

8
(FRENTE E VERSO)

Copyright
Revista Forense

Sumário 2.

REVISTA FORENSE, v. 1 - 1993
Publicação trimestral
Volume 350 - 2000 (abril/março junho)

Rio de Janeiro: Forense - 2000

1. Direito - Brasil - Periódicos

FORENSE(R)

CDD - 34(81)05

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei nº 9.610, de 19.02.98)

Reservados os direitos de edição e distribuição pela
REVISTA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299 - 1º, 2º e 7º andares - 20020-000 - Rio de Janeiro-RJ
Rua Senador Fênix, 137 - Centro - 01006-001 - São Paulo-SP
Rua Guaparas, 1.934 - Barro Preto - 30189-101 - Belo Horizonte-MG
E-mail: revista@rio.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Volume 320

AB.

Texto obrigatório (3)

ISSN 0102-

REVISTA FORENSE

FUNDADA EM 1964
PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES

Mendes Pimentel
Estêvão Pinto

DIRETORES

Bilac Pinto †
José Francisco Rezek
Caio Mário da Silva Pereira
J. de Magalhães Pinto †
José Monteiro de Castro †
José de Almeida Paiva †

REDATOR-CHEFE

José Carlos Barbosa Moreira

INDEXADA

Text

sem 1

A Inconfidência Mineira inserida na evolução do direito penal

LUIZ HENRIQUE MANOEL DA COSTA
Promotor de Justiça, Professor da Universidade
Federal de Ouro Preto

Tendo recebido o honroso convite para participar desta "Semana do Direito Inconfidente", logo se me apresentaram duas preocupações: a primeira, posto se tratar de um evento congregando historiadores, professores e doutores que de longa data se dedicam ao estudo da Inconfidência Mineira, logrando a composição de trabalhos importantíssimos que por si mesmos recomendam a inteligência de seus autores, exigindo assim de nossa parte um esforço redobrado por não desmerecer a competência intelectual revelada neste significativo encontro; outrossim, certo que meu conhecimento da história brasileira se limita à superficialidade dos fatos, faltando-me a especialidade própria aos demais congressistas, desde logo busquei inserir o tema central deste evento na disciplina que mais se aproxima de minha experiência profissional e acadêmica, daí o tema que escolhi para tecer breves comentários nesta data: a Inconfidência Mineira inserida na evolução do direito penal.

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.

Amílcar 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 Sebastian 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 sobre 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

* Palestra proferida aos 18/5/97, em Ouro Preto, quando do encerramento da Semana do Direito Inconfidente, evento integrante da programação cultural do III Encontro das Américas.

pena criminal é o meio de ação específica do direito penal, importando em uma modificação substancial no estado da pessoa submetida ao seu gravame; assim, embora carecendo de um melhor substrato terminológico a expressão direito penal, menos abrangente que direito criminal, ganha em aproximação ao entendimento popular que vinha intuitivamente ao mal comendo 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 destes ao Estado, não é exclusividade do direito penal, mas de todo o direito, posto que a norma jurídica em geral, nada mais é que a observação de regras destinadas a adequar a convivência social. Tal questionamento, mais de ser abandonado durante séculos de isolacionismo, preocupou os filósofos gregos, sim, quanto à razão e fundamento do direito de punir e da finalidade da pena. Platão defendia a ideia de expiação e retribuição à pena, alegando-a, ainda, à condição de instrumento de defesa social, de prevenção de crime, antecipando com espantosa proficiência as conclusões dos modernos penalistas, que buscam justificar a pena através fundamentos de todo semelhante, pois se alia à retribuição e prevenção.

A propósito, Assis Toledo leciona que prevenção geral e especial são conceitos e se completam e que não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, verdadeira expiação, meio de neutralização da ilicitude criminosa potencial em, ainda, em, para recuperação, se possível, do delin-

quente, 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 de 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 como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvaguarde 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 contramarchas, 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, enquanto 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 de 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 Cuiet, no seu *A vida do direito e a mutabilidade 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 Cuiet: "Se o legislador toma o seu ponto de partida fora dos fatos, é um acidente fez encontrar-se com eles, se entende seguir a lógica pura da sua razão é malagre 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, divorçada 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, através 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 através de convulsões sociais, sendo muitas vezes produto de lenta e sedimentada evolução, megavel, todavia, que as revoluções têm o condão de modificar *per saltu* 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,

va, e 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 neste 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 caminhar 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 sombra 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 Cabelo. Revisitas, enfim, por outros juristas, são as Ordenações Filipinas decretadas em 1603, já sob o reinado de Felipe II, e restauradas 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 morto por culpa* 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 na-

insuficiente a morte para sempre, em alívio do condenado havia sempre a esperança, viesse ao solo, assim ilusório que a ossamenta fosse recolhida para a Misericórdia, o que se fazia por amor, a morte pela foga, até o certo em pó. Condenados também a morte, com ou sem barbaço e por respeito para as grãos ou para a África e lugares, mutilação das mãos, da língua, queimadura com tenazes ardentes, se enfurece na cabeça para os machados, polvina ou enxarvia vermelha na puna os alívios ferros, o confisco, a aná, multa, etc. Assim conforme a Magalhães Noronha. Vale registrar que os portugueses o degredo se dava na puna o Brasil. A pena não estava certa a pessoa do condenado, não entendendo a toda sua descendência, nem limitações exatas no direito de punir muitas vezes o castigo na vida, se os executores. Há, outrossim, a demonstrar a desigualdade de classes no crime, devendo o juiz aplicar a pena de gravidade do caso e a qualidade do crime, vale lembrar que só do que matou sua mulher podia ser aboletado, a ordenação autorizava a não tendo matar a esposa e seu companheiro se o marido foi pelo, e o aboletado, ou mesmo desembragado, um por maior qualidade. O preceito repetitivo que, diga-se, nem sempre era para aplicação dos castigos, de sorte sem a presença do acusado, se pudesse conhecer a acusação, as penas de depoimentos, as provas, a natureza sem agravos ou qualque, e os crimes eram comumente contendo dos preceito e com a menção não faz a, continua o Livro V, com a menção dos hereses e apostasias, pois seguem os blasfemadores, feticheiros, maldizantes de cães, o crime de lese-majestade e equiparado à lepra. Portanto esta enfermidade entre todos os crimes nunca mais se poder curar, e assim aos descendentes de quem a tem que com elle conviveram, pelo que he de continuação da gente, assim a castiga condena o que a cometeu, e os filhos os que de sua linha des-

ceram, porque não tinham culpa. Por tal crime teve que pagar o inconfidante. Vale lembrar que no Livro V, das Ordinações, veio somar-se outro estatuto de não menor lesabilidade, este apanhevel com exclusividade dentro do demarcado das terras Paulistas, indica o Conde do Sertão do Rio, o Conde provinha pelas províncias para a real bolsa de sua Misericórdia Portuguesa. O Regimento Paulistano viria a ser abolido de livro da capa verde, tendo sido dada a execução por D. João VI, em 1771.

Não obstante a credulidade do Estado Filipino, tal qualidade não lhe era exclusiva ou peculiar, sendo de resto o que de comum se encontrava nos Condições do velho continente. Sob a égide sombria de tais estatutos, as execuções sempre se davam de forma pública, verdadeira ostentação dos suplicios, 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 amante de sua própria condenação, encaregado, de algum modo, de proclamar a desobediência de atacar a verdade da que lhe foi repellido. Passado pelas ruas, carra que lhe é prestando nas costas, no peito ou na cabeça para lembrar a sentença, paralisando em vários cruzamentos, letícia do documento de condenação, confissão pública a partir das gritos. Ainda, continua o filósofo, sob a ostentação dos suplicios, "buscava-se abalar a preeminência jurídica da confissão pública com um recordamento espontâneo e público, insinuar o suplicio como momento da verdade". E também, "quando o suplicio no próprio crime, estabelecia de uma para o outro relações de causalidade, imediatamente através 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 desenvolveu a configuração humana. Há, em 1719, quando a Intendência das Minas criou as Casas de Fundação, buscando extirpar as más condutas a interdição do quanto sobre o outro estado, há, em, ante-se, frequentes levantes de insurreições. Em 1720, o Governador da Capitania, Cândido de Assumpção, recebeu um

documento dos donos das minas, liberados por Felipe dos Santos e Pascoal Guimarães por terem sido o abandono do projeto de criação das Casas de Fundação. Prometendo extirpar a corrupção para estimular sua verdadeira mineração, o Governador mandou prender os chefes da revolta, preso Pascoal Guimarães foi remeido de Vila Rica para seu atual, desde esse dia chamado o Morro da Queimada. Quanto a Felipe dos Santos Freire, tudo como chefe do movimento, sem forma de processo, por simples ordem verbal do Conde, foi arado às caudas de quatro cavaleiros brancos e arrastado e esparafalhado pelos ruas de Vila Rica e os pedregos do seu corpo atados a postes na praça pública, para encunento dos rebeldes, até que o tempo os consumisse. Ao seu tempo também a Conjuração Mineira, como se sabe, é detida, o movimento abortido, seus líderes presos e enviados para o Rio de Janeiro, e condenados ao final do processo. A Carta Régua de 13 de outubro de 1790 recomendava a eliminação dos inconfidentes, a execução de Tiradentes, que recebeu castigo semelhante aquele imposto a Felipe dos Santos, conforme determinado na Sentença da Abala, proferida no Rio de Janeiro a 18 de abril de 1792, donde se extra o fatídico decreto. Portanto condenamos o réo Joaquim José da Silva Xavier, por alcançar Tiradentes, afetos que foi da topa paga da capitania de Minas, a que com barbaço e prego seja condenado pela ruas públicas ao lugar da foga, e a ella morte morte natural para sempre, e que depois de morte lhe seja extirpada a cabeça e levada à Vila Rica, onde em um lugar mais público e 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 sítio da Virgínia e de Sobral, nome o rei teve sua infantes praticas, e o mais nos sítios de maiores povoações, até que o tempo também os consuma. Declaramos ao réo infame, e infames seus filhos e netos, tendo os, e seus bens aplicados para o fisco e cultura real, e a casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e selada, e que nunca mais no chão se edificasse, e sendo proprias suas avulsas e pagas ao seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se le-

vantaria um pedestal para que se conservasse em memória a infamia d'este abominável réo.

A soldado 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 Corqueira de a era das revoluções, o mundo viria assistir a movimentos sociais, fadados a mobilizar para sempre a face visível do poder. Conforme Jerônimo Marcello Corqueira, 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 de sociedade sobre o antigo sistema político, mas a proclamação de um sistema político para a nova sociedade europeia. Era o triunfo da burguesia, mas o triunfo da burguesia correspondia, contudo, ao triunfo de um novo sistema social, à vitória da propriedade burguesa sobre a propriedade feudal, do sentimento nacional sobre o puro localismo, da concorrência sobre o corporativismo, da partilha sobre o direito de primogenitura, da diminuição da propriedade de terra sobre o domínio de quem era proprietário por obra e graça da herança feudal, das lutas sobre a suprema da família sobre os hereses, da indústria sobre o comércio, da ditadura burguesa sobre os privilégios da nobreza. 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. Tais revoluções exprimiam com mais evidência as necessidades do mundo da época do que as necessidades dos países onde ocorriam a França e a Inglaterra". Além desses movimentos e especificamente, também a revolução americana viria a ter marcante influência sobre o futuro dos inconfidentes mineiros, sendo conhecido o pedida denunciado por José Joaquim da Silva e Theotônio Lessa, então embarcado em França, de colaboração norte-americana para ao movimento insurrecional no Brasil. Entretanto, novamente lembrado por Marcello Corqueira, o julgamento real e a celebração real da morte de Tiradentes de maneira inovadora, os seus hereses, e assim, assim a revolução. Ao olhar libertado prisioneiros viriam, assim, ao sentimento do povo brasileiro, dando em

seio patet: movimento de não movimento, afirmação e exemplo da inefetividade. Há, também, sempre, um Alinhado de Jans, um de contrair, quando afastado, e este brinca que dela pretenda possuir, porém condenado os poderes, iniciados e afiançados de origem mística, uns enforcados e espartilhados e os outros presos ou detidos. De inspiração diversa, posto que na Revolução Pernambucana de 1817 viria a ser desmanchada, quando os revolucionários se tornam enforcados sendo depois de mortos os outros curados e decapitados os cabeças.

No século XVIII se deu significativo avanço no pensamento e doutrina luterocapital, quando surgiu o movimento que atualmente se conhece por escola clássica, tendo por destacados representantes figuras do luteranismo: Cesar Brexevitz, com seu *Die Lehre v. d. d. p. n. r.* (1764), Johann C. Cammerh. Meingarten e Paulo Anselmo Feuerbach, tendo como fundador da modernização do direito penal na Alemanha, que adotaram o princípio da absoluta legalidade das crimes e das penas, dando-lhes a expressão de *delictum* latina que depois se popularizou em *delictum* alemão que hoje *delitto* por o

Daí que, sob o influo renovador das revoluções e o impeto sntico das novas correntes de idias sobre as questes penais, afirmadas por principais liberais e humanistas, o sculo XVII assistiu ao prencpio de uma nova era para a justia penal, especialmente com o desaparecimento, nos textos legais, da impignao de saphros e penas inumanas, a exemplo das instigaes de Catarina II, da Rússia (1767), a extinguo da tortura por Frederico, da Prssia, a abolio da execuo de Jos II, da Austria, que abolia a pena de morte (1787), a ordenao de Carlos XVI, na Franaa (1780), e a do Pedro I e o espelho da Toscana, de 1786, que estabelecia a igualdade de todos perante a lei penal e a graduao das penas segundo a gravidade dos crimes, e fim de arbitrio judicial, da turtura e da pena de morte, ainda existente apontado por Antnio Bruno, caberia a Revoluo Francesa o passo decisivo para a substituio de uma nova ordem penal e

comparado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que veio inspirar o Código Penal Napoleônico de 1810. No Brasil, o processo de modernização da legislação penal, com algum deslaminagem também sobre profundas influências. O Livro V das Ordenações peninares em vigor até a Constituição imperial de 1824, antes revogado por Aviso de 22 de agosto de 1822, o Príncipe D. Pedro recomendava-se observarem as Bases da Constituição Política da Monarquia, bem como o Decreto de 10 de março de 1821 o qual imperativa em abster a forma e estrutura penas gravíssimas a morte e capital, e demais penas cruéis e infamantes, da mesma forma que impedia que a pena passasse da pessoa do delinqüente. A Carta Imperial de 1824, sobscrita por D. Pedro após dissolução da Assembleia Constituinte, estabeleceu convocada, assim exigiu elaboração de um Código Criminal "fundado nos sólidos bases da justiça e equidade", conforme consta literalmente do art. 179, in fine § 1º, inserindo art. 179 estabeleceu a proibição de prisão sem culpa formal, a obrigação de se dar ao preso dentro de 24 horas após a prisão no-a culpa assumida pelo juiz, devendo constar o motivo da prisão no termo do auto e dos resumos, determinando que a exceção da prisão flagrante e com ressalva da ordem dos juizes, a prisão não poderia ser executada quando não existia um auto de prisão, garantindo processar os quais vítimas a serem punidas de direito penal, como os crimes contra a autoridade e integridade da lei penal, a igualdade perante a lei, a religião dos aquies, tortura, marca de ferro quente e todos as mais penas cruéis, estabelecendo, que nenhuma pena deveria recair da pessoa do delinqüente, vedando-se a confissão e a delação. A pena de morte somente foi abolida pela Constituição Republicana de 1891.

Em obsequio a uma homenagem do Excmo. Imperial Para-almoxarado do Colégio Imperial, a 4.ª turma dos Legistas presençou a abertura solenne da mostra, com a leitura da carta de abertura de 1872, ao projecto que se achava então em discussão, e a apresentação por Fernando Pereira de Assis dos seus apontamentos a esse o projecto de base do presente Pereira, Indalva, o projecto de

Aos senhores seus veneráveis e posíveis descendentes e remotação, veio a aprovar-se a 2 de outubro de 1890 e ser sancionado como Código Criminal do Império a 16 de dezembro do mesmo ano. Posteriormente, e levado em consideração o Código de Processo Criminal, em 1892, "Conferência Assembla Magnífica São Paulo", a proposta do Código Criminal do Império "O Código honra a cultura jurídica nacional. De índole liberal, a que alia não podia faltar, em face do liberalismo da Constituição de 1891, inspirava-se na doutrina elaborada de Berlim. Indeterminamto igualmente o Código francês de 1810 e o napoleônico de 1819". Não estava, contudo, isento de críticas, assim porque não definia a culpa, conferia tratamento desigual e inique ao estupro, continuava penalizar de jure e de morte, não separava a legítima defesa, continha figuras delictivas e propósitos de ofensas a religião estatal.

Não obstante, tratava-se de consistente avanço para a época, sendo o 1º Código independente na América Latina, exercendo influências na legislação de outros povos.

colônia, conforme lembrado por Marcello C. Esguerra, "o período de turbulência e a classe dominante teme por sua sobrevivência e afugena os Páras, índios e o Alanaíno, submetida na Bahia, farrapos no Sul, todos são denunciados como separatistas e fortemente reprimidos". Os donos do poder temem a relativa autonomia empresarial das Províncias pelo Ato adicional de 1834, que a elas confere competência para legislar sobre a organização judiciária e policial, outrossim, o Código de Processo Criminal faz com que as câmaras municipais a esse colégio dos juizes. As autoridades policiais eram céticas e havia a garantia do *habeas corpus*. Ainda Marcello Esguerra lembra que, "com a morte de D. Pedro, eliminou-se o tema da restauração e seus partidários não aderiu a direita liberal. O processo se manteve e o segundo período seria do regresso conservador, com a interpretação de Ayo Adelman, em 1840, e a reforma do Código de Processo, em 1841". A Lei de 3 de dezembro de 1841, que atribua as autoridades policiais a formação da culpa, seria revogada somente em 20 de dezembro de 1871, feita a Lei nº 2.023, que, além de definir crimes, culpados e o condonatório, devolveu a

instância processual criminal de autoridades judiciais. A Abolição das Executivas em 13 de maio de 1898, seguida do Proclamando da República, exigiram a elaboração de um novo código criminal. Campos Salles, Ministro da Justiça, incumbiu tal missão a João Batista Pereira, apresentando 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 poupavam críticas, que o tornaram por inferior ao seu antecessor. Abordadas as tentativas de reforma e considerando os incômodos que se lhe tornaram pelos por alterações e aditamentos, o desenhado por Vicente Pringle comprou e sistematizou em um só corpo de disposições as leis esparsas, assim denominando o texto final de Consolidação das Leis Penais, promulgada pelo Decreto de 14 de dezembro de 1932. Após, sob a ordem política do "Estado Novo", o Ministro Francisco C. Antunes incumbiu ao Prof. Alcides 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, Nereu de Oliveira e Vieira Figueira, culminou em projeto definitivo, ao final sancionado como Código Penal por Decreto de 7 de dezembro de 1960, entrando em vigor a 1.ª 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 proposta do Código Penal de 1941, Francisco de Assis Toledo, assevera tratar-se de um "estatuto de caráter inteiramente repressivo, constituindo sobre a criação da inexistência e suficiência da pena privativa de liberdade para o controle do comportamento criminoso, criando ainda severamente a medida de segurança para o imputável, transformada na sanção basilar em verdadeira prisão perpetua. Em 1963, Nelson Hungria, por incumbência do governo Federal, criou a representação análoga, objetivando nova reforma penal, sublinhando a diferença no Instituto Latino-Americano de Criminologia e a estudos promovidos pela FAJ e Faculdades de Direito, recebeu im-

nasas propostas de alteração, sendo então criada comissão revisora pelo Ministro Itton Campos, integrada pelo próprio Seix (Hungria, Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso); a comissão incorporou ao texto diversas sugestões, reeditando-o quase integralmente, todavia, as conclusões não ganharam a ser divulgadas. Reeditada a lei pelo Ministro Luiz Antonio da Gama Iva, submeteu o anteprojeto a revisão final por comissão integrada pelos professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo d'Aquino. O texto do projeto de Código Penal, convertendo em lei o Decreto-Lei nº 1.004, de 21.10.69, deu a entrar em vigor no dia 1º de janeiro de 70. Todavia, adida por diversas vezes a ideia do novo estatuto, acabou o mesmo ser revogado pela Lei nº 6.578, de 11 de abril de 1978, sob o argumento de que o Código Penal de 1940, reformado no longo raciocínio do Código de 1969, tornara-se atual que aquele. Aos 9 de maio de 83, o então Ministro da Justiça Ibrahim Ackel, por exposição de motivos, encaminhou ao Presidente da República anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal, que viria a se converter na Lei nº 9.099/95, 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 consideradas todas as contravenções e crimes cuja pena máxima não exceda a um ano. Como principais mudanças 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-crime brasileiro, particularmente de 1990 para cá (é dizer, desde que foi editada a Lei dos Crimes Hediondos), caracteriza-se inequivocadamente 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 respondendo 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, den-

ta liberdade em regime fechado, esta reservada apenas para os delitos considerados mais graves. Dentre 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 culposos, 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 de fato do agente que não descura o agente do fato, nem esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade pela conduta de vida e da culpabilidade pelo fato singular, dando-se, não obstante, nítida prevalência à segunda corrente, ou seja, aquela que se traduz em um direito penal do fato".

Não obstante, o recrudescimento dos índices de criminalidade, especialmente do crime atroz e violento ao lado do aparecimento de novas formas de delinquência, tem impulsionado em avanços e reveses 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 inqumados 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, proflogou 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 (furtos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas ativas e terrorismo), eliminou a garantia processual de alta valia (infinção), 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 insu-

cesso, por seu irracionalismo, passionalidade e unilateralidade". No mesmo passo da lei hedionda, seguiu o legislador aqui ao editar a Lei nº 9.034, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, duramente atacada por alcançar a condição de inconstitucional, 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 consideradas todas as contravenções e crimes cuja pena máxima não exceda a um ano. Como principais mudanças 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-crime brasileiro, particularmente de 1990 para cá (é dizer, desde que foi editada a Lei dos Crimes Hediondos), caracteriza-se inequivocadamente 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 respondendo 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, den-

tro desse contexto de *hard control*, cuja eficácia, de resto, vem sendo largamente contestada, que recebemos a Lei nº 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 paradigmático de Justiça Criminal, fundado no consenso".

Fato é que a crença na pena 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 vezes quanto a ingente necessidade de modificação e adequação do direito penal às constantes mudanças sociais. Dentre os precursores desse movimento de reformas podemos citar Eugênio Raúl Zaffaroni, Louk Hulsman, Mauricio Martinez Sanchez, Lolita Aniyar de Castro, Alessandro Baratta, Antônio García-Pablos de Molina, Hassemer, e entre nós, Ricardo Antunes Andreucci, Luiz Flávio Gomes, Alberto Silva Franco, Miguel Reale Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, dentre outros.

Conveniente retomemos o objeto de nossa inicial atenção, a Inconfidência Mineira inserida na evolução do direito penal. Na verdade e para ser absolutamente honesto com os senhores creio, sinceramente, que 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 a uma simples palestra de curioso. Todavia, não é absolutamente incorreto concluir que a conjuntura 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

A reforma penal de 1984, conforme ma o Prof. Francisco de Assis Toledo, meu de uma exigência histórica reformando-se a sociedade, mudam-se as regras de comportamento". Baseado na concepção de que a pena justa era somente uma necessária, "e, não mais, dentro de atribucionismo kantiano superado, a compensação do mal pelo mal, segundo velho princípio do talão", a nova parte introduziu um sistema de cumprimento agressivo da pena, diversificou-se, ou seja, o rol de penas, indo desde a multa e penas restritivas de direitos até a privação

devidas adaptações, em muito ainda se assemelham aqueles dos colônios 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 dueto

criminal absolutista, hoje a crueldade de um sistema policial truculento e sem controle, a hipocrisia de se viver sobre 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 incônfidência não terminou, que somos todos hoje chamados a construir um mundo mais justo e que para tanto cada um use a melhor arma que tiver.

O conflito entre os nomes de domínio e as marcas e as denominações comerciais

MARIO AUGUSTO SOERENSEN GARCIA
PAULA OLIVEIRA BEZERRA DE MENEZES
Advogados de Di Blasi, Parente, Soerensen
Unari & Associados

INTRODUÇÃO

Inicialmente organizada pelo Departamento de Defesa norte-americano nos anos 70, a rede experimental ARPAnet consistia, basicamente, numa rede de computadores que assegurasse a disponibilidade do sistema de comunicação, mesmo em caso de guerra, ataque nuclear ou circunstância similar que desse causa à perda parcial da rede ou interceptação de mensagem.

No projeto da rede ARPA, estava incluído um "protocolo" que permitia a comunicação entre computadores não que, por diversos caminhos, a mensagem seria enviada, dividida em pequenos pacotes de informação, a um mesmo destinatário. Essa mensagem, toda fragmentada, seria recomposta quando chegasse ao destinatário. Assim, ainda que um dos caminhos estivesse obstruído, alcançava-se o destinatário por outro meio.

Mais tarde, outras redes experimentais foram conectadas à ARPAnet. Essa rede passou, então, a se chamar de Internet. Logo algumas entidades tiveram a oportunidade de conectar-se à Internet, não obstante esse acesso fosse restrito a agências do governo, universidades e centros de pesquisas. Seus usuários eram, apenas, pessoas que pertenciam a esse meio. O acesso à grande massa consumidora era impraticável, devido ao alto custo do computador que precisava ter uma linha telefônica, para discagem, capaz de fazer a conexão.

Na década de 90, desenvolve-se a *World Wide Web*, que permite a comunicação nos quatro cantos da terra numa velocidade incrível. O acesso à rede, que exige menos do computador, torna-se mais simples. Os computadores, por sua vez, são vendidos com um sistema todo preparado para esse acesso à Internet e têm os seus preços visivelmente reduzidos. Nesse momento, notou-se que tal ferramenta, dessa forma barata, com seu amplo acesso, resolveu vários dos principais problemas e limites dos comerciantes, que passaram então a adaptá-la indiscriminadamente.

Realmente, através da Internet, passa a ser possível obter e fornecer qualquer tipo de informação relacionada a qualquer área, seja por meio de imagens, sons, e, enfim, arquivos de todos os tipos.

ORGANIZAÇÃO

Para se ter acesso a uma determinada página na Internet é necessário buscar um endereço de protocolo para a fonte universal de informação, que deve ser expresso da seguinte forma:

