

*Renato Cordeiro Paoliello*¹

Título: “CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO E SISTEMA PUNITIVO”

- **Resumo** - Versa o presente artigo acerca do estudo do Código Criminal do Império e seus reflexos em matéria penal e processual. Buscamos abordar os aspectos sociais e mormente normativos da legislação e de seus diplomas legais contemporâneos para descortinar e analisar possíveis problemas e antinomias em seu sistema. A partir da leitura de autores que puderam vivenciar o momento em que o citado Diploma Legal vigeu, nem como da análise da doutrina posterior trouxemos a análise do seu conteúdo e de sua valia, bem como da técnica legislativa utilizada. Assim, da citada análise nosso objetivo de tratar de problemas penais através de seu contexto histórico foi atingido ao indicar caminhos e propor soluções para possíveis enfrentamentos de problemas ligados ao Direito Penal na atualidade.

Palavras-chave: Código Criminal do Império. Análise penal Império Brasileiro. Código Criminal 1830. Sistema Punitivo.

Sumário: I.-) *Introdução*; II.-) *Significado do Estudo do Código Criminal do Império*; III.-) *Situação do Momento Histórico do Império*; IV.-) *Aspectos da Constituição Federal de 1824*; V.-) *Divisão do Código Criminal do Império – Topografia*; VI.-) *Do princípio da Legalidade e seu diferenciado conceito*; VII.-) *Dos Crimes Dolosos e Culposos no Código Criminal*; VIII.-) *Das Penas e da Teoria Abraçada pelo Código Criminal do Império*; IX.-) *Da tentativa no Código Criminal do Império*; X.-) *Considerações Finais*;

SÃO PAULO
2015

1 Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Advogado em São Paulo, Bolsista Integral da CAPES, e-mail renato232@gmail.com.

I.-) Introdução:

Versa o presente trabalho sobre a difícil e delicada tarefa de tratar sobre o tema de direito penal do império. Temática esta que em princípio não possui um significado próprio ou sedimentado ensejando as mais diversas considerações a seu respeito e sobre seu conteúdo.

Em que pese a maleabilidade do seu conteúdo um fato é líquido e certo. Trata-se de um período de grande valia ao estudo do direito penal servindo de laboratório. Entretanto este fato não tem trazido a devida consideração por parte dos estudiosos do direito e dos livros quando de seu enfrentamento quando muito dedicando poucos parágrafos a uma legislação e a autores que não podem ser relegados ao segundo plano do direito penal.

Quando ingressamos no campo do fascinante período histórico, político, tecnológico e social vivido nesta época começamos a denotar a injustiça do tratamento açodado e da falta de sensibilidade em excluir dos cursos a citação de autores tal como Tobias Barreto, Joaquim Nabuco, Brás Florentino e outros.

A atualidade do tema é tamanha que ousar dizer que poderíamos dar um curso atual de direito penal com base nestas pesquisas de “arqueologia criminal”, de forma inovadora e com a crítica de institutos e de teorias com a vantagem de dispormos de visão retrospectiva dos fatos que nos tornem aptos a criar novas soluções ou ao menos de descartar aquelas que se mostraram inviáveis no passado.

Nesta ótica que gostaria de apresentar meu estudo sobre o Código Criminal do Império como medida necessária para o enfrentamento de reformas penais e legitimador de avaliar uma legislação sem nos esquecer de nosso passado, e sem trazer conosco um saco de experiências frustradas como solução aos problemas modernos.

Por todos estes motivos busquei dar um aspecto de cunho histórico tentando encontrar ou desvendar qual seria o cerne em que foi baseado o Código Criminal do Império e qual foi seu papel social.

II.-) Significado do Estudo do Código Criminal do Império;

O Código Criminal do Império diploma penal que vigeu em nosso território (considerando-se este mais expandido haja vista a presença da província que ocupa atualmente o território do Uruguai) por aproximados sessenta anos nos traz grande fonte de sabedoria e conhecimento da legislação pátria.

Sem embargo, a sistemática estampada pelo código aliada a formação sistêmica do sistema punitivo, bem como a tratativa ao par do Código Criminal do Império de 1832 convolam a legislação penal de sua época em verdadeiro sistema que possua os requisitos de unidade, coerência e completude.

Como será a breve trecho mostrado o Código fora o grande salto em termos e de legislação e responsável por incorporar vários aspectos de ideais do iluminismo também desponta como grande marco em sentido liberal em matéria penal. Sem dúvida que a tirania antes presente nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas foram dissipadas pelo Código Criminal e as considerações sobre a pena de morte também passaram a ficar restritas a medidas de contenção, tudo indicando pelo novo sistema e pela nova ideologia que permeou a Sociedade naquela época.

Não podemos olvidar que o estudo histórico além de engrandecedor, como afirmado por Charles Tocccville “*quando o passado deixa de iluminar o futuro o espírito vive em trevas*”, sob pena de dar azo à experiência tornando-se apenas um amontoado de equívocos sem qualquer utilidade para o futuro.

A importância se mostra ainda mais acentuada quando tivermos oportunidade de notar que muitos dos institutos que hoje são erigidos como remédio heroico ao problema da criminalidade já estavam presentes no Código Criminal e não foram capazes de solucionar ao seu tempo problema de criminalidade.

Exemplos desta teoria são a maioria penal aos quatorze anos de idade, a presença

de uma figura que fazia as vezes do juiz de instrução, denominado no Código Criminal do Império de Juiz de Paz, dentre outros instrumentos que ainda hoje são aclamados como solução a atual criminalidade.

Neste diapasão que pretendemos discorrer sobre o Código Criminal do Império com o fito de enriquecer nosso estudo sobre os institutos do Direito Penal moderno e usar dos fatos passados como parâmetro para avaliação do direito penal moderno e de sua eficácia e necessidade de eventual reforma.

Feitas estas breves considerações passaremos a situar o momento histórico em que o Código Criminal do Império esteve inserido para que possamos aquilatar as suas vertentes históricas, bem como avaliar sua função social naquele momento.

III.-) Situação do Momento Histórico do Império;

O Brasil imperial pode ser considerado como um dos períodos mais ricos da nossa história como responsável pela delimitação territorial de nossa nação, como período de formação da identidade de nossa população bem como pelo desenvolvimento técnico e tecnológico marcador de grandes transformações sociais.

Neste período podemos citar de início a grande transformação causada pela chegada da Revolução Industrial em certa medida em nosso país, com a implantação de estradas de ferro de máquinas a vapor, da alteração de um sistema Capitalista Econômico, para uma forma de Capitalismo Industrial. Sem dúvida foi profunda e marcada a mudança de panorama e sobretudo de ideais com a alteração de modo de produção e de interação econômica.

Apenas a título de ilustração do tamanho fascínio que deve ter permeado o cidadão daquela época existe: a colocação de iluminação pública a gás em Pall Mall, inauguração da primeira linha férrea com locomotiva a vapor por George Stephenson; a chegada ao Brasil da fotografia pelas mãos do abade capelão Louis Compte; a criação da primeira linha de telégrafos por Samuel Morse (1844); a ligação do primeiro cabo telegráfico submarino entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos da América; criação do Canal de Suez com uso e invenção da dinamite com redução em meses do tempo de viagem; criação por Alexander Graham Bell do telefone; criação do fonógrafo por Thomas Edson permitindo a gravação da voz humana e sua perpetuação através dos cilindros².

Ao par do desenvolvimento tecnológico o conhecimento na área das ciências humanas também sofreu grande avanço durante a época em comento, com a fundação de universidades de Lei em 11 de agosto de 1827 em São Paulo e em Recife e pouco tempo antes com o patrocínio direto de D. João VI com a fundação da Academia Militar Real, da Academia Naval Real, da Criação da Biblioteca Nacional, além de vários jardins Botânicos reais.

2 Fatos históricos e datas extraídos de consulta a sítios eletrônicos da internet.

O grande anfitrião de trazer esta alteração para nossa pátria e grande visionário sem dúvida alguma deve-se ao Imperador Dom Pedro II que tinha por meta e por paixão o desenvolvimento do país com o início da criação e desenvolvimento da indústria cafeeira, bem como com o crescimento econômico brasileiro.

Porém nem tudo na época do império deve ser considerado como um período de glórias haja vista o enfrentamento de delicadas e impostergáveis questões tal como a questão da escravatura, grande chaga da época, bem como o enfrentamento de diversos movimentos que vergastaram a economia e a política do Império Brasileiro. Com efeito, o período já começara com a chamada guerra de independência e posteriormente ao enfrentamento de crises externas com a Guerra Cisplatina, além de posteriores guerra para combater o ditador Juan Manuel de Rosas desaguando na Guerra do Prata todas responsáveis pela afirmação do Brasil como Potência hemisférica.

As revoltas intestinas que eclodiram no período também não podem ser olvidadas, mas por motivos de concisão apenas citamos de passagem sua marcante presença, sem contudo dar a devida atenção as suas particularidades, remetendo o leitor a obra História Geral da Civilização Brasileira, sob direção de Sérgio Buarque de Holanda, 5ª Edição, Volume 2, Tomo II, Editora DIFEL.

No particular da questão da abolição da Escravatura devemos sempre ter em mente que a conjunção de diversos fatores bem como a existência de um logo e demorado processo que foi responsável pela abolição completa. Muitas vezes nos deixamos induzir pelo ideal de que a abolição aconteceu por um único e isolado ato de lavra da Princesa Isabel – Lei Áurea de 13 de maio de 1888 —, mas acabamos por menosprezar outros atos, tal como a proibição de tráfico, pela lei Eusébio Queirós de 1850, bem como por atos até mesmo adventícios tal como o “*Bill Aberdeen*” de 1845.

Em paralelo a estes aspectos vem o plano normativo também se amoldando ao cenário enfrentado pelo período imperial com diversos atos legais e parlamentares de suma importância para a consolidação do Império Brasileiro.

Dentre os citados atos e que nortearão o estudo no presente trabalho estão a Constituição Federal de 1824, o próprio cerne ou fulcro do presente trabalho que é o Código Criminal do Império de 1830, do Código de Processo Criminal do Império de 1832, além de outros atos de relevo tal como a Lei n.º 2.033 de 1871 tratando dos crimes culposos e restaurando a atividade judicial na formação da culpa.

Situado a grosso modo o aspecto social e político do período imperial e citadas ainda que sumariamente e sem qualquer pretensão histórica, mas apenas e tão somente a introduzir e situar o trabalho em meio ao período temporal e cultural histórico, passaremos a ingressar na legislação Constitucional como lei maior de nossa nação.

IV.-) Aspectos da Constituição Federal de 1824;

No tocante ao aspecto normativo que é propriamente o objeto e estudo do nosso trabalho, sem contudo fazê-lo de uma teoria asséptica a questões supralegais tal como idealizado por H. Kelsen, abordaremos a questão eminentemente sob aspecto normativista, mas orientado por ideais de justiça e de equidade.

Crítérios estes, ou premissas, os quais devem sempre estar presente na tarefa de operador do direito e também de crítica uma legislação para que possamos avaliar seus reais avanços e considerações legais. E sob tal prisma que passaremos a identificar o papel da Magna Carta de 25 de março de 1824 como diploma fundante do Império Brasileiro e como texto fundante desta estrutura governamental.

Como bem sintetizado pelo constitucionalista José Afonso da Silva, em passagem acerca da tarefa e missão constitucional da Carta de 1824, nos seguintes termos:

“O Constitucionalismo era o princípio fundamental desta teoria e realizar-se-ia por uma Constituição escrita que consubstanciasse o liberalismo, assegurado por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão do poderes, de acordo com o postulado do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual não tem constituição a sociedade onde não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes. Os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente uma tarefa ingente e difícil: conseguirem unidade do poder segundo estes princípios que não toleravam o absolutismo. E conseguiram dentro dos limites permitidos pela realidade vigente, montando, através da Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, como provou a história do Império. (...)”

Daí decorre uma verdadeira revolução copernicana em nossa legislação saindo da organização ditada pelas Ordenações Filipinas, na qual denota-se a própria estrutura do Direito Canônico e sua vinculação a preceitos morais e religiosos sendo até mesmo correto afirmar na amálgama inseparável da Igreja e Estado, manifestada em diversas passagens e

pela estreita relação destas duas organizações.

A Constituição Federal de 1824 em que pese ter representado um diverso posicionamento e enfrentamento da questão da separação do estado ainda assim acaba sendo marcada pelo privilégio de determinada religião embora passe a tolerar as demais em caráter preterido e restrito. Forma marcante de expressão desta intolerância era o regime de padroado no qual os cargos eclesiásticos seriam providos pelo Imperador.

De outro giro, a grande marca do constitucionalismo nesta época é a da divisão de poderes em quatro, como o Poder Moderador, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Como será analisado a breve trecho o Imperador era irresponsável penalmente, e nomeador dos membros do Conselho de Estado.

A “*chave de toda a organização Política*”, - chave na tradução de fecho, no sentido de serrar os poderes para os conservadores e no sentido de abertura de portas para os liberais – sem dúvida seria a pedra de toque do sistema de organização política e estruturação do estado para a suspensão dos Magistrados art. 154; na nomeação “ad nutum” dos ministros de Estado art. 101, inciso VI; perdoando e moderando as penas impostas por sentença além da concessão de anistia imbuído de “humanidade e bem do Estado”.

Outras facetas também estavam presentes na presença dos Conselhos de Estado e dos regionalismos que haviam sido suplantados em relação ao regime colonial em que foram se demonstrando presentes tal como a “Cabanadas”, “Sabinadas” dentre diversas outras.

No tocante ao Poder Judiciário diversas considerações são necessárias, por influir de modo permanente e indelével nas disposições penais, e processuais penais, tal como a organização dos Juízes com a perpetuidade embora não lhes fosse consagrada a inamovibilidade, bem como a criação de ação penal popular para a apuração e processamento de crimes contra os juízes e promotores.

Por sua vez poderemos encontrar na organização judicial a presença do Supremo tribunal de Justiça que terá a competência delineada nos incisos I a III do art. 164,

destacando-se sua competência originária para conhecimento e julgamento dos Ministros de Estado, das Relações, os Empregados do Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias.

Como órgão de grau intermediário da Justiça haveria na capital de cada província um tribunal assemelhado ao atual Tribunal de Justiça que era chamado de Tribunal de Relação, com competência de revisão nas matérias criminais.

Por derradeiro, haveria no rol do art. 179, uma série de direitos e garantias que estavam expostos pedindo vênia para transcrevê-los dada a importância ao nosso trabalho, nas seguintes disposições:

“Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

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

II. Nenhuma Lei será sem utilidade pública;

III. A sua disposição não terá efeito retroactivo;

IV. Todos podem comunicar seus pensamentos, por palavras, escriptos e publicados pela imprensa, sem dependência de censura, com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commterem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fôrma que a Lei determinar;

(...)

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

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em aso algum confiscação de bens, nem a infama do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja;

XXI. As Cadeas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.

(...)

XXVII. O segredo das cartas é inviolável. (...)”

A simples leitura destes princípios constitucionais nos trazem a recordação dos direitos hodiernamente estampados no art. 5º e incisos da Magna Carta e em certo modo em disposições constitucionais de forma mais exacerbada, v.g. em caso de sigilo postal, no qual é tratado de forma absoluta. Marca sem dúvida de uma visão extremamente liberal e retratando a situação de rompimento com o direito anterior em que era permitida a chamada “devassa”

para formação da culpa.

Diante de todos estes fatores parece-nos a mais acertada tese da Constituição a de lavra de Paulo Bonavides, em sua obra “*A Constituição de 1824*”, frisando no aspecto da sensibilidade precursora para o social, *in verbis*:

“A Constituição do Império foi, em suma, uma Constituição de três dimensões: a primeira, voltada para o passado, trazendo graves sequelas do absolutismo. A segunda dirigida para o presente, efetivando em parte, com bom êxito no decurso de sua aplicação, o programa de Estado Liberal, e uma terceira à primeira vista desconhecida e encoberta, pressentindo já o futuro.”

Por tais motivos é forçoso reconhecer que tal diploma ostenta a qualidade de mais duradora legislação constitucional ao ponto de assegurar que tivesse vigência por mais tempo ainda que atravessando séries de rebeliões, insurreições e conflitos armados.

V.-) Divisão do Código Criminal do Império – Topografia;

O Código Criminal do Império de 1830 surge como inspiração em outras codificações e mormente em ideias liberais do chamado Iluminismo, tendo por principais influências histórias na matéria codificada o Código Criminal da Baviera de 1813, o Código Penal Francês de 1810 e também o Código organizado para a Louisiana, mais tarde integrada aos Estados Unidos da América

Tais padrões serviam aos destacados legisladores responsáveis pela elaboração do projeto do Código, mormente Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos, os quais teriam sido diretamente influenciados pelo Prof. Mello Freire e pelas ideias do Marquês de Beccaria, Segundo Basileu Garcia, Vol I, Tomo I, pág. 120/121.

O Código Criminal possuiu trezentos e treze artigos – os quais voltaram a ter sua formatação atual, ao invés do títulos das Ordenações e seus itens – dispostos em quatro partes: **primeira** “*Dos Crimes e das Penas*” (Art. 1º ao 67); **segunda** “*Dos Crimes Públicos*” (Art. 68 ao 178); **terceira** “*Dos Crimes Particulares*” (Art. 179 ao 275) e por fim a **quarta** “*Dos Crimes Policiais*” (Art. 276 ao 307), existia um **adendo** chamado de “*Disposições Gerais*” (Art. 308 ao 313).

Em que pese a grande sistematização e o avanço em relação as Ordenações Filipinas não havia uma separação estanque em relação as matérias, encontrando-se alguns dispositivos marcadamente de parte geral inseridos no código em outras partes, mas sempre com o intuito de criar subsistemas. Exemplos destes fatos são a criação e discernimento e definição de crimes culposos no art. 153, de determinação de situação agravante no art. 275 e a consideração de prova ilícitas, tema marcadamente de “parte geral” o qual se encontra inserido no art. 218.

Por fim merece ser destacada alteração em relação aos crimes tentados tal como ocorre no crime de roubo em que o Código embora com falta de precisão técnica não discrimina se haveria na situação de emprego de violência uma consumação ou se estaria consagrando espécie de crime e atentado em que a punição do crime consumado é a mesma

do crime tentado.

Paralelo ao Código Criminal do Império, existiu o Código de Processo Criminal do Império que perdurou em São Paulo até 1941, ainda que tivesse sido dada a iniciativa legislativa em matéria Processual Penal aos estados, nesta época já como entes federados.

VI.-) Do princípio da Legalidade e seu diferenciado conceito;

Como frontispício o Código já apresenta o princípio da legalidade em sua formatação mais precisa e apurada consignando o art. 1º: “*Não haverá crime, ou delicto (palavras sinônimas) sem uma Lei anterior, que e qualifique*”. Princípio do qual decorrem as situações previstas no art. 310, a saber:

“Todas as ações ou omissões que sendo criminosas pelas leis anteriores, não são como taes consideradas no presente Código não sujeitaram a pena alguma, que já não esteja imposta por sentença, que tenha se tornado irrevogável o de que se conceda revista.”

Embora preveja espécie de anterioridade da lei penal com a reserva legal, não havia previsão da retroatividade da lei penal mais benéfica caso houvesse sido o crime declarado como transitado em julgado. Na realidade haveria a possibilidade enquanto ainda fosse passível a interposição de recursos tal como o de revista. A disposição do artigo 309 é bastante elucidativa a este respeito, como pode ser notado:

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

A consideração como pode ser observada ainda padecia de carência no seu aspecto da extra-atividade da lei penal mais benéfica seja na sua faceta da irretroatividade da Lei penal mais severa, como na ultratividade da lei penal mais benéfica, aspectos de marcada injustiça.

Antes de considerar propriamente a questão da legalidade sobre suas facetas devemos ter em mente que a legalidade no sentido de reserva legal já esteve expressamente consignada na obra daquele que é considerado como grande marco do período Humanitário do Direito Penal o Marquês de Beccaria, a saber:

“só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador, que representa a toda a sociedade unida pelo contrato social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, aplicar a pena a outro membro dessa mesma sociedade, superior aos limites fixados pelas leis.”

Porém, existe a complementação do art. 33 do Código Criminal do Império dando a tônica da legalidade com a consideração de Leis que venham a abrandar a situação do condenado devendo ser aplicadas imediatamente, pois *“nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas,”*

Do exposto, denota-se que o princípio ainda careceria para sua total aplicação e igual a que vêm modernamente sendo aplicada da ultratividade da lei penal mais benéfica ainda que ofendendo a coisa julgada.

Veja Ilustríssimo Leitor, coisa julgada embora seja sempre direcionada para a solução final de um conflito não pode ser erigida como barreira ao condenado que tem sua pena legalmente revista, retornando aqui o mandamento constitucional da própria Constituição de 1824, com inspiração m Bentham de que a lei legitima-se com utilidade pública, ou melhor a necessidade dita pelo citado autor.

Acredito que o próprio sistema legal da época alberga-se o sistema da legalidade em atual formatação sob seu aspecto Constitucional em que pese a existência de proibitivo expresso de retroatividade da lei penal.

A expressão da coisa julgada tem de ceder lugar a outros princípios informadores da questão para que haja harmonização do sistema penal que tem certamente uma marca de que ninguém tenha imposta pena além da necessária, ainda que haja este reconhecimento – legal – após a ocorrência do fato.

VII.-) Dos Crimes Dolosos e Culposos no Código Criminal;

Estabelece o art. 2º, § 1º o Código Criminal do império que o conceito de crime depende de *“toda acção ou omissão voluntária contrária as leis penais”*, decorrente da lição de Brás Florentino em que o conceito de crime *“compõe-se de dois elementos que antes de tudo devem fixar nossa atenção: - o elemento material que nos é indicado pelas palavras acção e omissão e o elemento moral indicado pelo adjetivo – voluntária – que a essas palavras foi ajuntado.”*

Ainda que este artigo contenha diversas disposições que levam para vários caminhos e diversas teorias tais como a presença de crime comissivo, de crime omissivo próprio e impróprio, da tentativa, que trataremos a breve trecho dentre diversas outras a questão central consiste na averiguação do dolo e na ausência *“primo icto oculis”* da definição e cogitação das modalidades culposas de crimes.

O ponto nevrálgico é justamente no dolo que é justamente complementado pela disposição cumulativa e conjunta do art. 3º do mesmo Códex em que se considera *“não haverá criminoso, ou delinquente, sem má-fé isto é sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar.”*, corroborando o aspecto do dolo e esquecendo-se da culpa. A teoria com o devido respeito a eventuais opiniões em contrário adotada pelo Código é a teoria do dolo chamada de Teoria da Vontade ao conjugar os elementos da previsão do resultado adicionada ao elemento da vontade de produção do resultado.

Afirmo isto de forma peremptória pela disposição literal do artigo 3º, bem como pelas doutrinas que existiam a época, tal como pode ser notado pelos autores como Tobias Barreto e Brás Florentino, *“in litteriam”*:

“A disposição do Art. 3º do Código que é uma característica do delinquente, define a má-fé ou dolus como o conhecimento do mal, e intenção de pratica-lo que são condições psychológicas do delinquente. O conhecimento do mal por si só nada importa apara a construção do conceito de crime e do criminoso. Esse conhecimento, que é bebido na consciência do direito, existe em todos os homens, que atingiram um certo grau de desenvolvimento intellectual. Que o mal é mal, que o crime é crime, conhecem-no aquelles mesmo que nunca se puzeram em conflito com a lei penaes. (...) A intenção é a vontade dirigida para um resultado da acção, esperado pelo agente; é só por meio della que a acção adquire sua completa significação juridica.”

Por sua vez, retomando o autor Brás Florentino adverte:

“Considerada como synonymo de actividade, a vontade nem sempre se manifesta de maneira por que acabamos de descreve-la; e aquelles que a consideram debaixo deste ponto de vista graos de desenvolvimento: o instincto e a espontaneidade. Deixando porém aos ppsychologos a discriminação d'esses diferentes modos por que lhes parece desenvolver-se a vontade, para por este meio explicarem todos os movimentos e todas as acções do homem, contentemo-nos com ter definido esta faculdade no seu sentido verdadeiro e próprio, por aquelle de que tambem partio o nosso legislador, e que ao criminalista cumpre conhecer.”

Precisamos frisar que os conceitos são aqueles que decorrem diretamente da teoria clássica do direito penal ao definir o crime como fato precipuamente jurídico, ao fazer do conceito de crime como fator decorrente da liberdade de ação do indivíduo e produto de sua vontade, fator facilmente perceptível quando trata o autor do aspecto moral, ligado ao conceito clássico de que o homem é moralmente responsável por seus atos.

Saliente-se que Carrara obtempera: *“dolo é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que sabe ser contrário a lei”*, adotando portanto a teoria da vontade. Há de se registrar, por oportuno, que a teoria adotada pelo Código na dicção de má-fé poderia causar certo embaraço com a oposição entre boa-fé e a má-fé, mas como salientado não seria a previsão do *“dolus bonus”* ou do *“dolus malus”* que está em apreço.

Muito pelo contrário não subtrai-se da ilicitude do fato a simples constatação do motivo do crime como seria o fato de roubar, furtar, desviar ou apropriar-se com a finalidade de realização de caridade de um ato altruístico, mas seria esta a expressão da vontade e da capacidade de decidir-se, logo da liberdade do indivíduo.

Sem sobra de dúvidas que a técnica do código é precisa de forma cirúrgica ao traçar como centro a liberdade do indivíduo e colocar ou agregar os demais conceitos de forma a este centro mas sempre tento este como motor.

Partindo deste centro de construção tornamos capaz de entender e de delinear todo o

sistema de proteção criado pelo Código tal como a questão atinente ao erro de fato e ao erro de direito e até mesmo de forma interessante a imputabilidade passaria a ser adotada como evento da liberdade do indivíduo e não como um juízo subjetivo – ligado ao agente – de ideal de reprovabilidade.

Apenas para não perder a linha de pensamento e de estruturação do presente trabalho gostaria de ressaltar que todos os autores que foram consultados afirmam que não havia previsão originária do Código em crimes culposos passando incólume até a Lei n.º 2.033 de 20 de setembro de 1870 quando passou a existir a previsão de crimes culposos.

Entretanto, ousou discordar desta afirmação porquanto encontramos sim resquícios de crimes culposos com uma definição que pode servir de base para a constatação de crime culposos tal como o crime de falta de “*exacção*” no cumprimento dos deveres, a teor do art. 153. É inegável a falta de delimitação na parte geral do código do conceito e culpa talvez pela inexistência naquele momento de máquinas que demandariam maior diligência na operação, tal como afirmado por Magalhães Noronha.

Por outro lado, causa estranheza o fato de existir a previsão de crimes culposos em épocas anteriores tal como nas próprias ordenações filipinas, mas o fato objetivo é a falta de previsão de uma culpa ou a delimitação de seu conceito.

Retornando ao conceito de crime que acima expusemos temos a consideração da teoria da vontade como fator central do presente código reafirmado também na previsão do fato fortuito e de força maior (art. 10, § 3º), no qual o produto do acaso, que resultaria na involuntariedade, ligada veja só ao conceito de dolo do elemento moral ao invés do elemento material do crime, propriamente o conceito de ação.

O brilhantismo deste diploma legal consiste na sua fidelidade ao extremo a teoria da liberdade de cognição e de pensamento do indivíduo ao ponto de elencar como dosimetria da pena as circunstâncias do conhecimento e meditação em relação ao crime, tal como a previsão de circunstância agravante com a “*premeditação, isto é, designio formado, antes da acção de offender invíduo certo ou incerto*”, (art. 16, § 8º) e ao revés “*não ter havido no delinquente*

pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar”, somado a *“ter o delinquente cometido o crime atterado de ameaças”*, e de *“ter sido provocado o delinquente”*, como condições atenuantes do art. 18.

Outro fator capaz de demonstrar a filiação às teorias da escola clássica do Direito Penal, seja na fase humanista, seja na fase da jurídica, são a consideração da embriaguez como circunstância atenuante com o requisito para que tenha – *o livre arbítrio* – e portanto a possibilidade de utilização; de que não fosse vezo embriagar-se; que não tivesse premeditado, e, ao final que a embriaguez não fosse meio para praticar o crime por desimpedimento.

Mais uma vez mostrando o livre arbítrio agora como determinante não somente da capacidade para responder pelo crime, mas ainda como medida para a dosimetria da pena que seria ainda pessoal, não passando da pessoa do condenado com supedâneo no art. 179 da Constituição Federal de 1824.

Por tais motivos denota-se a grande atração e influência exercida pelo diploma penal como se fosse um *“luninare”* para as demais legislações adventícias ao ponto de trazer autores do quilate de Mittmayer e Ross para o estudo de nossa língua em troca do código.

Outra teoria que pode ser considerada uma viga mestra deste Diploma e de qualquer outro é a qualidade a quantidade e fundamentalmente a finalidade das penas de modo a esclarecer a abordagem e o modelo de estado usado pelo Código em voga.

VIII.-) Das Penas e da Teoria Abraçada pelo Código Criminal do Império;

A análise e estudos das penas é medida salutar em todas as legislações como medida de constatação dos seus fins e fundamentos do direito de punir é capaz de fornecer o norte da legislação e que esta se destina.

As penas elencadas no Código Criminal são bastante variadas dentre a penalidade de morte, pena de prisão com ou sem trabalho, pena de degredo, pena de multa aplicada isolada ou cumulativamente, com variação de prazo até mesmo perpétua pena de galés, pena de perda de função pública e penas de perda de bens e valores.

As disposições das penas estavam no preceito secundário da norma incriminadora e em conjunção com o artigo que rege a dosimetria da pena acabava por estabelecer uma espécie de exclusivo critério de determinação legislativa da pena e deixava-se em determinadas hipóteses uma porta aberta para sua fixação judicial.

Ocorreria a possibilidade do juiz verificar qual seria a melhor penalidade aplicável no caso dos loucos e dos relativamente inimputáveis que seriam os menores de vinte e um anos e maiores de quatorze anos de idade, funcionando nestes casos a forma de determinação da pena como caráter misto tanto retributivo como correcionalista e de certo modo indeterminado por não ter prazo certo de duração.

A gradação ocorreria caso fossem constatadas as circunstâncias agravantes ou atenuantes e fixado o chamado grau médio, grau máximo e grau mínimo, mas predominantemente a pena possuía característica notadamente retributiva e portanto absoluta.

Inspiração destas teorias advém de Emanuel Kant para quem a doutrina seria a finalidade única da pena seria a de restabelecimento de ordem moral conturbada ou prejudicada pelo mal causado pelo crime. A resposta seria espécie de mal pago pelo malfeito com eiva de vingança, nociva ao aperfeiçoamento moral da sociedade e como mal infligido mas necessário. O erro desta teoria ou melhor somente nesta teoria está justamente em

acreditar que somente o caráter intimidatório do direito penal com a cominação seja capaz de oferecer resistência ao criminoso, ao invés, de corrigi-lo e buscar sua regeneração.

A pena seria conforme Basileu Garcia de onde extraio estes dois parágrafos, uma coação física contra o delinquente e uma coação psicológica pela sociedade no ambiente social em que está inserido determinado delinquente.

Curiosamente a Doutrina de Beccaria era justamente no sentido oposto apregoando pela pena com o caráter relativo em vez de buscar a anulação do mal causado pelo crime com o mal da pena. A inspiração do Código foi clássica, mas por opção de ruptura com o regime das Ordenações Filipinas talvez tenha causado um descompasso com as teorias primordiais.

As penalidades também possuíam apoio nas normas de extensão típica tal como a consideração do crime tentado em que haveria punição quando houvesse a manifestação de atos exteriores – tratando da falta de punibilidade do pensamento – e ainda da presença de atos executórios dando início a fase de execução do “*iter criminis*”.

Impende considerar a punição ou melhor a tipificação de diversos atos preparatórios tal como delito de conspiração e outros. O Concurso de Delitos foi resolvido com a teoria do cúmulo material aplicando-se, sempre a somatória das penas e desprezando-se as demais teorias da exasperação e do cúmulo forma quando o bem jurídico for atacado por uma única ação.

Outros critérios de extremo interesse consistem na previsão constitucional das cadeias limpas, seguras e arejadas, da possibilidade da conversão da pena quando forem mulheres e quando forem pessoas idosas para que fosse comutada a penalidade imposta, gerando um critério de grande valia.

Não podemos esquecer que era concedido ao imperador através do poder moderador a possibilidade de comutar e de trocar as penas, fato este citado pela doutrina como corriqueiro pelo Imperador Dom Pedro II ao presenciar a injusta aplicação da pena de morte passando sempre a comutar tal penalidade.

Neste particular é de suma importância notar que a pena de morte ainda na discussão acerca da sua utilidade fora proferido em pleno congresso nacional que seria esta somente medida de contenção em face aos escravos, vez que sua vida seria mais gravosa que a pena, importando na sua cominação em benesse. Assim, a penalidade imposta ao escravo não consistiria na imposição de uma mal, mas pelo contrário seria uma dádiva.

Aqui teremos a grande marca de penalidade como medida de contenção à escravidão com a imposição da penalidade capital como fator de domínio do senhor, salientando que valeria o princípio da estreita subordinação do escravo ao senhor. Convém esclarecer que embora houvesse a consagração do princípio da isonomia a escravidão não era tida por assunto do direito público mas de direito privado por ser eminentemente assunto atinente ao Direito de Propriedade que não trazia ao princípio da isonomia o condão de considerar pessoa como sujeito de direitos. Daí decorre o termo 'privilégio com "*privata legis*" ou lei privativa de determinada pessoa.

Por fim, não deve deixar de ser citado ao leitor que a pena de morte possuía no Império interessante e peculiar modo de execução ao determinar que a sentença fosse lida na rua enquanto fosse conduzido o condenado, acompanhado do Juiz sentenciante, e de outras autoridades, tendo por fim a verdadeira espetacularização da execução da pena.

Poderíamos questionar que a pena de morte seria reservada pela legislação em comento para situações excepcionais, mas não é menos verdade que a finalidade e a própria execução de forma marcadamente aberta afigura-se como incapaz de servir de contraestímulo à prática delitiva, situação que ainda hoje mostra-se presente em discursos apaixonados como medida de combate a criminalidade.

Devemos ter em mente que a certeza da punição e a justiça feita através de razoabilidade e proporcionalidade é o único meio apto a mostrar como freio a criminalidade, ao invés, de penas atroz e espetáculos mórbidos como fonte de prevenção geral.

A valia do estudo da legislação pretérita é justamente apontar novos caminhos para

que não sejamos reincidentes em erros passados e em ferramentas que já se mostraram inidôneas a finalidade pretendida.

IX.-) Da Tentativa no Código Criminal do Império.

O C Criminal do Império também contemplava a tentativa como norma de extensão típica para abarcar as situações em que houvesse a manifestação de atos exteriores e princípio de execução, consagrando desse modo a teoria subjetiva ou voluntarística ou monista.

Entretanto a açodada conclusão que chegamos acima sofre influência do fato de ser considerado ainda que em abstrato o desvalor da ação e o desvalor do resultado ao determinar o Art. 2º, parágrafo único que “*não será punida a tentativa ao crime que não esteja imposta a pena de dois meses ou de desterro para fóra da Comarca.*”, consagrando por sua vez a teoria objetiva, inclusive com a reafirmação do art. 34 em que ocorre a consideração de redução quando o próprio preceito secundário não dispuser em sentido diverso.

Também existem no próprio Código previsões concernentes a delitos de atentado ou de empreendimento no qual a punição da tentativa e do crime consumado recebem a mesma reprimenda de modo que o Legislador julgará o simples cometimento do fato causa por exclusivamente relevante independentemente do desvalor do resultado.

Denota-se, portanto, o acolhimento simultâneo de duas teorias no Código ora pela teoria subjetiva – a qual seria a mais centrada no princípio do Código que é o livre arbítrio como fator motriz – e por vezes a teoria objetiva ou dualística que, sem dúvida, é teoria das mais apuradas através da ponderação de bens e da exigência constitucional da necessidade já consagrada na Constituição de 1824.

Embora possa parecer desarrazoada a consideração da tentativa no presente estudo, faço esta inserção para demonstrar que o Legislador, quando necessário abandona sua linha principal para ceder espaço a outras teorias. Digo que não é por ser filiado a determinada corrente que a situação é levada até o campo da injustiça, de modo que adota conceitos diversos quando necessário.

X.-) Considerações Finais;

A conclusão que fazemos agora já pode ter sido percebida pelo leitor ao longo do trabalho pela apurada técnica e grande valia do sistema penal como fator de integração do sistema punitivo, fazendo as adequações quando necessário, mas sempre fiel ao seu ideal.

O Código se mostra como modelo de unidade, e de coesão, e tendo bastante abrangência, elementos estes que o tornam de grande valia e modelo de legislação e de estudo do Direito Penal. Por fim, não poderíamos deixar de mencionar a grande e apurada técnica dos comentaristas que infelizmente parecem ter sido perdidos no tempo como se estivessem fadados ao passado, quando, na realidade, seus ideais não podem restar esquecidas, sem a menor consideração pelo seu brilhante e relevante trabalho.

A sistematização e fidelidade não trará respostas a todos os problemas, mas certamente é a melhor forma de concretização do ideal de justiça e fundamentalmente de assegurar a segurança jurídica, imprescindível aspecto do Direito Penal. Neste aspecto é lapidar o Código Criminal do Império ao tratar com precisão técnica e com apurados conceitos dos institutos, ao delimitar situações e considerar como de relevo a construção de um sistema penal.

Por todos estes motivos, voltamos a introdução do presente estudo, para que possamos libertar nosso espírito com vistas a melhorar e adaptar nosso sistema penal, sem olvidar as medidas e saídas anteriores para não incorrer em erros.

XI.-) Referências Bibliográficas^{3***}.

- ALEXY, Robert. “in” Teoria dos Direitos Fundamentais, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição publicada pela Shurkamp (2006), editora Malheiros, 2008;
- BARROS, Suzana de Toledo. “*O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*”, ed. Brasília Jurídica, 1996;
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição Federativa do Brasil Anotada, 5ª edição, reformulada*, editora Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª edição, editora Almedina, 1992
- FERRAJOLI; Luigi. “*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*”, pág. 808.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 199. Título Original: “Die Normative Kraft des Verfassung”*.
- JAKOBS, Gunter; MELIÁ; Manuel Cancio. “*Direito Penal do Inimigo. Noções e Críticas*”, Organização e Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- MARQUES, José Frederico. “*Elementos de Direito Processual Penal*”, Vol. I, Editora Forense, São Paulo, 2ª edição, 1965;
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. “*Revista de Informação Legislativa de Brasília*” n.º 59, ano 1978, págs. 71/87.
- LOPES JR., Aury. “*Direito Processual Penal*”, 9ª edição, Editora Saraiva, 2012.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. “*O Estado de Emergência*”, São Paulo, Literárias, 1981
- SEVCENKO, Nicolau. “*A Revolta da Vacina: Mentis Insanas Em Corpora Rebeldes.. São Paulo: Brasiliense (1983)*
- SICA, Leonardo. “*Direito Penal de Emergência e Alternativas a Prisão*”, Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*, 2002, p. 77.
- SILVA, José Afonso da. “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, 9ª edição, 4ª tiragem, Editora Malheiros,
- TUCCI; Rogério Lauria. “*Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.*” 4ª edição revista e atualizada, editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

3 *** *Bibliografia apresentada sem considerar os sítios eletrônicos mencionados no decorrer da abordagem e sem considerar eventuais obras citadas de passagem por não ser temática central do assunto.*