambuco, 79% da Bahia e 64% do Rio de Janeiro. Apenas São Paulo tinha uma população majoritariamente branca (56%). (FAUSTO, 1996, p. 40).

A independência não foi capaz de introduzir mudanças radicais. Se a herança colonial era “por demais negativa” (CARVALHO, 2003, p. 25), os conflitos envolvidos no processo de independência foram muito limitados e a independência do Brasil foi relativamente pacífica se comparada com a dos outros países da América Latina. Foi a tranquilidade dessa transição que facilitou a continuidade social, implantando-se um governo que espelhava o estilo das monarquias constitucionais e representativas europeias sem, porém, eliminar a escravidão. No tocante aos negros escravos, Fausto (1996, p. 30) esclarece:

[...] nem a Igreja nem a Coroa se opuseram à escravização do negro. Ordens religiosas como a dos beneditinos estiveram mesmo entre os grandes proprietários de cativos. Vários argumentos foram utilizados para justificar a escravidão africana. Dizia-se que se tratava de uma instituição já existente na África e assim apenas transportavam-se cativos para o mundo cristão, onde seriam civilizados e salvos pelo conhecimento da verdadeira religião. Além disso, o negro era considerado um ser racialmente inferior. No decorrer do século XIX, teorias pretensamente científicas reforçaram o preconceito: o tamanho e a forma do crânio dos negros, o peso de seu cérebro etc. "demonstravam" que se estava diante de uma raça de baixa inteligência e emocionalmente instável, destinada biologicamente à sujeição.

A Constituição do Império, com todo o seu liberalismo, ignorou completamente a escravidão. Sobre os direitos políticos pós-independência, Carvalho (2003, p. 28) afirma que “Assim, apesar de constituir um avanço no que se refere aos direitos políticos, a independência, feita com a manutenção da escravidão, trazia em si grandes limitações aos direitos civis.”

Bonavides (2000) analisa que a Carta Imperial, outorgada pelo poder constituinte do príncipe, poder constituinte derivado do absolutismo, golpeou a soberania do poder dos governados, que deveriam ser o poder constituinte originário, e que esses – os governados – não participaram da criação das nossas instituições públicas iniciais, como Estado e Nação. Para o autor, no caso brasileiro, ao contrário dos outros países da América Latina em que as constituintes fundaram repúblicas, o golpe de estado de 1823 permitiu a transformação de uma monarquia absoluta em uma monarquia constitucional, que existiu ao longo do Primeiro Reinado, da Regência e do Segundo Reinado, períodos sob a égide da Constituição outorgada em 1824.

Ainda que a Constituição de 1824 tenha sido outorgada por um poder constituinte derivado do absolutismo, já previu, no Título 8º, Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, no inciso XVIII do seu artigo 179, “Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”, ecoando o que já se esboçava no Decreto de 23 de maio de 1821, que dava providência para garantia da liberdade individual.

3 O PODER LEGISLATIVO NO IMPÉRIO E A EDIÇÃO DO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830.

3.1 A normatização inicial do Estado

Ao analisar o período colonial, Fausto (1996, p.) registra:

A concepção definidora da colonização pela grande empresa monocultura escravista, adaptada aos interesses da Metrópole,   um modelo cujo valor consiste em dar as linhas básicas de entendimento de um sistema que caracterizou o Brasil na Colônia e deixou suas marcas após a Independência. Que marcas são essas?

A grande propriedade, a vincula o com o exterior através de uns poucos produtos primários de exporta o, a escravidão e suas conseq ncias.

Após a independência houve necessidade de um sistema representativo e sobre esse sistema representativo implantado no Império, Paim (1998) analisa que foi, na verdade, resultado da impossibilidade de domínio exclusivo de uma das fac es que estavam em luta, afirmando que:

Parcela da elite no poder, quando ainda vigoravam os vínculos com a monarquia portuguesa, evoluiu no sentido de admitir a Constitui o e a moderniza o das institui es. Contudo, a magnitude do tema seria obscurecida pelo imperativo da Independência. (Paim, 1998, p. 63).

Costa (2013) registra que recentes análises históricas dos debates legislativos e dos discursos dos deputados brasileiros nas Cortes de Lisboa, bem como na Assembleia Constituinte de 1823 e no período das primeiras legislaturas do Império, revelaram as diversas facetas da cultura política existente no período da independência do Brasil e chamaram a aten o para a existência, e até mesmo concorrência, de diferentes projetos e de diferentes expectativas para a nova unidade política que estava se formando, situa o que Fausto (1996, p.84) registra nos seguintes termos:

Um exemplo concreto das divisões se encontra na discussão sobre a conveniência de se eleger no Brasil uma Assembléia Constituinte e sobre a forma de se proceder   elei o que deveria ocorrer na primeira metade de 1822. José Bonifácio e todo um grupo eram contrários   convoca o, enquanto homens como Gonçalves Ledo, Muniz Barreto, José Clemente Pereira, Martim Francisco manifestavam-se a favor.

Conforme Paula (2008),   época da independência do Brasil ainda não tinha se passado meio século entre essa independência de Portugal e o surgimento da constitui o americana, em 1787, e da constitui o francesa, em 1791, consideradas as primeiras constitui es modernas.

Na primeira metade do século XIX, entretanto, o país já havia passado pela experiência da Inconfidência Mineira, ainda no período de colônia, da Revolução Pernambucana, em 1817, da Revolução Praieira, em 1824, e da Revolução Farroupilha, com o Manifesto da República de Piratini, em 1838. Todos os movimentos, que pretendiam a implantação do modelo republicano, foram sufocados e manteve-se, sobre toda a extensão territorial, o regime monárquico, o que demonstrava a força do poder central. Sobre a manutenção dessa extensão territorial, Paula (2008, p. 25), afirma:

É necessário reconhecer as dificuldades de se governar um país com as dimensões que apresenta o território nacional durante o Império: mais de oito milhões de quilômetros quadrados. Durante o período colonial, o monarca português já havia comprovado a impossibilidade de controlar o território como um todo, o que o levou a dividi-lo em capitanias hereditárias. Era como implantar o sistema de feudos no Brasil. Os nobres contemplados se incumbiam de administrar essas terras, prestando contas ao rei. Essa foi praticamente a origem da divisão territorial brasileira.

Após a declaração da Independência, em 7 de setembro de 1822, sob a influência da guerra da independência dos Estados Unidos da América, da Revolução Francesa, da Revolução Constitucionalista da Espanha e das guerras de libertação que ocorriam na América espanhola, foram convocadas eleições para a Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, que se reuniu pela primeira vez em 17 de abril de 1823, em sessão preparatória. Sobre essa Assembleia, Oliveira (2005, p. 59) pontua:

As reuniões da Assembléia durante o ano de 1823 formularão os termos jurídicos da nova sociedade civil e dos poderes políticos, inclusive a autoridade do Imperador. Foi preciso admitir a liberdade política dentro do novo governo, mas também coordená-la com o princípio de um poder supremo, depositado na pessoa do monarca.

Em setembro de 1823 o deputado por São Paulo, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva, relator, apresentou no Plenário da primeira Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa brasileira um projeto de constituição, com 272 artigos, de teor liberalizante e de contenção do poder do Imperador. Sobre o liberalismo, Fausto (1996, p. registra:

No plano político, a doutrina liberal defende o direito de representação dos indivíduos, sustentando que neles, e não no poder dos reis, se encontra a soberania. Esta é entendida como o direito de organizar a nação a partir de uma lei básica - a Constituição

Esse projeto, entretanto, não foi aprovado e sua não aprovação foi um dos reflexos da disputa de poder, conforme registrou Oliveira (2005, p. 53):

O governo do reino independente subsiste durante algum tempo no confronto entre os projetos políticos de uma monarquia soberana (proposta pela Câmara de deputados de São Paulo e levada adiante por José Bonifácio, já então ministro do governo do príncipe) e de um governo constitucional (defendido pelo presidente da Câmara do Rio de Janeiro, José Clemente da Cunha). A aclamação de D. Pedro I como Imperador do Brasil, em 22 de outubro de 1822, expõe este confronto de projetos: de um lado, D. Pedro agradece ao povo, reunido no Paço, pelo "título" que lhe concede; de outro, José Clemente declara que a "vontade do povo" o havia aclamado para governar o reino independente.

O projeto do deputado Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva contemplava os grandes princípios das liberdades constitucionais e as novas conquistas do sistema representativo, como uma monarquia constitucional e o Estado dividido em três poderes. A Assembleia Geral – correspondente ao Poder Legislativo de hoje – seria constituída por deputados eleitos e por senadores vitalícios. Cada legislatura teria a duração de quatro anos, e a sessão legislativa teria duração de quatro meses. A proposta que foi apresentada no Plenário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa não previa o poder moderador para o imperador, ou o direito de dissolver a Câmara dos Deputados, mas o Poder Legislativo brasileiro acabou surgindo sob a intervenção do Poder Executivo.

Em razão das desavenças políticas, o Imperador D. Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte criando um Conselho de Estado encarregado de elaborar um novo projeto, aprovado sem ser referendado pelas Câmaras de Deputados e de Senadores. Sobre a Constituição outorgada, Oliveira (2005, p. 59) avalia:

A Constituição de 1824, cuja redação final ficou a cargo de José J. Carneiro de Campos, não apenas inclui este poder político (um quarto poder, ao lado do legislativo, do executivo e do judiciário), como também o amplia¹⁸. O poder moderador, descrito no texto constitucional, detém o poder de dissolução da Câmara de deputados, pode afastar juízes suspeitos, intervir nos atos das Assembléias das Províncias. Este poder atua, enfim, como instrumento de pressão e intervenção nos demais poderes, alegando a “salvação do Estado” em situações de ameaça à ordem pública. Por um lado, a Carta Constitucional admite a liberdade política, restringindo esta mesma liberdade, entretanto, mediante um critério censitário para o exercício do direito cívico e pelo processo indireto de eleição.

Bonavides (2000) analisa que “O influxo europeu, inglês e continental sobre o constitucionalismo brasileiro é traço marcante dos primeiros momentos de definição do nosso estatuto institucional.”, entretanto registra que:

O nosso constitucionalismo [...] levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo, herdando-lhe os vícios e as taras, e ao mesmo passo, em promiscuidade com a escravidão trazida dos sertões da África e com o absolutismo europeu, que tinha a hibridez dos Braganças e das Cortes de Lisboa, as quais deveriam ser o braço da liberdade e todavia foram para nós contraditoriamente o órgão que conjurava a nossa recaída no domínio colonial.

Na Constituição outorgada, a estrutura organizacional do Estado foi definida de maneira autoritária, mesmo que a Carta tenha reconhecido como representantes da nação o Imperador e a Assembleia Geral em seu Artigo 11. De forma diferente da teoria de tripartição de poderes de Montesquieu, o Artigo 10 da Constituição previa o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. A Constituição estabeleceu que a representação política do país fosse pelo sistema bicameral, composto pela Assembleia Geral que reunia os deputados, eleitos para com mandato temporário, e o Senado, composto por senadores vitalícios.

No artigo 98, porém, a Constituição definia o Poder Moderador como a chave da organização política brasileira e delegava esse Poder Moderador ao Imperador, considerando-o o chefe supremo da nação. As ideias do liberalismo, inspiradoras da revolução americana e da revolução francesa, estavam em desacordo com o poder monárquico absolutista instalado no Brasil, o qual retirava sua legitimidade do poder divino dos reis. Quanto às ideias do liberalismo, Fausto (1996, p. 66) registra:

As concepções ilustradas deram origem no campo sociopolítico ao pensamento liberal, em seus diferentes matizes. Um fundo comum às várias correntes do liberalismo se encontra na noção de que a história humana tende ao progresso, ao aperfeiçoamento do indivíduo e da sociedade, a partir de critérios propostos pela razão. A felicidade - uma idéia nova no século XVIII - constitui o objetivo supremo de cada indivíduo, e a maior felicidade do maior número de pessoas é o verdadeiro desígnio da sociedade. Esse ideal deve ser alcançado através da liberdade individual, criando-se condições para o amplo desenvolvimento das aptidões do indivíduo e para sua participação na vida política.

Apesar do impasse entre o Imperador e a Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa na organização política do novo Estado foi adotada, entre as formas jurídicas do liberalismo político, uma Constituição que previa a separação de poderes, que seriam organizados de acordo com os princípios da representação política embasada em voto censitário e na independência do Poder Judiciário, e a declaração de direitos e garantias fundamentais.

Deve-se considerar que em meados do século XVI teve início na Europa o período chamado de filosófico. Os enciclopedistas desse período tiveram como antecessores os filósofos do direito natural que, segundo Fregadolli (1997), reagiram contra a ordem estabelecida, procurando delinear uma nova ordem política e social, na qual o indivíduo começa a se destacar como detentor de direitos próprios, e não mais dos direitos referentes à sua classe perante as classes privilegiadas. O Marquês Cesare Beccaria Bonessano havia publicado, em 1764, em Milão, seu livro intitulado *Dei delitti e delle pene* visando

estabelecer as bases e o direito de punir, suprimindo os castigos bárbaros, buscado reprimir o crime ao invés de puni-lo e, sobretudo, intentando abstrair a justiça de qualquer tipo de relação com teologias opressivas e sobre essa obra Fregadolli (1997, p. 18-19) afirma que:

Nos últimos anos do séc. XVIII, tinha-se formado, na França, uma escola de criminalistas que desenvolveu e expôs em numerosos escritos a doutrina de Cesare Beccaria; entretanto, escolas outras, tendo o mesmo objetivo, tinham surgido na Itália, Inglaterra, Portugal e Alemanha.

Daí a formação da Escola Clássica, cujos alicerces eram constituídos pela teoria clássica de Beccaria.

Assim sendo, ainda que pesasse a herança colonialista e de manutenção da escravidão, Bonavides (2000) reconhece que “A primeira originalidade [da Constituição de 1824] residiu na Carta de direitos e na enunciação de deveres”. No Artigo 179, referente à Declaração de Direitos, foram adotados o princípio da responsabilidade individual pelos crimes e o princípio da legalidade. Foram abolidas, para os cidadãos, as penas cruéis tais como as de açoites, as de torturas e as de marcas de ferro quente, mas para os negros escravos não houve mudança significativa uma vez que, conforme registra Fausto (1996, p. 31):

Lembremos também o tratamento dado ao negro na legislação. O contraste com os indígenas é nesse aspecto evidente. Estes contavam com leis protetoras contra a escravidão, embora, como vimos, fossem pouco aplicadas e contivessem muitas ressalvas. O negro escravizado não tinha direitos, mesmo porque era considerado juridicamente uma coisa e não uma pessoa.

Essa Constituição previu, ainda, a elaboração de um código civil e de um código penal próprios para o país, o que ocorreu com a promulgação, em 1830, do Código Criminal e, em 1832, do Código de Processo Criminal, que estavam embasados, segundo Koerner (2006) nas doutrinas iluministas do direito de punir. Nestes códigos, segundo o mesmo autor “as penas eram a condenação à morte, à prisão, simples ou com trabalho, às galés, ao degredo, ao banimento, ao desterro, a multas e à suspensão ou perda de emprego público.” (Koerner, 2006, p. 208), e quanto ao que concerne a esses códigos, avalia Carvalho Filho (2004, p. 189):

Durante o Império, são editados no Brasil o Código Criminal (1830) e o Código de Processo Criminal (1832). Não fosse o paradoxo da escravidão, da pena de açoite, poder-se-ia dizer que adotamos um regime punitivo tecnicamente liberal. A incidência da pena de morte foi drasticamente reduzida (apenas para casos de homicídio, latrocínio e rebelião de escravos), as execuções passaram a ser realizadas de forma austera, sem o espetáculo da mutilação e da exposição do cadáver, com os julgamentos se efetivando por um conselho de jurados formado por doze cidadãos, todos “eleitores” (o que, na época, significava dispor de poder econômico) e de “reconhecido bom senso e probidade”.

É importante registrar, também, a promulgação, por meio do Decreto de 10 de março de 1821, das *Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa* contendo 37 princípios penais, o que Ribeiro (1943) considera digno nota, uma vez que neles já se

refletiam as teorias filosóficas e jurídicas do século XVIII, observando-se novos critérios na luta contra o crime. Nesse período, conforme registrado anteriormente, já surgira a teoria humanitária, resultado do movimento promovido por filósofos e juristas como os italianos Beccaria e Filangieri, os alemães Kant, Feuerbach e Fichte, o inglês Bentham e os franceses Diderot, Rousseau, Helvetius e D'Holbach, entre outros, que protestavam contra a teoria da intimidação, além de já ter sido fundada a Escola Humanitária que exerceu considerável influência, inspirando os códigos penais de quase todo o mundo.

3.2 O Poder Legislativo no Império

A Assembleia Geral, na Constituição promulgada, permaneceu reunindo deputados, eleitos com mandato temporário, e com o Senado, que seria integrado por senadores vitalícios. Os requisitos para ser um senador, previstos no Artigo 45, eram ser cidadão brasileiro no gozo de seus direitos políticos, 40 anos como idade mínima e ser uma “pessoa de saber, capacidade, e virtudes, com preferencia os que tiverem feito serviços à Pátria”, além de um rendimento que correspondesse à soma anual de oitocentos mil réis, rendimento esse derivado de bens, indústria, comércio, ou empregos.

Se a vitaliciedade do Senado, conforme Paim (1988), seria um dos mecanismos moderadores da Carta outorgada, atuando em conjunto com as prerrogativas do monarca e com o funcionamento de um Conselho de Estado, na Câmara dos Deputados a representação também era elitista, posto que, para integrá-la, era necessária uma situação econômica privilegiada. Apesar de o Poder Legislativo ser bicameral, a representação vinculava-se ao número de eleitores, sem qualquer característica que fosse capaz de fazer valer os aspectos referentes às partes nas quais o Império estava subdividido, impossibilitando que as províncias exercessem influência no Poder Central.

Perante as várias exigências, nas quais se incluía a já citada necessidade de uma renda elevada, os problemas sociais ou políticos sempre levavam em consideração os interesses da elite que era formada pelos setores mais representativos da sociedade da época, ou seja, o dos proprietários rurais, o dos representantes do comércio, os da indústria e os do serviço público. Cabe ressaltar que, segundo Paula (2008, p. 23), “[...] é necessário destacar que a Constituição de 1824 tinha consagrado o princípio denominado censitário, segundo o qual, o corpo eleitoral era qualificado de acordo com as posses, que autorizavam o exercício de determinadas atribuições.”.

Três anos após a dissolução da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa por D. Pedro I, em 1823, e da outorga da Constituição de 1824, em 29 de abril de 1826 tomou posse a Assembleia Geral Legislativa que iniciaria os debates referentes à criação do Código Criminal do Império. Esse código criminal só foi efetivamente discutido e aprovado na segunda legislatura, em 1830, entretanto, deve-se registrar 70% dos deputados da legislatura de 1826 já eram integrantes da legislatura anterior, que conforme registra Santos (2012, p. 25):

[...] era composta de 15 sacerdotes, 20 magistrados, 6 bacharéis e 1 advogado, 11 com títulos militares ou equivalentes, 2 médicos, 3 doutores sem indicação da área do doutoramento e 42 que não especificaram sua área de atuação. Eram, como podemos supor, sobretudo membros da elite agrária ou seus apadrinhados, graduados em Direito, militares de alta patente e sacerdotes.

Ainda de acordo com o autor, alguns fatores homogeneizavam o grupo, tal como a formação intelectual. Carvalho (2003, p. 31) afirma que “Os juristas e magistrados exerceram um papel de grande importância na política e na administração portuguesa e posteriormente na brasileira.”, posto que, no Brasil imperial, a marca distintiva da elite política era a educação, havendo um verdadeiro abismo educacional entre essa elite e a maioria da população.

À época da Independência, a elite política brasileira tinha como uma de suas características principais a homogeneidade de ideologia e de treinamento, bem como certa homogeneidade social, uma vez que substancial parcela dessa elite foi recrutada entre os setores sociais dominantes, e conforme descreve Carvalho (2003, p. 37):

A homogeneidade ideológica e o treinamento foram características marcantes da elite portuguesa, criadora e criadora do Estado absolutista. Uma das políticas dessa elite foi reproduzir na colônia uma outra elite feita à sua imagem e semelhante. A elite brasileira, sobretudo na primeira metade do século XIX, teve treinamento em Coimbra, concentrado na formação jurídica, e tornou-se, em sua grande maioria, parte do funcionalismo público, sobretudo da magistratura e do Exército. Essa transposição de um grupo dirigente teve talvez maior importância que a transposição da própria Corte portuguesa e foi fenômeno único na América.

A elite brasileira do pós-independência, que atuou até 1850 no cenário político, foi, basicamente, formada pelo curso de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Os professores e leituras desse curso, e a consequente coesão de princípios e formação de um sistema de pensamento, teriam sido, para Santos (2012), elementos congregadores de ideias para os bacharéis, advogados e magistrados eleitos para a primeira deputação.

3.3 O Código Criminal de 1830

Referindo-se ao momento político brasileiro no final da década da Independência, Costa (2013, p. 4) registra que:

Em fins da década de 1820 cresciam as oposições e ataques ao Imperador D. Pedro I, fosse nos jornais oposicionistas e nas ruas, fosse nos debates internos à Câmara dos Deputados. Deve-se atentar, contudo, para o fato de que, mesmo nessa conjuntura de conflitos e de formação de grupos políticos em oposição na Corte brasileira, foram levadas a cabo, pelas primeiras legislaturas do Império, medidas essenciais à construção de um novo ordenamento jurídico. Nesse sentido, os legisladores brasileiros, muitas vezes pertencentes a grupos políticos opostos, teriam se unido em direção a um compromisso, traduzido primeiramente no confronto com o Imperador e, em seguida, no esforço conjunto e consensual de estabelecimento de uma nova ordem jurídica e administrativa.

A autora, também, avalia que a separação política entre o Brasil e Portugal, ocorrida em 1822, assim como também a Constituição promulgada em 1824, acabaram por provocar mudanças que há muito tempo vinham sendo discutidas no que se refere à legislação penal, ao afirmar:

A partir tanto das novas concepções de divisão de poderes, pacto social, soberania etc., então em voga, quanto da recente situação política vivenciada pelo país, também a justiça penal seria repensada e reorganizada consoante novos parâmetros. Para os primeiros legisladores brasileiros, a antiga legislação penal já não fazia sentido e tinha que ser substituída. (COSTA 2013, p. 5).

Se na regência e no reinado de D. João VI nenhuma providência legislativa foi tomada para reforma da legislação penal vigente, vigorando mesmo após a época colonial as Ordenações Filipinas, também durante a regência de D. Pedro, ainda antes da Independência, não ocorreram alterações substanciais na área de direito penal ou processual criminal, exceto por uma única lei processual que, na avaliação de Tripoli (1947, p. 144) “valeu, na realidade, pelas muitas que não foram feitas”. Foi o Decreto de 23 de maio de 1821, uma reação contra os abusos de autoridade praticados, com frequência, contra o direito de liberdade e de segurança individual dos cidadãos.

Já no que se refere às novas codificações surgidas no Império, é importante registrar inicialmente que, segundo Santos (2012, p. 34):

[...] o liberalismo europeu não era o encontro perfeito de teoria e prática. Muito pelo contrário. O liberalismo nascido das revoluções burguesas e moldado no Iluminismo não excluiu de imediato nem a escravidão, nem a pena de morte dos civilizados países europeus. No momento em que os deputados discutiam nosso primeiro código criminal, a escravidão e a pena de morte se faziam presente em Portugal e nos Estados Unidos, como também nas colônias inglesas e francesas. A França só veio abolir a pena de

morte depois que o Brasil deixou de usar a força e os EUA continua até hoje executando em muitos de seus Estados, mesmo assim, não questionamos esse tipo de liberalismo.

Em seguida deve-se considerar a avaliação de Costa (2013, p.1) sobre o tema:

A grande instabilidade política vivida pelo país no contexto pós-Independência traduziu-se, em âmbito jurídico, em um complexo e rico debate em torno da necessidade de se estabelecer um código penal adequado à sociedade brasileira. A escravidão, então profundamente entranhada no tecido social, produziu efeitos no que tange à definição do significado, da forma e do conteúdo deste Código. Paralelamente, também as disputas políticas travadas em torno da conformação do novo Estado nacional se fizeram sentir nas definições dos delitos e penas prescritos aos crimes políticos.

Se em 1827 deu-se o começo da execução do previsto inciso XVIII do Artigo 179 da Constituição do Império, é preciso lembrar que em 12 de maio de 1826 o deputado por Minas Gerais, José Antônio da Silva Maia, propôs que fossem indicadas pela Comissão Legislativa, com urgência, as medidas que deveriam ser tomadas para organizar os códigos Civil e Criminal. Essa proposição está assim registrada nos Anais da Câmara dos Deputados¹: “1. Proponho, que se convide a comissão de legislação para indicar á camara as medidas, que se devem tomar organização dos códigos civil e criminal; e isto com urgência – O deputado, *Maia*.”.

Na mesma sessão o deputado por Pernambuco Domingues, Malaquias de Aguiar Pires Ferreira, apresentou a seguinte moção à mesa, conforme registram os Anais da Câmara dos Deputados²: “Proponho, que se decrete um prêmio a quem dentro do espaço de dois anos apresentar o melhor projecto de código – *Pires Ferreira*.”. Santos (2012, p.27) esclarece a não aprovação da moção justificando que:

Sua proposta de premiação era para quem projetasse um código geral, que abarcasse não apenas a esfera civil e criminal, mas que englobasse também um código marítimo, comercial, rural etc. Tal proposta imediatamente rechaçada por Cruz Ferreira com a argumentação lógica de que não havia cabeça capaz de realizar tamanha façanha.

Cabe aqui observar que, durante a leitura dos Anais da Câmara dos Deputados referentes ao período de tramitação do Código Criminal, é possível localizar a seguinte advertência do editor dos Anais, Antonio Pereira Pinto: “Aquella publicação que nos primeiros tempos (1823, 1826, 1828) fora feita com esmero e presteza, tornou-se incompleta e cheia de lacunas nos anos de 1827, 1829 e 1830, aparecendo os debates com desmedido intervalo, e mal tachigraphados”³. Assim sendo, nem todas as proposições e nem todas as

¹ Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 12 de maio de 1826, página 59.

² Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 12 de maio de 1826, p. 60.

³ Anais da Câmara dos Deputados, Tomo 2, p. 61

discussões são passíveis de localização na publicação, mas o essencial para o acompanhamento da proposição pode ser recuperado.

Ainda no ano de 1826, em 3 de junho, um projeto de código foi apresentado pelo deputado, pelo Rio de Janeiro, José Clemente Pereira. De acordo com Santos (2012, p. 27) “O deputado José Clemente Pereira se empenhou bastante para produzir no espaço de 23 dias a sua primeira versão de um anteprojecto para o código criminal”. A justificativa desse projeto é a que segue⁴:

Sr. Presidente, é desnecessário e até superfluo mostrar a necessidade que temos de um código criminal, pois na realidade o não possuímos; visto que as ordenações immensas e informes que se dizem em vigor, são inteiramente inapplicaveis ás nossas circumstancias. Desta falta de legislação resultão os grandes males que se experimentão na administração da justiça.

Sendo pois, conhecida a utilidade e necessidade que temos deste código, que não poderá ser obra de um momento, por depender de profunda meditação e estudo, emprehendi ordenar um projecto sobre os principios modernamente admittidos e comece a formar alguns dos titulos que necessariamente deverãõ entrar no código criminal. Porém, depois de ter adiantado algum trabalho sobre as bases que havia estabelecido, lembrei-me que talvez estas mesmas bases houvessem de soffrer grandes alterações, e que neste caso estava derribado todo o edificio que houvesse levantado sobre ellas, e todo o meu trabalho perdido.

Como, porém, possa acontecer que algum dos meus illustres collegas tenha escolhido este mesmo objecto para nelle empregar as suas meditações e vigilia, e as minhas intenções não têm outro fim mais do que a utilidade da nação, julguei que faria algum serviço publicando estas bases que havia organizado para o projecto do código criminal, que talvez possam merecer alguma aceitação, sujeitando-as desde já ás reformas e melhoramentos que se julgarem uteis. Por este modo não só poderãõ ellas suscitar algumas idéas a qualquer outro, que se tenha dado a este trabalho, mas servir-me-hão depois para prosseguir no meu plano com mais segurança, esperando que na próxima futura sessão me seja possível apresentar o projecto do código criminal fundado nas bases que forem approvadas. E só para este fim tenho a honra de offerecer este projecto.

Na sessão do dia 9 de junho o projeto foi enviado à Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal e na sessão do dia 1º de agosto de 1826 foi lido o parecer desta comissão⁵ que considerava:

Este tanto mais necessário se faz para a nação brasileira, que independenciando-se da nação, a que esteve unida por mais de três séculos, e constituindo-se debaixo de uma forma de governo differente; ainda se está regendo pelo código daquela nação compilado pela maior parte de outros de nações estranhas, e além disso por um sem número de leis extravagantes publicadas depois, que não só tornão quasi impossivel o seu conhecimento, mas que não podem convir aos povos do Brazil, a cuja índole, necessidades, e localidades se não consultou; de sorte que podemos dizer que não temos código algum.

⁴ Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 3 de junho de 1826, p. 15-16

⁵ Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 1º de agosto de 1826, s/p.

A comissão definiu que o Código Criminal deveria ser dividido em duas partes. Uma parte penal e a outra parte referente ao código de processo criminal, sugerindo que o autor do melhor anteprojeto recebesse distinções honrosas, tivesse seu nome estampado na capa do código, recebesse uma medalha de ouro com a devida inscrição de reconhecimento de gratidão da nação brasileira e, ainda, um prêmio pecuniário – caso as finanças do autor assim o exigissem.

Em 4 de maio de 1827 o deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos apresentou seu projeto, cuja entrega ficou assim registrada nos Anais: “O Sr. Vasconcellos mandou a mesa um projecto de código criminal, que ficou para se lhe dar destino”⁶, e em 16 de maio de 1827 o deputado José Clemente Pereira apresentou novamente seu projeto de código criminal, já modificado segundo o parecer da Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal. Quanto ao projeto do deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos, Santos (2012, p.28) opina:

Pelo visto ele tinha urgência para que o anteprojeto que serviria de base para as discussões parlamentares fosse logo escolhido. Tanto parecia ser assim que no dia subsequente ele requereu que nenhuma lei regulamentar relacionada com o futuro código criminal fosse discutida sem que antes fosse decidido se os dois anteprojetos – o de Clemente Pereira e o dele – seriam a base do futuro corpo de leis criminais. Por um lado, Vasconcelos estava com razão, pois toda discussão desse tipo apenas retardaria a finalização de algo maior, o código. Além do mais, discutir qualquer lei criminal em paralelo com o anteprojeto do código poderia ser tempo perdido, pois nada mais seria do que uma lei em duplicata que logo perderia a vigência.

Embora uma fusão entre os dois tenha chegado a ser discutida, o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos foi o escolhido por sua técnica e divisão mais clara das penas. Esse projeto representou uma novidade, precedendo, em algumas das suas disposições, códigos europeus. Sobre a escolha do anteprojeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos, Santos (2012, p. 31) registra:

Meses depois, em setembro daquele ano, a comissão de legislação e justiça civil e criminal deu o veredito final e indicou o anteprojeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos como vencedor, argumentando que o mesmo, por ser mais amplo no desenvolvimento das máximas jurídicas, razoáveis e equitativas e por mais miúdo na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorre para a bem regulada distribuição delas, poderá mais facilmente levar-se à possível perfeição com o menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe deu de acordo com seu ilustre autor.

Santos (2012) informa que as discussões entre os deputados para a aprovação do novo código iniciaram-se em 1826, quando o deputado Silva Maia lembrou à Câmara a responsabilidade de se criar um código civil e um código criminal para o Brasil. O deputado

⁶ Anais da Câmara dos Deputados, sessão de 5 de maio de 1827, p. 16

Clemente Pereira apresentou a primeira versão de seu anteprojeto alguns dias depois, mas a questão, de fato, só foi resolvida após um ano e três meses, a partir do voto favorável da Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal ao anteprojeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Embora o assunto não tenha sido esquecido, entre setembro de 1827 a setembro de 1830 o avanço nas discussões foi pequeno. Nesse período, o que se apresentou de relevante foi o pronunciamento da comissão bicameral ou mista, composta de deputados e senadores, ao término da análise e de adaptações do anteprojeto do deputado Vasconcellos.

No Senado, a Comissão de Legislação apresentou seu parecer referente ao projeto que viera da Câmara, em 23 de novembro, e, conforme Santos (2012) também entre os senadores havia o sentimento de urgência para dotar o Brasil de um código criminal próprio, que substituísse as antigas leis portuguesas, uma vez que, tanto na Câmara como no Senado, havia críticas constantes ao Livro V das Ordenações Filipinas, consideradas bárbaras e repugnantes. Essa pressa acabou por limitar as discussões e, após a análise, a Comissão de Legislação do Senado deu o seguinte parecer⁷:

Examinando o Projecto do Código Criminal, julga que elle está muito bem organizado, e fundado nos princípios da philosophia jurídica dos tempos; e por isso é de parecer que deve ser adoptado sem outra discussão mais do que a de se mostrar que é mais conveniente adoptá-lo assim, deixando alguma correcção para o que a prática for demonstrando digno de reformas do privar o Império por mais um anno do beneficio que deve resultar da sua admissão, a qual acaba de um golpe com leis bárbaras e repugnantes ao estado actual.

Os senadores louvaram a organização do anteprojeto de Vasconcelos – que agora já era um texto avaliado, discutido e alterado pela comissão eleita pelos deputados. E o aprovaram às “pressas” conforme define Santos (2012, p. 52), que assim avalia o processo de aprovação:

A urgência em aprovar o novo código era tamanha que, além de não proporem emendas, abreviaram e adiantaram o quanto puderam os pronunciamentos e os dias de sessões. No Senado, uma legislatura aprovava os projetos e as leis em três discussões, mas, quando o remetente era a Câmara dos Deputados diminuía-se para apenas duas. O Senhor Vergueiro propôs já no dia em que a Comissão de Legislação apresentou o Código à casa que este entrasse imediatamente em discussão e no dia vindouro fosse votado, algo que foi logo aceito. (SANTOS, 2012, p. 52-53).

No tocante à manutenção da pena de morte na nova codificação, Santos (2012, p.53) avalia que:

Pressa foi a palavra de ordem quando o projeto do Código criminal chegou ao Senado, essa urgência fez com que os senadores passassem de largo pelo tema mais discutido na Câmara dos deputados: a pena de morte. Os parlamentares que meses antes defendiam a abolição da pena de morte no

⁷ Anais do Senado, 23 de novembro de 1830, p. 578.

Brasil tinham a esperança que, perdendo a batalha na Câmara e, subindo daquela casa para o Senado, um projeto com a morte entre suas penas, lá fosse a mesma excluída. A fé dos deputados foi em vão, acreditaram numa discussão que não houve, os senadores não tocaram nessa questão, e mesmo apontando uma ou outra inconsistência do projeto, não fizeram qualquer alusão aos textos que indicavam a morte como pena para os homicídios agravados, latrocínios e para os líderes de insurreições, frustrando assim as expectativas dos que eram contrários à pena de morte.

O Código foi aprovado em 16 de dezembro de 1830, primeiro ano da segunda legislatura do Império, e nele, segundo Costa (2013) a maioria dos autores pode identificar, mesmo que superficialmente, influências das formulações teóricas de Jeremy Bentham - ideal utilitarista -, da obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria, do Projeto de Código Criminal de 1786, para Portugal, de Pascoal de Mello Freire, do Código da Toscana, também de 1786, do Código austríaco de 1803, do Código Penal francês de 1810 e do Código bávaro de 1813, afirmando ainda que:

Alguns estudos acerca deste documento reforçam o enfoque proposto por esta pesquisa, e o fazem principalmente a partir de três vias: ao reconhecerem a marca acentuadamente liberal e nacional deste Código, em sua tentativa de adequar as modernas teorias penais ocidentais à realidade brasileira de então [...]; ao analisarem o jogo político e os grupos oposicionistas que se foram formando em torno de determinados aspectos da discussão (como a manutenção ou não da pena de morte no Código), concluindo que o consenso então alcançado esteve diretamente relacionado ao contexto de profunda instabilidade e crise política vivida em fins do Primeiro Reinado; e, principalmente, ao mostrarem as mudanças fundamentais existentes entre o projeto de Código Criminal elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos (tomado pela historiografia enquanto base fundamental do Código de 30), e o texto final do dito Código, destacando o quanto nossos primeiros legisladores estiveram atentos ao que se produzia no âmbito do direito penal ocidental, buscando elaborar um Código o mais adaptado possível à realidade brasileira de inícios do século XIX. (COSTA, 2013, p. 10-11).

Ainda sobre o Código Criminal de 1830, Tripoli (1947) afirma que foi moldado no Código Penal Francês de 1810 uma vez que, sendo o Brasil um país novo, com independência recém-conquistada e sob a influência dos princípios da Revolução Francesa, não podia deixar de incorporar os progressos alcançados pela ciência penal nos países mais avançados da Europa, principalmente a França, de onde aqueles princípios haviam se irradiado. Seu texto, ainda que sem se distanciar da sua época e mantendo as ideias do direito penal clássico, foi considerado conciso e elogiado por isto, tendo sido até mesmo traduzido para o francês, o que demonstra sua importância para inúmeros juristas daqueles tempos.

O Código Criminal do Império, já na época de sua aprovação, segundo Costa (2013) foi reconhecido por juristas nacionais e estrangeiros como um expoente do direito penal, tendo sido redigido de acordo com a melhor doutrina penal e, ainda, em afinidade com

o espírito liberal da época, apesar da previsão de pena de morte, assim justificada por Santos (2012, p. 54):

Em uma sociedade escravista que vivia às voltas com o renitente medo de uma revolta escrava à moda haitiana, qualquer reunião de negros despertava as centelhas da suspeição e a necessidade de controle. Por isso, os artigos 113 e 114 do código penal estabeleciam que na ocasião em que se reunissem vinte ou mais escravos para conseguirem a liberdade por meio da força, seus líderes (fossem eles livres ou escravos) deveriam receber a pena máxima: a morte na forca.

Neste código, que ainda segundo Costa (2013) exerceu influência nos códigos penais da Espanha de 1848, 1850 e 1870, nos códigos penais de vários países da América Latina, na lei belga de julho de 1831 referente aos crimes de imprensa e ainda no Código Penal russo de 1855, a positivação das leis obedeceu ao poder de conformação da realidade a um projeto político e institucional, crença partilhada pelos homens nos fins do século XVIII e início do XIX, além de refletir a multiplicidade de fontes e de teorias penais às quais tiveram acesso os deputados brasileiros, sendo suas principais inovações foram, ainda segundo a autora (p. 7) “a postulação prática de idéias definidas de política criminal, uma sistematização interna, a definição do conceito e do sentido das penas dentro do que se poderia chamar de uma “filosofia penal””.

De caráter inovador, o Código Criminal do Império que instituiu o *habeas corpus* e pôs fim à aplicação do Livro 5º das Ordenações do Reino, que trata do açoite, da tortura, da marca de ferro quente, e de todas as demais penas cruéis já abolidas pela Constituição Política do Império do Brasil, segundo Fregadolli (1997) foi o primeiro com independência e autonomia na América Latina.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se concluir que o Código Criminal do Império foi considerado inovador por possuir características humanitárias e liberais, decorrentes das revoluções que ocorreram na época, mas manteve a escravidão, principalmente em decorrência do poder aquisitivo dos Senhores donos de escravos que formavam a Assembleia Legislativa. Mesmo sendo inovador, o Código foi editado com lentidão e aprovado à pressas, pela necessidade de se possuir um Código Criminal do Brasil e acabar de vez com a legislação portuguesa vigente até sua promulgação.

Quando analisamos a história do Direito Penal no Brasil, vimos que entre os habitantes primitivos o direito penal era consuetudinário, existindo a pena de morte e as penas corporais, com responsabilidade penal igual para todos, sem distinção de sexo e idade. A chegada dos portugueses provocou alterações, pois estes trouxeram seu sistema jurídico - as Ordenações Afonsinas - em vigor em Portugal, que podem ser consideradas como nosso primeiro tipo de código penal apesar de terem existido em nosso território apenas de forma teórica.

Em 1521, inicia-se a aplicação no Brasil das Ordenações Manuelinas, que previam penas cruéis e que variavam de acordo com a classe social do réu, mas autores afirmam que a nossa autêntica gênese do direito penal foram as Ordenações Filipinas, promulgada em 1603 por Felipe II, que surgiram como resultado do domínio castelhano. Apesar de ser considerada a mais terrível de todas, foi a que vigorou por mais tempo no Brasil, até 1830.

A colônia brasileira, antes da chegada de D. João VI teve um crescimento lento e seu interior, até o fim do século XVII, permanecia desocupado. Por possuir um território vasto, o Brasil colônia foi, na verdade, um conjunto de capitanias fracamente unidas. O poder era privado e forte, com base na grande propriedade da terra e na posse dos escravos e por isso a capacidade para aplicação penal era dos grandes proprietários. Os escravos, nesse período, e por grande parte do Império, conforme Fausto (1996) não eram considerados pessoas, mas propriedades.

Com a vinda de D. João VI, em 1808, a colônia passa a ser sede da monarquia portuguesa, e por isso há várias modificações na organização administrativa, o que causa a união entre Brasil e Portugal, resultando na criação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. O Estado Brasileiro começa, então, a surgir.

O primeiro passo para a independência foi quando D. João VI, em 1808, determinou a abertura dos portos brasileiros para outras nações, acabando com o monopólio metropolitano, mas mesmo após a sua volta a Portugal ainda não se pensava efetivamente na independência. Na verdade, foi a posição das Cortes de Lisboa, insistindo em uma política colonial para o Brasil, que fez nascer a ideia de separação, decorrente da existência de uma busca por identidade que começou nas lutas coloniais para expulsão de invasores, replicou-se na Inconfidência Mineira e se amplificou na Revolução Pernambucana.

A característica mais marcante da nossa independência, entretanto, foi a negociação entre a elite nacional, a coroa portuguesa e a Inglaterra. Única colônia americana que ao se tornar independente constituiu uma monarquia, o Brasil permaneceu nas mãos da família Real portuguesa. A monarquia venceu a república e a centralização venceu a federação porque, para uma ordem social onde existiam senhores e escravos, a descentralização era perigosa.

Quando ocorreu a independência do Brasil, a constituição americana (1787) e a constituição francesa (1791), consideradas as primeiras constituições modernas, eram recentes. Porém, em território brasileiro todos os movimentos que queriam a implantação do modelo republicano foram oprimidos, sendo o regime monárquico o escolhido, principalmente por vontade da elite brasileira que era formada por senhores de escravos. A escravidão estava tão arraigada que até mesmo os negros libertos possuíam escravos, conforme lembra Carvalho (2002).

Após a independência, os brasileiros que a Constituição tornou cidadãos não sabiam ler, já que mais de 85% da população era analfabeta e a Constituição de 1824 foi outorgada por um poder constituinte derivado do absolutismo. Apesar disso, previa em seu Título 8º a criação de um Código Criminal fundado na justiça e na equidade, dando providências para garantia da liberdade individual. E mesmo assim a escravidão foi um assunto ignorado por esta Constituição, pois, conforme afirmou Santos (2012), um liberalismo que nasceu das revoluções burguesas e que foi moldado no Iluminismo não excluiu imediatamente a escravidão e a pena de morte nem mesmo nos civilizados países europeus.

Vale ressaltar que, em 10 de março de 1821, foi promulgado um Decreto contendo as Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa, composto por 37 princípios penais, que se referiam às teorias filosóficas e jurídicas do século XVIII. E nessa época surgia a teoria humanitária, resultado do movimento promovido por grandes filósofos e juristas como Beccaria, Kant e Rousseau, entre outros.

A Constituição do Império estabelecia uma representação política bicameral, composta pela Assembleia Geral que reunia deputados com mandados temporais e senadores com mandados vitalícios. Um dos requisitos principais para ser deputado ou senador era o poder monetário. Era necessária uma situação econômica privilegiada. Também se levava em conta os interesses da elite, ou seja, dos proprietários rurais, dos representantes do comércio, da indústria e os do serviço público, mas a formação intelectual era outro ponto que homogeneizava o grupo de legisladores principalmente entre os formados pelo curso de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal.

Apesar de manter a escravatura, a primeira originalidade dessa Constituição, conforme lembra Bonavides (2000), residiu na existência de uma carta de direitos e na enunciação de deveres. Quanto à Declaração de Direitos, foram adotados o princípio da responsabilidade individual pelos crimes e o princípio da legalidade. Aboliram-se as penas cruéis e previu-se a elaboração de um Código Civil e de um Código Criminal.

Finalmente, em 1826 tomou posse a Assembleia Geral Legislativa para o início dos debates quanto ao Código Criminal, que foi efetivamente discutido e aprovado na segunda legislatura, em 1830, mas ressalte-se que 70% dos deputados já haviam pertencido à a legislatura anterior.

Em 12 de maio de 1826, o deputado por Minas Gerais, José Antônio da Silva Maia propôs que se desse início, com urgência, às medidas que deveriam ser tomadas para organizar os códigos civil e criminal. Na mesma sessão, o deputado por Pernambuco, Domingues Malaquias de Aguiar Pires Ferreira, propôs que fosse dado um prêmio a quem apresentasse o melhor projeto de código no prazo de dois anos. Embora esse prêmio não tenha sido concedido porque a premiação era para um código geral, que além da esfera cível e criminal abarcasse também um código marítimo e outros, o que seria impossível para qualquer indivíduo isolado elaborar, a proposição mostra que havia um sentimento de urgência quanto à edição de um código criminal específico para o Brasil.

Em 3 de junho de 1826, foi apresentado um projeto de código pelo deputado, pelo Rio de Janeiro, José Clemente Pereira, que o apresentava como base para a formulação de um código mais específico a partir do de sua redação. Após realizar uma análise do projeto, a Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal decidiu que o Código Criminal deveria conter duas partes, uma penal e outra referente ao processo criminal, abrindo as portas para a apresentação de um melhor anteprojeto, cujo autor teria direito, como honra, a ter seu nome estampado na capa do código e a uma medalha de ouro com uma inscrição de reconhecimento e gratidão da nação brasileira e ainda a um prêmio pecuniário se lhe fosse necessário. Mais

uma vez fica demonstrada a urgência na elaboração de uma codificação criminal específica para o país.

O deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos apresentou seu projeto de código em 4 de maio de 1827 e o Deputado José Clemente Pereira apresentou o seu, já modificado segundo o parecer da Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal, em 16 de maio de 1827. Foi discutida uma fusão entre os dois projetos, mas o de Bernardo Pereira de Vasconcellos foi o escolhido por sua técnica e divisão mais clara das penas. O projeto de Bernardo Pereira de Vasconcellos representava uma novidade, precedendo os códigos europeus em algumas de suas disposições.

Embora os anteprojetos tenham sido apresentados em maio de 1827 e houvesse o reconhecimento da necessidade da edição da norma, o avanço nas discussões foi pequeno, e entre setembro de 1827 e setembro de 1830 a discussão avançou pouco. No Senado, a Comissão Legislativa apresentou o parecer em 23 de novembro de 1830, embora também houvesse entre os senadores o mesmo sentimento de urgência para a edição de um Código Criminal que acabaria, de uma vez por todas, com as antigas leis portuguesas, já que tanto a Câmara como o Senado consideravam repugnante o Livro V das Ordenações Filipinas. Aprovado o anteprojeto de Vasconcellos às pressas, conforme analisou de Santos (2012), o código ainda assim teve um caráter inovador, instituindo o *habeas corpus* e dando fim as penas cruéis que já haviam sido abolidas pela Constituição Política do Império do Brasil.

Embora esse Código tenha mantido a escravatura e a pena de morte, é importante lembrar que tanto a escravidão quanto a pena de morte estavam presentes em Portugal, nos Estados Unidos e nas colônias inglesas e francesas, assim sendo o Código Criminal foi aprovado em 16 de dezembro de 1830, primeiro ano da segunda legislatura do Império, e grande parte dos autores da área do Direito nele identifica influências das formulações teóricas de Jeremy Bentham – ideal utilitarista, da obra *Dos Delitos e das Penas* de Cesare Beccaria, do Projeto de Código Criminal de 1786, para Portugal, do Código da Toscana de 1786, do Código austríaco de 1803, do Código Penal francês de 1810 e do Código Bávaro de 1830. Por todas essas influências, foi reconhecido por juristas nacionais e estrangeiros como um expoente do direito penal, redigido conforme a melhor doutrina penal derivada do espírito liberal da época.

REFERÊNCIAS

ALVES, Adenir Mateus. Direito Canônico: sua origem e influência no Brasil. 2010. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/direito-canonical-sua-origem-e-influencia-no-brasil/51432/#ixzz2zHYEAerf> >. Acesso em: 17 abr. 2014

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo. Ícone. 1995.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estud. av.*, São Paulo, v. 14, n. 40, Dec. 2000. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 12 Nov. 2013.

BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em: < <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-norma-pl.html> >. Acesso em: 10 mar. 2012

BRASIL. *Decreto de 23 de Maio de 1821*. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/antioresa1824/decreto-39587-23-maio-1821-570015-publicacaooriginal-93198-pe.html >. Acesso em: 26 abr. 2014

CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial; Teatro de Sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Disponível em: < http://www.4shared.com/office/zIHJBIyH/CARVALHO_Jos_Murilo_de_Cidadan.html >. Acesso em: 15 nov. 2013.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Impunidade no Brasil: Colônia e Império. *Estud. av.*, São Paulo, v. 18, n. 51, ago. 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200011&lng=pt&nrm=iso >. Acesso em: 11 nov. 2013.

CHAVES JUNIOR, Airto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. *Rev. Fac. Derecho Cienc. Polit.* - Univ. Pontif. Bolívar., Medellín, v. 41, n. 114, jan. 2011. Disponível em: < http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862011000100003&lng=pt&nrm=iso >. Acesso em: 12 nov. 2013

Cintra, A. C. A; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo. Malheiros. 2009.

CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. 1974. Disponível em: < http://www.4shared.com/office/mbBghFMS/a_sociedade_contra_o_estado__p.html >. Acesso em: 25 abr. 2014.

CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da Violência*. 2004. Disponível em: < <http://copyfight.me/Acervo/livros/CLASTRES,%20Pierre%20-%20Arqueologia%20da%20violencia%20-%20pesquisas%20de%20antropologia%20politica.pdf> >. Acesso em: 23 abr. 2014

COSTA, Vivian Chieregati. *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positividade das leis no Pós-Independência*. Dissertação (mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação do Instituto de Estudos Brasileiros da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/31/31131/tde-04112013-164930/pt-br.php> >. Acesso em: 23 Out. 2013

DUARTE, Márcio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/932/evolucao-historica-do-direito-penal> >. Acesso em: 17 abr. 2014.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. *Edusp*. São Paulo, 1996. Disponível em: < <http://www.conisul.com.br/wp-content/uploads/2014/02/historiadobrasil.pdf> >. Acesso em: 27 abr. 2014.

FLORENZANO, Modesto. Sobre as origens e o desenvolvimento do estado moderno no ocidente. *Lua Nova*, São Paulo, n. 71, 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452007000200002&lng=pt&nrm=iso >. Acesso em: 19 jul. 2014.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Disponível em: < <http://cartaslivres.files.wordpress.com/2011/08/microfisica.pdf> >. Acesso em: 20 jul. 2014.

FRAZÃO, Gabriel Almeida. “O Palco Colonial”: Uma breve reflexão sobre os cerimoniais no Brasil no contexto do Antigo Regime. *Revista Cantareira*, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, n. 1, v. 1, ano 1. Nov. 2002. p. 1-19. Disponível em: < <http://www.historia.uff.br/cantareira/novacantareira/artigos/edicao1/opalcocolonial.pdf> >. Acesso em: 15 nov. 2013

FREGADOLLI, Luciana. Antecedentes Históricos do Código Criminal de 1830. *Akrópolis - Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, n. 20, v 5, 1997. Disponível em: < <http://revistas.unipar.br/akropolis/article/view/1707> >. Acesso em: 27 set. 2013

HESPANHA, António Manuel. Direito comum e direito colonial. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 95-116. Disponível em: < <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/115/125> >. Acesso em: 26 abr. 2014.

HORTA, Ana Clélia Couto. Evolução histórica do Direito Penal e Escolas Penais. *Âmbito Jurídico.com.br*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514 >. Acesso em: 17 abr. 2014.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300008&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 12 nov. 2013

MACIEL, José Fábio Rodrigues. Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro. *Jornal Carta Forense*, 2006. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484> >. Acesso em: 19 abr. 2014.

OLIVEIRA, Eduardo Romero de. A idéia de império e a fundação da monarquia constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824). *Tempo*, Niterói, v. 9, n. 18, Junho 2005. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042005000100003&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 12 nov. 2013.

PAIM, Antonio. *A querela do estatismo*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicação. 1998. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1020> >. Acesso em: 2 mar. 2013.

PAULA, Antonio Pereira de. *Brasil: de monarquia unitária a república federativa*. Biblioteca Digital do Senado Federal. Produção Institucional. Teses, dissertações e monografias. Nov. 2008. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/161100> >. Acesso em: 8 nov. 2013.

PAULO, Alexandre Ribas de. A cultura jurídico-penal no início da Idade Média. *Meritum* – Belo Horizonte, v. 4, n. 1, jan./jun. 2009. p. 167-192. Disponível em: < <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/873> >. Acesso em: 7 Ago. 2014.

REIS, Elisa. O Estado nacional como ideologia: o caso brasileiro. *Rev. Estudos Históricos*, vol. 1, n. 2, 1988. p. 187 - 203. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2166> >. Acesso em: 9 nov. 2013

RIBEIRO, Carlos José de Assis. *História do Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Z. Valverde, 1912. v. 1.

SANTOS, André Carlos dos. *O império contra ataca: A escravidão e a pena de morte em Pernambuco (1822-1860)*. Dissertação (mestrado em História) – Universidade Federal Rural de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: < http://www.pgh.ufrpe.br/pdfs/2012_Andre_Carlos_dos_Santos.pdf >. Acesso em: 17 Mai. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O Estado e o Direito na transição pós-moderna: Para um novo senso comum*. Disponível em: < http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Estado%20Direito%20Transicao%20Pos-Moderna_1991.pdf >. Acesso em: 19 jul. 2014.

SANTOS, Michel Carlos Rocha. História do Direito na Baixa Idade Média. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2801, 3 mar. 2011. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/18610> >. Acesso em: 17 abr. 2014.

SILVA, Ailton José. A ideia do poder em Foucault: o Estado e a arte de governar. *Metávoia*, São João del-Rei/MG, n. 12, 2010. p. 19-37. Disponível em: < <http://www.ufsj.edu.br/revistalable> >. Acesso em: 20 jul. 2014.

SILVA, José Geraldo. *Teoria do Crime*. 5ª edição. Campinas-SP, Millenium Editora, 2013.

SILVEIRA, Máisa Cristina Dante da. Direito feudal: o que é isso?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 571, 29 jan. 2005. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/6229> >. Acesso em: 18 abr. 2014.

SOUZA NETTO, Artur Rocha De. Síntese Histórica do Pensamento Jurídico Penal. *Jurisway*. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4941 >. Acesso em: 17 abr. 2013.

VICENTE, António Pedro. Política exterior de D. João VI no Brasil. *Estud. av.*, São Paulo, v. 7, n. 19, Dec. 1993. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141993000300006&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 26 ago. 2013.