

# A Inconfidência Mineira inserida na evolução do direito penal

LUIZ HENRIQUE MANOEL DA COSTA

Não é tarefa difícil buscar desde logo um conceito para o direito penal, certo que os compêndios especializados inauguram suas lições pela definição da ciência objeto de estudo. Aníbal Bruno, para quem o direito penal se apresenta como o conjunto de normas jurídicas pelas quais se exerce a função do Estado de prevenir e reprimir os crimes, por meio de sanções cominadas aos seus autores, esclarece, ainda, que a finalidade do direito penal é a defesa da sociedade, pela proteção de bens fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc. Ao seu turno, com preciosa concisão, ensina Hans Welzel que o direito penal é aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança; no mesmo sentido Mezger, para quem o direito penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência. Ou, ainda, conforme Sebastián Soler, para quem o direito penal é a parte do direito composta pelo conjunto de normas dotadas de sanção retributiva. São portanto componentes essenciais ao direito penal os tipos penais e as sanções.

Vale todavia perguntar: por que modernamente o uso da expressão *direito penal* tem sobressaído ao direito criminal, sendo esta por óbvio mais compreensiva, alongando-se para abranger o crime e seus efeitos, um dos quais é a pena? Ora, parece óbvio que a nota sancionadora contida na pena criminal é o meio de ação específico do direito penal, importando em uma modificação substancial no estado da pessoa submetida ao seu gravame; assim, embora carecendo de melhor substrato terminológico, a

Luiz Henrique Manoel da Costa é Promotor de Justiça e Professor da Universidade Federal de Ouro Preto.

expressão direito penal, menos abrangente que direito criminal, ganha em aproximação ao entendimento popular que vincula intuitivamente ao mal cometido a retribuição contida na pena.

Nesse ponto, vale ressaltar não ser o bastante definir, conceituar e delimitar o âmbito de abrangência do direito penal, senão que para além da dogmática jurídica se abre enorme campo para a especulação filosófica, conquanto não basta ter certo a existência de um direito fundamentalmente repressivo e sancionador, senão que para legitimá-lo há que se perquirir quanto à sua justificativa e real finalidade. Assevera Aníbal Bruno que o direito penal é um sistema jurídico de dupla face, que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis, sob o critério regulador da justiça. Todavia, a proteção da sociedade em face do indivíduo, e deste em face do Estado, não é exclusividade do direito penal, mas de todo o direito, posto que a norma jurídica, em geral, nada mais é que a positivação de regras destinadas a adequada convivência social. Tal questionamento, antes de ser abandonado durante séculos de absolutismo, preocupou os filósofos gregos; assim, quanto à razão e fundamento do direito de punir e da finalidade da pena, Platão defendia a idéia de expiação e retribuição para a pena, alçando-a, ainda, à condição de instrumento de defesa social, de prevenção do crime, antecipando, com espantosa proficiência, as conclusões dos modernos penalistas, que buscam justificar a pena por meio de fundamentos de todo semelhantes, pois baseados na retribuição e prevenção.

A propósito, Assis Toledo leciona que a prevenção geral e especial são conceitos que se completam e que não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, verdadeira expiação, meio de neutralização da atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinqüente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres. Contra a teoria da retribuição levantou-se a autorizada opinião de Claus Roxin. Para o penalista alemão, na verdade, a teoria da retribuição pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar, pois, se o seu significado assenta na compensação da culpa humana, não se pode com isso pretender que o Estado tenha de retribuir com a pena a toda

culpa; não se compreende como se pode pagar um mal cometido acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. Ainda Roxin, buscando solucionar o dilema, invoca a natureza subsidiária do direito penal, afirmando que somente se podem punir as lesões de bens jurídicos se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se. Afastada a teoria da retribuição, restaria como nota justificadora da pena sua característica eminentemente preventiva, tanto que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva tanto geral e individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, mediante um processo que salvguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa.

Tais considerações e questionamentos são fruto de dilatado processo histórico-evolutivo, marcado por marchas e contra-marchas. Até chegar-se à compreensão que se tem hoje, ainda que imperfeita, da justificativa e finalidade do direito penal, o direito de punir, avocado pela autoridade do monarca ou soberano, confundia-se com preceitos morais e religiosos, encontrando sua justificativa na delegação divina, conquanto durante séculos jamais se questionou que o monarca recebia sua autoridade diretamente de Deus.

Mezger, citado por Aníbal Bruno, registra ser impossível compreender ramo algum do direito em sua situação atual sem conhecer seu desenvolvimento histórico. Conforme lembra o catedrático da Universidade do Recife, o direito penal, como qualquer direito, não é uma construção isolada no tempo. É produto histórico, derivado de longa evolução de instituições penais, e contém em si mesmo, em potencial, elementos de transformações futuras. Jean Cruet, no seu “A vida do direito e a inutilidade das leis”, no mesmo sentido afirmava haver somente um meio para reconhecer a lei e compreender a legalidade, qual seja, estudando as leis como fenômenos históricos e sociais, nos seus caracteres observáveis. Inegável portanto, para além de concepções metafísicas, que o direito, embora tendo por fonte primária de produção o Estado, é a consequência inexorável de transformações sociais no curso da história do homem; daí a advertência também de Cruet:

“Se o legislador toma o seu ponto de partida fora dos fatos, é um acidente feliz encontrar-se com eles, se entende seguir a lógica pura da sua razão, é milagre poder

compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais; e, se quer estar rigorosamente de acordo consigo mesmo, como não cessará de o estar com a realidade?”

É verdade, portanto, que a sociedade todos os dias influi de forma decisiva para a transformação das leis; todavia, o contrário não se confirma, qual seja: a lei, divorciada da realidade, jamais conseguirá reformar a sociedade. O direito positivo, inicialmente ditado por inspiração divina, fruto do poder absoluto, foi obrigado a se transformar para se adequar aos anseios da sociedade em mutação, por meio de movimentos de reforma social que culminaram nas variadas formas modernas de produção legislativa, diversas na forma, mas dominadas por um elemento comum: a vontade popular. A propósito da proteção emprestada pelo direito ao interesse comum, vale lembrar a lição de Von Liszt: não é a lei que determina o que seja um bem, mas apreciações humanas, éticas, estéticas e sociais. Apenas o direito reconhece os objetos desses julgamentos e, concedendo-lhes a sua proteção específica, forma com eles a sua hierarquia dos bens jurídicos. O direito positivo se transforma por exigência da própria sociedade que pretende regular, e, embora tais transformações não se façam somente mediante convulsões sociais, sendo muitas vezes produto de lenta e sedimentada evolução, inegável todavia que as revoluções têm o condão de modificar *per salto* toda a ordem jurídica precedente; é a lição mais uma vez do vetusto advogado de França:

“Se a agitação contra uma lei se produz sob a forma de manifestação coletiva, é ainda mais escorregadia a passagem do protesto verbal à desobediência efetiva. Violar a lei a sós é um delito; com mil, um motim; com cem mil, uma revolução, e a multidão, se é bastante numerosa, vai haurir na sua própria força um direito superior a toda a legalidade, porque julga trazer em si uma legalidade nova.”

É nesse ponto que se insere a inconfidência mineira, bem como os congêneres movimentos sociais que buscaram, ao seu tempo, modificar a ordem política e jurídica. Então, para situá-la na história do direito penal, convém caminhemos nesta direção.

Conforme lembrado por Magalhães Noronha, “a história do Direito Penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o

acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sobra sinistra nunca dele se afastou.”

Para nós, é com as leis e costumes de Portugal que se inicia a história jurídica brasileira. Na época do descobrimento, vigoravam as Ordenações Afonsinas, logo substituídas pelas Manuelinas, em 1512, revogadas em 1569 pelo Código de D. Sebastião; mas são as Ordenações Afonsinas, de fato, o nosso primeiro e mais duradouro código de leis, certo que, antes de sua edição, a terra *brasilis* ainda não reunia condições adequadas ao jugo draconiano das leis portuguesas de então. Conforme anotado por Aníbal Bruno,

“Felipe II, de Espanha, que passara a reinar sobre Portugal com o nome de Felipe I, ordenou, ‘para emendar a confusão das leis e obter a estima dos portugueses’, nova estruturação dos velhos Códigos, incumbindo de organizá-la os desembargadores do Paço Paulo Afonso e Pedro Barbosa, com a colaboração de Damião de Aguiar e Jorge Cabedo”.

Revistas, enfim, por outros juristas, são as Ordenações Filipinas decretadas em 1603, já sob o reinado de Felipe II, e, restaurada a monarquia portuguesa, revalidadas pela lei de 29 de janeiro de 1643, continuando em vigor por mais de dois séculos ainda.

Refletiam as Ordenações Filipinas o direito penal daqueles tempos. O fim era incutir temor pelo castigo. O ‘morra por ello’ se encontrava em cada passo. Aliás, a pena de morte comportava várias modalidades. Havia a morte simplesmente na forca (morte natural); a precedida de torturas (morte natural cruelmente); a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se, viesse ao solo, assim ficando até que a ossamenta fosse recolhida pela Confraria da Misericórdia, o que se dava uma vez por ano; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito em pó. Cominados também eram os açoites, com ou sem baraço, e das mãos, da língua, etc., queimadura com tenazes ardentes, capela de chifres na cabeça para os maridos tolerantes, polaina ou enxarvia vermelha na cabeça para os alcoviteiros, o confisco, a infância, a multa, etc..., assim conforme sintetiza Magalhães Noronha. Vale registrar que, para os Portugueses, o degredo se dava também para o Brasil. A pena não estava circunscrita à pessoa do condenado, não raro se estendendo a toda

sua descendência; não haviam limitações exatas ao direito de punir, ficando muitas vezes o castigo ao alvedrio de seus executores. Havia, outrossim, a delação premiada, a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena segundo a gravidade do caso e a qualidade da pessoa; a propósito, vale lembrar que sob o título “do que matou sua mulher pela achar em adultério”, a ordenação autorizava ao marido traído matar a esposa e seu comparsa, “salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade”. O procedimento inquisitório, que, diga-se, nem sempre era exigido para aplicação dos castigos, desenvolve-se sem a presença do acusado, sem que pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas, a rigor também sem agravo ou qualquer recurso. Os crimes eram comumente confundidos com o pecado e com a mera ofensa moral. Assim, começa o Livro V com a incriminação dos hereges e apóstatas, prosseguindo contra os blasfemadores, feiticeiros e benzedores de cães; o crime de lesa-majestade é equiparado à lepra:

“porque assi como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com elle conversam, polo que he apartado da communicação da gente; assi o erro da traição condena o que a commette, e empece a infama os que de sua linha descendem, postoque não tenha culpa.”

Por tal crime teve que pagar o inconfidente. Vale lembrar que ao Livro V das ordenações veio somar-se outro estatuto de não menor bestialidade, este aplicável com exclusividade dentro da demarcação das terras Diamantinas, antiga Comarca do Serro do Frio, donde provinham pedras preciosas para a real bolsinha de sua majestade portuguesa. O regimento Diamantino viria a ser alcinhado de *livro da capa verde*, tendo sido dado à execução por D. João VI, em 1771.

Não obstante a crueldade do estatuto Filipino, tal qualidade não lhe era exclusiva ou peculiar, sendo de resto o que de comum se encontrava nos Códigos do velho continente. Sob a égide sombria de tais estatutos, as execuções sempre se davam de forma pública, verdadeira ostentação dos suplícios, compreendida por Foucault também como um ritual político, fazendo parte mesmo das cerimônias pelas quais se manifesta o poder. Conforme o pensador Francês, a execução dos castigos corporais à luz do dia tinha por fim fazer, em primeiro lugar, do culpado o arauto de sua

própria condenação, encarregado, de algum modo, de proclamá-la e, dessa maneira, de atestar a verdade do que lhe foi reprovado:

“passeio pelas ruas, cartaz que lhe é pendurado nas costas, no peito ou na cabeça para lembrar a sentença; paradas em vários cruzamentos, leitura do documento de condenação, confissão pública à porta das igrejas...”

Ainda, continua o filósofo, com a ostentação dos suplícios, “buscava-se dublar a proclamação forçada da confissão pública com um reconhecimento espontâneo e público. Estabelecer o suplício como momento da verdade.” E também, “prender o suplício no próprio crime; estabelecer de um para o outro relações decifráveis.”, normalmente por meio da exposição do cadáver do condenado ou de suas partes arrancadas em locais públicos.

É sob o signo de tal ordenamento jurídico penal que se desenvolveria a conjuração mineira. Já antes, em 1719, quando a Intendência das Minas criou as Casas de Fundição, buscando evitar as burlas contra a arrecadação do quinto sobre o ouro extraído, iniciaram-se pequenos levantes de mineradores. Em 1720, o Governador da Capitania, Conde de Assumar, recebeu um documento dos donos das minas – liderados por Felipe dos Santos e Pascoal Guimarães – reivindicando o abandono do projeto de criação das Casas de Fundição. Prometendo estudar a situação para dissimular sua verdadeira intenção, o Governador mandou prender os chefes da revolta; preso, Pascoal Guimarães foi remetido de Vila Rica para Lisboa, tendo o Conde mandado queimar o seu arraial, desde esse dia chamado o Morro da Queimada. Quanto a Felipe dos Santos Freire, tido como chefe do movimento, sem forma de processo, por simples ordem verbal do Conde, foi atado às caudas de quatro cavalos bravios e arrastado e esquartejado vivo pelas ruas de Vila Rica, e os pedaços de seu corpo atados a postes na praça pública, para escarmento dos rebeldes, até que tempo os consumisse. Ao seu tempo também a conjuração mineira, como se sabe, é delatada, o movimento abortado, seus líderes presos e enviados para o Rio de Janeiro, e condenados ao final do processo. A Carta Régia de 15 de outubro de 1790 recomendava clemência aos Inconfidentes à exceção de Tiradentes, que recebeu castigo semelhante àquele imposto a Felipe dos Santos, conforme determinado na Sentença da Alçada, proferida no Rio de Janeiro a 18 de abril de 1792, donde se extrai o fatídico decreto:

“Portanto condemnam o réo Joaquim José da Silva Xavier, por alcunha Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da capitania de Minas, a que com baração e preção seja conduzido pela ruas públicas ao lugar da força, e n’ella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada à Vila Rica, aonde em o lugar mais público d’ella será pregada em um poste alto até que o tempo a consuma; o seu corpo será dividido em quatro quartos e pregados em postes pelo caminho de Minas, no sitio da Varginha e de Seboldas, aonde o réo teve suas infames praticas, e o mais nos sitios de maiores povoações, até que o tempo tambem os consuma. Declaram ao réo infame, e infames seus filhos e netos, tendo-os, e seus bens applicam para o fisco e camara real, e a casa em vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, e que nunca mais no chão se edifique, e sendo proprias, serão avaliadas e pagas ao seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memoria a infamia d’este abominável réo.”

A sedição de Vila Rica e a conjuração mineira todavia não foram movimentos isolados; desde meados do século XVII ao início do século XIX, notadamente no transcurso do século XVIII, chamado por Marcello Cerqueira de *a era das revoluções*, o mundo viria assistir a movimentos sociais fadados a modificar para sempre a face visível do poder. Conforme leciona Marcello Cerqueira citando Marx:

“As revoluções de 1648 e 1789 não eram revoluções inglesas e francesas, eram revoluções de estilo europeu. Não representavam a vitória de uma determinada classe da sociedade sobre o antigo sistema político, mas a proclamação de um sistema político para a nova sociedade européia. Era o triunfo da burguesia, mas o triunfo da burguesia correspondia então ao triunfo de um novo sistema social, à vitória da propriedade burguesa sobre a propriedade feudal, do sentimento nacional sobre o provincialismo, da concorrência sobre o corporativismo, da partilha sobre o direito de primogenitura, do domínio do proprietário de terra sobre o domínio de quem era proprietário por obra e graça da herança feudal, das luzes sobre a superstição, da família sobre os brasões, da indústria sobre o ócio épico, do direito

burguês sobre os privilégios medievais. A revolução de 1648 era o triunfo do século XVII sobre o XVI, a revolução de 1789 a vitória do século XVIII sobre o século XVII. Estas revoluções exprimiam com mais evidência as necessidades do mundo da época do que as necessidades dos países onde ocorriam a França e Inglaterra.”

Além desses movimentos, e especialmente, também a revolução americana viria a ter marcante influência sobre o ideário dos incondifentes mineiros, sendo conhecido o pedido formulado por José Joaquim da Maia a Thomas Jefferson, então embaixador em França, de colaboração norte-americana para o movimento insurrecional no Brasil. Entretanto, conforme lembrado por Marcello Cerqueira, o julgamento teatral e a celebração ritual da morte de Tiradentes de nenhum modo afastou os motivos que provocaram a revolta. As idéias liberais permaneceriam vivas no sentimento do povo brasileiro, dando ensejo a outros movimentos de não menor importância, a exemplo da Inconfidência Bahiana ou Conjuração dos Alfaiates de 1798, também denunciada e esmagada antes mesmo de começar, quando, afastada a elite branca que dela pretendia participar, foram condenados os pardos, mulatos e alguns brancos de origem modesta, uns enforcados e esquartejados e os demais presos ou degredados. De inspiração diversa, posto que urdida pela aristocracia rural, também a revolução pernambucana de 1817 viria a ser desmantelada, quando os revolucionários foram enforcados, tendo depois de mortos as mãos cortadas e decepadas as cabeças.

No século XVIII, deu-se significativo avanço no pensamento e doutrina jurídico-penais, quando surgiu o movimento que atualmente se conhece por escola clássica, tendo por destacados representantes figuras do iluminismo: César Beccaria, com seu *Dei delitti e delle pene* (1764), Filangieri, Carmignani, Romagnosi e Paulo Anselmo Feuerbach, tido como fundador da moderna ciência do direito penal na Alemanha, que admitiu o princípio da absoluta legalidade dos crimes e das penas, dando-lhes a expressão da fórmula latina que depois se popularizou – *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Daí que, sob o influxo renovador das revoluções e o amparo salutar das novas correntes de idéias sobre as questões penais, informadas por princípios liberais e humanitários, o século XVIII assistiu ao início de uma

nova era para a justiça penal, especialmente com o desaparecimento, nos textos legais, da imposição de suplícios e penas infamantes, a exemplo das instruções de Catarina II, da Rússia (1767); a extinção da tortura por Frederico o Grande, da Prússia; a reforma de José II, da Áustria, que aboliu a pena de morte (1787); a Ordenação de Luis XVI, na França (1780), e a Lei de Pedro Leopoldo da Toscana, de 1786, que estabeleceu a igualdade de todos perante a lei penal, a graduação das penas segundo a gravidade dos crimes, o fim do arbítrio judicial, da tortura e da pena de morte; ainda, conforme anotado por Aníbal Bruno, caberia à Revolução Francesa o passo decisivo para a instauração de uma nova ordem jurídico-penal, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que viria inspirar o Código Penal Napoleônico de 1810. No Brasil, a legislação penal, com alguma defasagem, também sofre profundas modificações. O Livro V das Ordenações permaneceu em vigor até a Constituição Imperial de 1824; antes todavia, por aviso de 11 de agosto de 1822, o príncipe D. Pedro recomendava se observassem as Bases da Constituição Política da Monarquia, baixadas com o Decreto de 10 de março de 1821, o que importava em abolir a tortura e certas penas graves, como o açoite, o confisco e demais penas cruéis e infamantes, da mesma forma que impedia que a pena passasse da pessoa do delinqüente. A Carta imperial de 1824, outorgada por D. Pedro após dissolução da Assembléia Constituinte por ele mesmo convocada, viria exigir a elaboração de um Código Criminal, “fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”, conforme consta literalmente do art. 179, inciso 18; o mesmo art. 179 estabeleceu a proibição de prisão sem culpa formada, a exigência de se dar ao preso, dentro de 24h após a prisão, nota de culpa assinada pelo juiz, devendo constar o motivo da prisão, os nomes do acusador e das testemunhas; determinou que, à exceção da prisão em flagrante e com ressalva das ordenações militares, a prisão não poderia ser executada senão por ordem escrita da autoridade; garantias processuais às quais vieram a se juntar regras de direito penal, como os princípios da anterioridade e irretroatividade da lei penal, a igualdade perante a lei, a abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis; estabeleceu, ainda, que nenhuma pena deveria passar da pessoa do delinqüente, vedando assim a confiscação de bens. A pena de morte,

todavia, somente foi abolida pela Constituição Republicana de 1891.

Em atenção à determinação da Carta Imperial para elaboração do Código Criminal, a Câmara dos Deputados passou a desincumbir-se da missão, com a discussão, a partir de 4 de maio de 1827, do projeto apresentado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, seguindo-se a este o projeto de José Clemente Pereira. Todavia, o projeto de Vasconcelos saiu vencedor e, após discutido e emendado, veio a aprovar-se a 23 de outubro de 1830 e a ser sancionado com Código Criminal do Império a 16 de dezembro do mesmo ano. Posteriormente, é votado e sancionado o Código de Processo Criminal, em 1832. Conforme assinala Magalhães de Noronha a propósito do Código Criminal do Império:

“O Código honrava a cultura jurídica nacional. De índole liberal, a que, aliás, não podia fugir, em face do liberalismo da Constituição de 1824, inspirava-se na doutrina utilitária de Benntham. Influenciavam-no igualmente o Código Francês de 1810 e o Napolitano de 1819.”

Não estava contudo isento de críticas; assim porque não definia a culpa, conferia tratamento desigual e ínyquo ao escravo, cominava as penas de galés e de morte, não separava a Igreja do Estado, contendo figuras delituosas a propósito de ofensas à religião estatal. Não obstante, tratava-se de considerável avanço para a época, sendo o primeiro Código independente na América Latina, exercendo influências na legislação de outros povos.

Todavia, conforme lembrado por Marcello Cerqueira,

“o período é turbulento e a classe dominante teme por sua sobrevivência, Cabanos no Pará, balaíos no Maranhão, sabinada na Bahia, farrapos no Sul, todos são denunciados como separatistas e fortemente reprimidos...”

Os donos do poder temem a relativa autonomia emprestada às Províncias pelo Ato adicional de 1834, que a elas conferia competência para legislar sobre a organização judiciária e policial; outrossim, o Código de Processo Criminal fazia competir às Câmaras Municipais a escolha dos juízes. As autoridades policiais eram eleitas e havia a garantia do *habeas corpus*. Ainda Marcello Cerqueira lembra que

“com a morte de D. Pedro, elimina-se o temor da restauração e seus partidários

vão aliar-se à direita liberal. O processo se inverte e o segundo período será do regresso conservador, com a interpretação do Ato Adicional, em 1840, e a reforma do Código de Processo, em 1841.”

A lei de 3 de dezembro de 1841, que atribuía às autoridades policiais a formação da culpa, seria revogada somente em 20 de dezembro de 1871, pela lei nº 2.033, que, além de definir crimes culposos e o estelionato, devolveu a instrução processual criminal às autoridades judiciárias. A abolição da escravatura em 13 de maio de 1888, seguida da proclamação da república, exigiram a elaboração de um novo código criminal; Campos Salles, Ministro da Justiça, incumbiu tal missão a João Batista Pereira. Apresentado o projeto, em pouco tempo foi ele convertido em Lei pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Ao primeiro Código Criminal da República não se pouparam críticas, que o tinham por inferior ao seu antecessor. Malogradas as tentativas de reforma e considerando os acréscimos que se lhe foram feitos por alterações e aditamentos, o desembargador Vicente Piragibe compilou e sistematizou em um só corpo de dispositivos as leis esparsas, assim denominando o texto final de Consolidação das Leis Penais, tornada oficial por decreto de 14 de dezembro de 1932. Após, sob a ordem política do “Estado Novo”, o Ministro Francisco Campos incumbiu ao Professor Alcântara Machado, da Faculdade de São Paulo, a apresentação de um novo projeto; a redação apresentada, submetida a comissão revisora constituída por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio Queiróz e Vieira Braga, culminou em projeto definitivo, ao final sancionado como Código Penal por decreto de 7 de dezembro de 1940, entrando em vigor a 1º de janeiro de 1942, cuja parte especial, embora seguramente alterada em diversos pontos, continua em vigor até hoje. São da mesma época o Código de Processo Penal, a Lei de Introdução do Código Penal e a Lei das Contravenções Penais, ainda em vigor, com alterações. A propósito do Código Penal de 1940, Francisco de Assis Toledo assevera tratar-se de um

“estatuto de caráter nitidamente repressivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da pena privativa de liberdade para o controle do fenômeno do crime”,

criticando ainda severamente a medida de segurança para o imputável, transformada na prática brasileira em verdadeira prisão perpétua. Em 1963, Nelson Hungria, por incumbência do

Governo Federal, viria a apresentar anteprojeto, objetivando nova reforma penal; submetido a debates no Instituto Latino-Americano de Criminologia e a estudos promovidos pela OAB e Faculdades de Direito, recebeu numerosas propostas de alteração, sendo então designada comissão revisora pelo Ministro Milton Campos, integrada pelo próprio Nelson Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso. A comissão incorporou ao texto numerosas sugestões, reelaborando-o quase integralmente; todavia, as conclusões não chegaram a ser divulgadas. Retomada a reforma pelo Ministro Luiz Antônio da Gama e Silva, submeteu o anteprojeto a revisão final por comissão integrada pelos professores Benjamim Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo d’Aquino. O texto do Projeto de Código Penal, convertido em lei pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21.10.69, deveria entrar em vigor no dia 1º de janeiro de 1970. Todavia, adiada por diversas vezes a vigência do novo estatuto, acabou o mesmo por ser revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de outubro de 1978, sob o argumento de que o Código Penal de 1940, reformado ao longo da vacância do Código de 1969, tornara-se mais atual que aquele. Aos 9 de maio de 1983, o então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, por exposição de motivos, encaminha ao Presidente da República anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal, que viria a se converter na Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984; da preparação da reforma participaram os professores Francisco de Assis Toledo, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti, Dínio Santis Garcia e Jair Leonardo Lopes. A mesma comissão se encarregou de elaborar anteprojeto para uma lei específica a propósito da execução penal e que viria a ser sancionada sob o nº 7.210, na mesma data.

A reforma penal de 1984, conforme informa o Professor Francisco de Assis Toledo, decorreu de uma exigência histórica: “Transformando-se a sociedade, mudam-se certas regras de comportamento”.

Baseado na concepção de que a pena justa era somente a pena necessária, “e, não mais, dentro de um retribucionismo kantiano superado, a pena-compensação do mal pelo mal, segundo o velho princípio do talião”, a nova parte geral introduziu um sistema de cumprimento progressivo da pena; diversificou-se outrossim o rol de penas, indo desde a multa e a simples restrição de direitos até a privação da liberdade em regime fechado, esta reservada apenas para os delitos

considerados mais graves. Entre as penas não-privativas de liberdade, acolheram-se as seguintes: multa, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana. Adotou-se, sem restrições, o princípio da culpabilidade, somente se admitindo a aplicação de pena com a verificação da culpabilidade do agente por fato doloso ou pelo menos por fato culposo, com o que aboliu-se a medida de segurança para o imputável, diversificou-se o tratamento dos partícipes no concurso de pessoas e admitiu-se a escusabilidade da falta de consciência da ilicitude. Com isso, conforme ainda informa o ilustre penalista,

“adotou-se um direito penal do fato-do-agente que não descarta o agente-do-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela condução de vida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência à segunda corrente, ou seja, àquela que traduz em um direito penal do fato”.

Não obstante, o recrudescimento dos índices de criminalidades, especialmente do crime atroz e violento ao lado do aparecimento de novas formas de delinqüência, tem importado em avanços e recuos na recente legislação penal brasileira. São exemplos dessa aparente contradição a edição da Lei nº 8.072/90, posteriormente alterada para acrescentar ao rol dos inquinados crimes hediondos o crime de homicídio qualificado. A referida lei viria a receber redobradas críticas. A propósito do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, que ensejou a elaboração da aludida lei, profligou com veemência o ilustre Professor Alberto Silva Franco:

“Assim, em nome do movimento da ‘Lei e da Ordem’, além de criar uma categoria nova de delitos (os crimes hediondos), equiparou-a a outras espécies criminosas (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), eliminou a garantia processual de alta valia (fiança), vedou causas extintivas de punibilidade expressivas (anistia e graça) e, afinal, atribuiu ao legislador ordinário a incumbência de formular tipos e cominar penas, numa luta contra o crime, sem descanso, mas fadada ao insucesso, por seu irracionalismo, passionalidade e unilateralidade”.

No mesmo passo da lei hedionda, seguiu o legislador ao editar a Lei n. 9.034, que dispõe

sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, duramente atacada por alçar o juiz à condição de investigador com evidente quebra dos princípios norteadores do modelo acusatório. Paralelamente, contudo, veio a lume a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, também por inspiração constitucional e que cuidou de instituir novo procedimento para a persecução dos chamados delitos de pequeno potencial ofensivo, assim considerados todas as contravenções e todos os crimes cuja pena máxima não exceda a um ano. Como principais inovações, a aludida lei disciplinou quatro medidas despenalizadoras, a saber: 1º nas infrações de menor potencial ofensivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade; 2º não havendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa); 3º as lesões corporais culposas ou leves passam a requerer representação; e 4º os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo. A propósito da aparente contradição entre os modelos instituídos, é o comentário de Ada Pellegrini Grinover *et alii*:

“O modelo político-criminal brasileiro, particularmente de 1990 para cá (é dizer, desde que foi editada a Lei dos Crimes Hediondos), caracteriza-se inequivocamente pela tendência ‘paleorepressiva’. Suas notas marcantes são: endurecimento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas e agravamento da execução penal. O colossal incremento da criminalidade, derivado sobretudo do modelo sócio-econômico injusto, vem gerando uma forte demanda de ‘políticas criminais duras’. E o Poder Público brasileiro vinha correspondendo a essa demanda: primeiro foi a lei dos crimes hediondos, depois a lei de combate ao crime organizado. Agora já se fala numa lei dos crimes de especial gravidade. Foi com extraordinária surpresa, dentro desse contexto de *hard control*, cuja eficácia, de resto, vem sendo largamente contestada, que recebemos a Lei 9.099/95, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Cuida-se de lei sumamente relevante, porque visa

testar um novo modelo (paradigma) de Justiça Criminal, fundado no consenso”.

Fato é que a ciência penal vem modernamente perdendo seu caráter dogmático-jurídico, para receber a contribuição de outras ciências como a filosofia, a sociologia e a criminologia, debruçando-se cada vez mais os penalistas e pensadores modernos sobre problemas fundamentais ao desenvolvimento das instituições penais, a exemplo da perda de sua legitimidade e da crucial questão da finalidade da pena e do direito de punir, levantando-se autorizadas vozes quanto à ingente necessidade de modificação e adequação do direito penal às constantes mutações sociais. Entre os precursores desse movimento de reformas podemos citar Eugênio Raul Zaffaroni, Louk Hulsman, Maurício Martinez Sanchez, Lolita Aniyar de Castro, Alessandro Barata, Antonio García-Pablos de Molina, Hassemer e entre nós Ricardo Antunes Andreucci, Luiz Flávio Gomes, Alberto Silva Franco, Miguel Reale Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, entre outros.

Convém retomemos o objeto de nossa inicial atenção, a inconfidência mineira inserida na evolução do direito penal. Na verdade, um estudo que tivesse por objeto apurar as eventuais repercussões da inconfidência mineira de forma a influir diretamente sobre modificações legislativas posteriores, especialmente em matéria penal, deveria descer detidamente sobre a investigação de tal fato histórico, não sendo possível limitar-se à uma leitura superficial como a presente. Todavia, não é absolutamente incorreto concluir que a conjuração mineira, assim como os demais movimentos sociais a ela contemporâneos, tiveram fundamental importância em definir um novo modelo de sociedade e, por conseguinte, um novo modelo político e jurídico. Não estamos muito distantes do século XVIII, e os problemas hoje vividos, feitas as devidas adaptações, em muito ainda se assemelham àqueles dos colonos brasileiros; ontem o Brasil colônia de Portugal, hoje nação submetida ao colonialismo econômico imposto pela hegemonia do Primeiro Mundo; ontem a exploração e apropriação de nossas riquezas minerais, hoje a remessa de nossas divisas para o pagamento de uma dívida externa e eterna; ontem o regime de escravatura, hoje a escravidão do salário mínimo, a exploração do trabalho infantil, a miséria do homem do campo e das periferias das grandes cidades; ontem a crueldade do direito criminal absolutista,

hoje a crueldade de um sistema policial truculento e sem controle, a hipocrisia de se viver sob um regime constitucional pleno de garantias, mas que na prática se converte em placebo, ante as constantes violações às liberdades públicas. Nesse universo, a imagem do Alferes adquire espantosa transcendência e, como um anjo vingador, vem anunciar que o tempo da inconfidência não terminou, que somos todos hoje chamados a construir um mundo justo e que, para tanto, cada um use a melhor arma que tiver.

## Bibliografia

- ALENCAR, Francisco et al. *História da sociedade brasileira*. [Rio de Janeiro]: Ao livro técnico, 1979.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.
- CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem & reforma*. Rio de Janeiro: Revan, 1993.
- CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a inulidade das leis*. Salvador: Liv. Progresso, 1956.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 8. ed. [Petrópolis]: Vozes, 1991.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juízados especiais criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MACHADO FILHO, Aires da Mata. *Arraial do Tijuco [São Paulo]*: Cidade Diamantina. Editora da Universidade de São Paulo, 1980.
- NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. [Lisboa]: Vega, 1993.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*: 10. ed. [Buenos Aires]: Tip. Ed. Argentina, 1992.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TORRES, Antônio. *As razões da inconfidência*. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1957.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal aleman*. 11. ed. [Santiago de Chile]: Ed. Jurídica de Chile, 1993.
- Obras de referência:
- BRASIL. Constituição. *Constituições do Brasil*: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. 2 v.
- PORTUGAL. Ordenações Filipinas. *Ordenações e leis do Reino de Portugal*. 20. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1851. v. 3.