

A história do direito penal brasileiro

Heron Renato Fernandes D'Oliveira

Resumo: O presente trabalho visa a discutir dentro do ramo doutrinário a formação do Sistema Normativo Penal Brasileiro demonstrando a sua evolução histórica. A pesquisa foi feita através do levantamento de dados históricos relacionados às normas penais brasileiras entre o período das Ordenações do Reino até a chegada do Código Penal Brasileiro de 1940, assim através deste levantamento científico, iremos destacar os principais princípios e institutos da norma pátria aplicada às ciências criminais dentro do ramo do Direito Penal.

Palavras-chave: Sistema Normativo Penal Brasileiro. Preceito primário e secundário. Bens e interesses jurídicos. Reserva legal.

Introdução

A origem do Sistema Penal Brasileiro veio aos moldes do Direito Português, sendo que a utilização da expressão Sistema Normativo veio a delimitar a ser um conjunto de normas que foram utilizadas no Brasil desde o seu descobrimento.

Ressaltamos que o Direito Português exerceu em sua amplitude uma enorme influência na formação aplicada à legislação penal brasileira, pelo motivo de sua grande importância influenciadora, pois somente no meado de 1830 veio a surgir o primeiro conjunto de normas penais sistematizadas e reduzidas em um único código.

As leis criminais no Brasil estão vinculadas a um Código Criminal e eram aplicadas com semelhança as leis vigentes em Portugal, e que estavam contidos nas Ordenações do Reino de Portugal.

Não podemos ressaltar que as Ordenações do Reino possuíam as suas características como códigos, mas tinham o seu reconhecimento como tal, estas ordenações eram conhecidas como uma coletânea de leis distribuídas em diversos livros, onde o conteúdo era direcionar sobre os vários ramos do Direito.

Diante da repetição das normas “leis”, já possuíam uma grande diferença nos tipos penais em abstrato, vinculados pelo preceito primário e secundário, alias o preceito primário vem a demonstrar as descrições relacionadas aos elementos específicos do crime, e quando tratamos do sistema secundário este se vincula em relação a pena e de como esta deverá ser cominada.

O principio da reserva legal já se encontrava presente no rol jurídico penal, pois não pode ser aplicada nenhuma conduta criminosa se não houver existência de uma previsão legal conforme reza positivado na norma jurídica brasileira, pois como dita que “não há crime sem lei anterior que o defina, e não há pena sem prévia cominação legal”.

A lei criminal relacionada ao Código Criminal do Império esta com a sua representatividade como a primeira lei penal sistematizada no Brasil, sendo que a sua estrutura esta delineada em nosso sistema penal até o código penal brasileiro vigente.

O Código Criminal do Império tinha como forma disciplinadora duas partes, sendo que uma era conhecida como forma geral e outra como forma especial.

Em referência a parte geral deste código, podemos ressaltar que as normas penais com status de normas penais não incriminadoras e com a classificação explicativa, declarativa ou permissiva, pois estas trouxeram em seu contexto um grande esclarecimento sobre a utilização das normas penais, seja através de uma questão negativa ou afirmativa diante ao modo interpretativo de determinado instituto criminal ou a aplicando em uma previsão de um princípio vinculado a lei penal.

Ao tratar de bens vinculados a proteção do Estado de acordo com o seu interesse jurídico, a lei pátria tratou a disciplinar estes bens em títulos e capítulos, contudo podemos destacar que o primeiro título desta lei tinha como esboço a tratar sobre os Crimes Contra o Estado, mas numa ótica daquelas atitudes que vinham a ofender o imperador, pois este se confundia com a pessoa jurídica do Império, sendo que logo após que veio a norma disciplinadora referente aos os crimes contra a pessoa física.

Podemos observar que durante a fase explicativa do surgimento da norma penal brasileira pelo Código Criminal de 1830, é notado que foi agregado a esta norma o princípio da reserva legal, o da anterioridade da lei penal, o da irretroatividade da lei, o da cominação das penas, o da individualização da pena, o da culpabilidade, o da fixação da qualidade e quantidade de penas.

Enquanto não teve o surgimento da proclamação da República no Brasil o Código Criminal do Império de 1830 teve a sua duração durante sessenta anos, sendo quando houve a proclamação, deveria acontecer uma mudança bastante radical na legislação penal brasileira, fato este que não veio tão rapidamente.

Em estudo diante da pesquisa podemos destacar que o Código Criminal da República, criado no ano de 1890, este não trouxe nenhuma modificação referente à tipificação dos crimes e nem sobre a previsão aplicada aos bens jurídicos tutelados, pois observando que a sua modalidade estrutural era a mesma aplicada ao Código Criminal de 1830.

A pena de morte que é previsto em nosso ordenamento jurídico, desde as Ordenações do Reino por ato influenciador do Direito Português, teve a sua persistência até o surgimento do Código Penal do Império, de 1830, todavia esta foi totalmente banida do ordenamento em 1859, pois a sua retirada da legislação não foi exercida por vontade do legislador, mas sim pelo instituto de força ao erro acrescido na condenação de Mota Coqueiro, condenado à pena de morte através de um erro do Judiciário, pois após a condenação que se descobriu o verdadeiro autor do fato delituoso.

Devido a este erro do Judiciário aplicado a condenação de Mota Coqueiro, e pela grande situação política delicada em que se passava o Império Brasileiro, a pena de morte foi abolida

devido a grande movimentação popular, fato este que o governo aboliu a pena de morte no intuito de conter qualquer movimento popular que viesse a surgir.

Não podemos destacar no rol jurídico penal a pena de morte como sanção penal, pois a sua proibição tornou-se um princípio constitucional, representada como uma filosofia de um sistema jurídico, fato este proibido em diversos países da Europa, bem como no Canadá e na América Latina, destacando-se a Argentina, Paraguai, Uruguai, Bolívia, bem como no Brasil, não devemos esquecer que por outro lado existem países que adotam o sistema da pena de morte como parte da sua cultura punitiva em especial, países do oriente.

Recentemente, no Tribunal Penal Internacional através do seu Comitê Preparatório a pena de morte foi discutida dentre uns dos termos mais polêmicos, onde alguns diligentes afirmaram que a pena de morte é um instituto para diversas soluções nacionais relacionadas a criminalidade, sendo que este fator fere gritantemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Analisando a discussão criada no Tribunal Penal Internacional em relação a pena de morte, os legisladores brasileiros analisaram e fizeram uma renovação grandiosa ao Código Penal brasileiro, pois somente após mais de quarenta anos, acrescentaram em primeiro plano a previsão da proteção a pessoa humana, onde passou a denominar Título I, da Parte Especial, chamados de Crimes Contra a Pessoa.

Conforme ilustrado Código Penal Brasileiro passou por diversas modificações legislativas, e diante deste fato passa a adotar diversos princípios, como o do instituto da substituição das penas, por penas restritivas de direitos, e colocou uma previsão expressa relacionada à progressão do regime de cumprimento de pena, fato este previsto no Código Penal em seus artigos 32 a 43, respectivamente.

Frente as limitações impostas pela lei penal brasileira, os princípios adotados passam a conferir outra característica visando os direitos e liberdades do indivíduo o que podemos denominar como garantismo penal.

O exato significado e alcance da lei, somente são discutidos de acordo com o entendimento de *Ronald Dworkin* que “a legislação deve ser entendida, até onde for possível, como a expressão de um sistema coerente de princípios”, pois é por intermédio do princípio que poderá ser obtido o exato significado e alcance da lei.

Conforme o entendimento de *Ronald Dworkin*, podemos resaltar que o processo de intervenção mínima do Direito Penal esta vinculada as relações sociais, assim podemos dar o destaque para a defesa do ilustre *Ferrajoli*, que afirma que o princípio citado teve a sua origem aos moldes da legislação Alemã no ano de 1969, sendo que este princípio estudado da intervenção mínima, visa que a sanção penal deverá ser necessária e mínima das possíveis.

Podemos concluir que os movimentos nascidos na Europa e as crises internas tiveram com fato influenciador nas importantes mudanças em relação à defesa dos Direitos Fundamentais em especial na área penal no código Penal brasileiro, sendo que este respeito trouxe

evoluções as penas cominadas e aos respectivos regimes de cumprimento de pena, adotando o sistema de progressão, no art. 59, do Código Penal Brasileiro de 1940.

História do direito penal brasileiro

Diante dos fatores aplicados aos estudos dentro das ciências criminais, podemos considerar que as leis e os costumes em que o Brasil hoje possui através da sua história jurídica e que estes foram trazidos pela sociedade portuguesa, juntamente com outros elementos da vida política e social pré-organizados.

A legislação portuguesa eram mais severas e extravagantes, isso olhando por uma ótica atual da realidade política, esta modalidade severa e extravagante exprimia o velho Direito das nações da Europa, e é nessa legislação que vem se apoiar a ordem jurídica nacional, diante da vida social, política e econômica, dentro da colônia, e nos centros de colonização, pois estes formaram como núcleos estáveis de vida civilizada, assim dando início à história da nossa cultura.

Diante da nova legislação penal as relações punitivas aplicadas pelas tribos selvagens nada influíram, nem naquele momento, nem depois, sobre a nova legislação, pois estas estavam situadas em um grau primário de civilidade, e sendo julgados pelos seus colonizadores que de forma brutal interrompem o seu curso natural de desenvolvimento autônomo relacionado aos seus usos e costumes, pois estes estavam mais desenvolvidos a um estilo de vida política muito mais avançada em relação ao dos silvícolas.

As ordenações portuguesas

Frente aos estudos destes grandes sistemas jurídicos podemos resaltar que estas leis do velho vieram de uma forma fragmentária e das abundantes leis gerais sem ordem nem sistematização, sendo que dentre as primeiras leis foram as Ordenações Afonsinas sob o mando do Rei D. João I, e iniciada pelo Mestre Jurista e corregedor da corte João Mendes, sendo que este acabou morrendo sem ao menos concluir o projeto, após diversos anos de estudos e complicações, vinculando a uma seleção e reforma direcionadas as leis que até então promulgadas, baseando aos costumes nacionais ou mesmo de Castela, sendo que fazendo consideração o Direito Romano e Canônico, o que resultou em uma fonte de maior importância para a nova legislação aplicada ao rol nacional.

Através deste esforço vinculado a elaboração jurídica diante as primeiras ordenações estas iriam durar cerca de 40 anos, sendo que a sua finalização iria terminar, portanto, sob o reinado de D. Afonso V, assim cabendo a esta a denominação de Ordenações Afonsinas, sendo que esta obra foi considerado o primeiro Código completo de legislação a surgir na Europa, contudo depois da Idade Média, assim o ilustre Cândido Mendes comentou que é um verdadeiro monumento, e um enorme acontecimento legislativo aplicado aos povos cristãos, esta legislação teve o seu vigor por uns 70 anos, sendo esta substituída por uma nova codificação de leis criado por D. Manuel, conhecido como Venturoso, devido que além dos seus títulos quis também agregar o de legislador, e por questão legislativa apregoo pela imprensa de uma forma geral principalmente em Portugal um Código mais perfeito.

Por fim, Felipe II, europeu, vinculado a Espanha, veio a reinar sobre Portugal, mas usando o nome de Felipe I, diante da sua investida de poder este acabou a ordenar uma nova estruturação dos velhos Códigos no intuito de emendar a confusão das leis e receber a estima dos portugueses, sendo que para o exercício deste papel, ficam incumbidos de organizar os desembargadores Paulo Afonso e Pedro Barbosa, mas com a ilustre colaboração de Damião de Aguiar e Jorge Cabedo.

Após esta grande revisão por outros juristas, acabou sendo decretada no ano de 1603 as Ordenações Filipinas sob o reinado de Felipe II, ficando restaurada a monarquia portuguesa, esta ficou revalidada pela lei no ano de 29 de janeiro de 1643, esta continuando em vigor por mais de dois séculos.

Frente aos escassos agrupamentos nas terras da colônia por gente portuguesa, foi observada a falta da autoridade pública para que viesse a ditar o Direito, e ainda o fizesse a respeitar, pois os poderes agregados a metrópole estavam longe demais para que pudessem fazer valer a sua vigilância.

Em pesquisa podemos ressaltar em conhecimento, que já se encontrava um regime jurídico nos centros coloniais disciplinando a relação política e administrativa, como aqueles que se criaram a partir de Martim Afonso de Souza, onde trouxeram as bases fundamentais de uma administração organizada e uma vida regular, fato este que o revestia com a autoridade de capitão-mor e governador das terras do Brasil e os poderes extraordinários concedidos pelas cartas-régias, sendo que estas funções davam aos habitantes da colônia uma total obediência.

Os alvarás, os regimentos e as cartas régias são regras particulares aplicadas aos poderes das autoridades regionais diante de certos fatos jurídicos, e a base do Direito eram as normas das Ordenações do Reino, ela existiu para trazer um desenvolvimento aplicado a legislação própria da colônia de forma determinada pela metrópole, e a sua elaboração era feita pelos órgãos públicos da região, esta forma de criação de leis são consideradas as fontes primatas do Direito Penal Brasileiro.

Ordenações Afonsinas

Ao estudo da parte histórica vinculada a descoberta do Brasil no ano de 1500 pelos portugueses pode ressaltar que o regime jurídico que tinha como base regimental eram as Ordenações Afonsinas, estas uma vez promulgadas no ano de 1446, sendo assim conhecido com o nosso primeiro ordenamento jurídico, todavia este não chegou a ser praticado, devido ao fato que no ano de 1514 veio a vigorar as Ordenações Manuelinas.

Ordenações Manuelinas

Dom Manuel no ano de 1514 editou as Ordenações, sendo que as penas em uma forma geral não eram pré-fixadas, pois elas eram aplicadas de cunho subjetivo pelo magistrado que as ditava de acordo com a condição social do acusado.

As Ordenações Manuelinas embora esteja vigorando ao tempo das capitânicas hereditárias, estas não constituíam uma fonte de Direito aplicável no Brasil, pois a forma arbitrária dos

donatários em pratica era que vinham impor os regramentos jurídicos, estas Ordenações ficaram em vigor até o ano de 1603, devido que foram revogadas pelas Ordenações Filipinas.

Ordenações Filipinas

O rei da Espanha e de Portugal durante a época da União Ibérica veio a editar as Ordenações filipinas, e que nada se diferenciava das revogadas Manuelinas e Afonsinas, sendo que com a Revolução de 1640 onde resultou o fim da denominação de Castela sobre Portugal, diante aos fatos as Ordenações filipinas tiveram a sua durabilidade por muito tempo, assim João IV de Bragança que substituiu Filipe IV da Espanha, argumentou que toda a legislação havia sido promulgada sob a verdadeira denominação de Castela.

Diante ao fato punitivo aplicado pelas Ordenações filipinas as penas eram envolvidas de crueldade e com severidade elevada, como podemos dar o exemplo da pena de morte que era exercida pela força como uma morte natural, morte por tortura sendo que esta sempre antecedia de um enorme sofrimento físico e psicológico, e ainda temos outra pena que é a morte para sempre quando o corpo do condenado ficava em suspenso exercendo a putrefação até que a confraria o recolhesse.

Podemos destacar que estes tipos de infração são contrários á forma racional, pois estes violam os espaços do direito, moral e religião.

Diante deste fato podemos afirmar através de estudos jurídicos que este ordenamento jurídico penal foi aquele que mais vigorou no Brasil, entre mais de dois séculos iniciando em 1603 e terminando no ano de 1830.

O Império

O Brasil conquista sua independência em relação a Portugal no dia 07 de setembro de 1822, sendo que devido a sua independência o Brasil não tinha como redigir da noite para o dia um novo ordenamento jurídico, sendo que através disso e por força de lei de 20 de outubro de 1823, foi decidido que seriam conservadas as Ordenações filipinas, para que em um momento oportuno viesse a surgir um código nacional.

D. Pedro I no dia 16 de dezembro de 1830 sancionou o Código Criminal do Brasil, sendo que esta sanção foi dada pela influência da Escola Clássica, pois esta fixava aos princípios do livre arbítrio e da moral, fato este afirmado que não existe criminoso sem a litigância de má fé, ou seja sem o conhecimento do mal e nem a intenção de não praticá-lo.

Diante desta sanção influenciada pela Escola Clássica, podemos destacar que as penas tinham um aspecto punitivo com mais rigor, como as de prisão simples, com trabalho forçados, desgredo, banimento, multa, suspensão de direitos, e a ultima com crueldade que era a força para os crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e roubo com morte.

Durante a governança de D. Pedro II frente a pena de morte, esta foi revogada tacitamente, pois para o Imperador o condenado tinha o seu direito de clemência e, assim passou a

distribuí-la aos condenados à morte, fato este relatado que o Imperador ficou impressionado diante ao erro do judiciário que levou a morte por força do fazendeiro Motta Coqueiro.

A República

No dia 15 de novembro de 1889 foi proclamada a República dos Estados Unidos do Brasil, sendo que no ano de 1888 foi decretada a abolição da escravatura, assim diante destes fatos importantes, podemos ressaltar que ocorrem grandes impactos legislação penal, ocasionando uma necessidade da criação de um novo Código.

Durante o Governo Provisório de Deodoro, e com o ilustre Ministro da Justiça Campos Sales, delegou ao mestre João Baptista a missão de elaborar um novo código em tempo recorde de três meses, assim após a prontidão de Código o mesmo teve a sua vigência através do Decreto n. 774 de 20.09.1890.

Podemos destacar que devido a este curto espaço de tempo na elaboração deste Código, ou seja, para apresentar as ideias da Escola clássica, pois esta estava em seu auge, fato este que acolheu vários adeptos dentro os renomados juristas, mas não deixando de criticar que este Código estava repleto de erros, e quando observaram os erros na legislação, veio aí as promulgações das diversas legislações extravagantes. Porém com a diversidade de normas criadas e pelo difícil manuseio, estas legislações necessitavam que fossem reunidas em um só documento, diante a este fato foi designado o Desembargador Vicente Piragibe para consolidar as leis, resultado este veio através do decreto n. 22.213 de 14.12.1932, sendo que após este fato este decreto foi revogado pelo atual Código Penal Brasileiro.

No ano de 1940 devido aos grandes números de leis criminais foi promulgado o novo Código Penal, onde a sua vigência ficou marcada para o dia 01 de janeiro de 1942, ressaltamos que este Código teve a sua origem através do projeto de Alcântara Machado, onde o trabalho revisor se deu por uma comissão composta com os ilustres mestres doutrinadores Nelson Hungria, Vieira Braga, Marcélio de Queiroz e Roberto Lyra, sendo que após o surgimento deste código, veio a anos depois no dia 21 de outubro de 1969 o Código Penal elaborado por Nelson Hungria, mas este foi revogado no dia 11 de outubro de 1978.

A parte geral que trata dos princípios básicos do direito penal foi totalmente reformada no ano de 1984, através da lei 7209 de 11 de junho, sendo que esta reformulação se deu com o acréscimo de novos conceitos, e a nova consolidação do sistema de cumprimento de penas, progressão de regime, regressão, penas alternativas, prestação de serviços à comunidade e restrição de direitos, e ainda a lei 7.210, com a mesma data de aniversário reformulou amplamente e positivamente a lei execução penal – LEP.

Conclusão

Podemos ressaltar que em um primeiro momento analisando a história da humanidade sob a ótica do Direito Penal, podemos ressaltar que este conseguiu alinhar um caminho evolutivo, ou seja, o Direito Penal deixa ao lado as questões piores e desumanas e as substituiu pela acumulação quantitativa de um processo de aprimoramento em sua esfera qualitativa.

Diante aos pequenos ramos aplicados as ciências sociais, podemos destacar uma enorme apresentação evolutiva, pois o Direito Penal apenas tem a sua vinculação em traçar o comportamento do homem no meio social, através dos seus costumes e assim freando a suas condutas reprováveis pela sociedade.

Destacamos que o Direito penal é uma condição histórica vinculada e moldada as condições do momento agregados a um acúmulo de experiências que visa a garantir ao sistema jurídico atual a preservação do direito a pessoa humana, e não deixando que as arbitrariedades do passado venham a tomar conta das situações do presente, ou seja, as condições materiais, em especial ênfase as econômicas, condicionam o modo de pensar e ver as coisas, e quando as primeiras mudam as últimas, por consequência, são obrigadas a acompanhá-las. Fazendo uma remissão às ideias marxistas de que a infraestrutura condiciona a superestrutura, o que ressaltamos é que o Direito Penal tem que ser condizente com a realidade da época em que se propõe a reger as atividades humanas.

O nosso atual Código Penal Brasileiro não é espelhando em nossa sociedade atual, pois, existe nele uma extrema necessidade de aprimoramentos, ou seja, exercer a descriminalização de uma série de crimes, o que hoje não mais são considerados como crimes pela sociedade, e ainda aplicar algumas criminalizações a outras condutas buscando atingir o satisfatório para o bem coletivo.

Em crítica ao sistema penal diante a aplicabilidade das penas, esta se torna bastante drástica, o que acaba marcando o condenado de forma indelével pelo resto de sua vida e não atinge os fins a que se destina, entendemos que a proposta de uma intervenção penal mínima parece ser a mais indicada para a atual situação em que o Brasil se delinea.

Ao estudo de outras áreas que estão intrinsecamente relacionadas com o Direito Penal, como a criminologia, a vitimologia, a política criminal, a antropologia, a sociologia, a psicologia, a penalologia e outras ciências, mostram-se necessário para uma melhor compreensão do objeto que é a Justiça Penal.

Referências

BECCARIA, César Bonesana, Marquês de - *Dos Delitos e das Penas* - trad. Flório De Angelis - Bauru: Edipro, 1993.

DOTTI, René Ariel - *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas* - São Paulo: RT, 1998.

DUARTE, Maércio Falcão - *Evolução Histórica do Direito Penal - In: Jus*

FERRI, Enrico - *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime* – tradução de Paolo Capitanio - 2 ed. – Campinas: Bookseller, 1999.

FOUCAULT, Michel - *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão* - trad. Ligia M. Ponde Vassalo - 2 ed. - Petrópolis: Vozes, 1983.

GARCIA, Basileu - *Instituições de Direito Penal* - vol. I - tomo I - 4 ed. – 37 tiragem - São Paulo: Max Limonad, 1975.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá - *A Intervenção Mínima para um Direito Penal Eficaz* - Revista Direito e Sociedade, Curitiba, v. 1, n. 1, pp. 165-193, set- dez 2000.

MARCHI, Carlos - *Fera de Macabu: A História e o Romance de um Condenado à Morte* - 2 ed. - Rio de Janeiro: Record, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini - *Manual de Direito Penal: Parte Geral* - vol. 1 - ed. - São Paulo: Atlas, 2011.

NORONHA, E. Magalhães - *Direito Penal* - vol. 1 - São Paulo: Saraiva, 1997.

PIERONI, Geraldo - *A pena do degredo nas Ordenações do Reino* - In: Jus

SILVA, José Geraldo da - *Direito Penal Brasileiro* - vol. I - São Paulo: de Direito, 1996.

TELES, Ney Moura - *Direito Penal* - vol. I - São Paulo: de Direito, 1996.