



DPN=DEPTº DIREITO  
PENAL

*Texto Complemento 2*

XEROX DO XI  
P T 7 Fls.04

*1ª Série*

*Fundamentos Históricos do Direito*

*3º trimestre*

REVISTA BRASILEIRA DE

# ciências criminais

ano 1 • janeiro-março • 1993



1

REVISTA  
DOS TRIBUNAIS

CORTESIA  
DA  
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Publicação Oficial do  
INSTITUTO BRASILEIRO DE  
CIÊNCIAS CRIMINAIS

*28/01/94*

FAC. DIR. U. S. P.  
BIBLIOTECA CENTRAL

teoria do risco despreza o subjetivismo jurídico e os pontos de vista filosóficos, para atender ao princípio da necessidade que as sociedades contemporâneas estão a exigir, como uma política de igualdade diante dos sacrifícios impostos no interesse público"... "A primeira vista, responder alguém por danos que tenha causado sem culpa, parece uma grave injustiça. Também não seria menor injustiça deixar a vítima sujeita à sua própria sorte, arcando sozinha com seus prejuízos".

E o eminente médico, depois dessas sensatas, criteriosas e convincentes considerações em favor da teoria objetiva, conclui, dizendo: "Só nos acode uma solução para o grave problema das demandas civis contra médicos, oriundas do exercício da profissão: a criação do seguro social médico".

Seja ou não a melhor e mais adequada para a solução do problema da responsabilidade civil no campo da medicina, a verdade é que a teoria objetiva, ou de risco, é, hoje em dia, acertadamente a meu ver, a preferida dos tribunais, que até bem pouco, optavam decididamente pela subjetiva ou da culpa, considerando caracterizada a responsabilidade civil do médico apenas em face de erro grosseiro ou indesculpável negligência. Prevalece, agora, o reverso da medalha, incorrendo responsabilidade do facultativo somente quando inexistente nexo de causalidade ou comprovadamente presentes atos de terceiros, força maior ou culpa do próprio paciente.

Esta a posição que decididamente adotaria se integrante fosse da Seção Civil do Tribunal de Justiça, que integro

como membro da Seção Criminal.

E concordo, plenamente, com o digno Prof. Genival Veloso de França, quando diz que a solução para a grave e tormentosa questão ora focalizada é a socialização do risco médico, com a qual ganhariam todos os envolvidos: paciente, médico e sociedade. É, sem sombra de dúvida, a que melhor atenderá à Justiça coletiva, pois, indubitavelmente é a medicina a profissão que mais absorve os impactos das novas concepções sociais.

E justifico esse pronunciamento, em prol da socialização da responsabilidade médica, com o exemplo que agora me ocorre: o de respeitável cirurgião, professor emérito, ativo e constante participante de congressos na área de sua especialidade, no Brasil e no exterior, admirado nacional e internacionalmente, jamais envolvido, até então, em qualquer deslize nas centenas e centenas de intervenções praticadas, que, um dia, por capricho do destino ou outro motivo imponderável, acaba cometendo sério, grave e inimaginável erro médico, provocando a morte de renomado cliente. Não bastasse o sofrimento íntimo, a mágoa interior intensa, o coração oprimido pelo erro único na vida, é processado civilmente, descoberto de seguro, e condenado, em primeira e segunda instância, ao pagamento de pesadíssima indenização reparatória do dano causado.

O seguro do risco médico não traria lenitivo à alma impactada, mas obstaría o desfalque, ruína talvez, de um patrimônio amealhado no curso de toda uma existência de trabalho e sacrifício.

## ANTIGÜIDADES DE DIREITO CRIMINAL

Esta é a nova seção criada para a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* e que ao lado das outras terá periodicidade, informação e análise.

Em imagem muito feliz já foi dito que o Direito não sai da cabeça do legislador assim como Minerva saiu da cabeça de Júpiter: armada da cabeça aos pés (Souza Neto, *O motivo e o dolo*, Freitas Bastos, 1949, p. 19). Com efeito, existem acontecimentos efêmeros e de registro inexistente na vida e na história dos homens e dos povos. Mas há instituições sociais, políticas, econômicas, culturais e religiosas que percorrem um itinerário cuja nascente se perde na noite dos tempos e que se modificam mas sem alterar, contudo, a sua essência. Pode-se afirmar que em certa medida o direito e a justiça são recipiendários da lei de Lavoisier sobre a conservação da matéria. "Na natureza nada se cria, nada se perde; tudo se transforma".

A seção *Antigüidades de Direito Criminal* irá repor à leitura textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais que estão virtualmente desaparecidos ou confinados nos escaninhos do *museu da memória*. Mas porque constituíram uma linguagem viva para a sua época e o seu espaço, estes elementos estão sendo resgatados e revistos com a perspectiva do sistema jurídico do presente.

Os *comentários* se destinam a informar, a comparar e a criticar. E, principalmente, a estimular reflexões sobre o progresso ou a involução de nossos métodos e meios de criação e aplicação do Direito Criminal.

### SOBRE A CONDENAÇÃO DE TIRADENTES

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular de Direito Penal na Universidade Federal do Paraná

"Portanto condemmam ao Réu Joaquim José da Silva Xavier por alcunha o Tiradentes Alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas a que com baraço e pregão seja conduzido pelas ruas públicas ao lugar da forca e nella morra morte natural para sempre, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Villa Rica aonde em o lugar mais publico della será pregada, em um poste alto até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas no sitio da Varginha e das Seboas aonde o Réu

teve as suas infames praticas, e os mais nos sitios nos sitios (sic) de maiores povoações até que o tempo também os consuma; declaram o Réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens applicam para o Fisco e Camara Real, e a casa em que vivia em Villa Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo proprio será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscados, e no mesmo chão se levantará um padrão, pelo qual se conserve na memoria a infamia deste abominavel Réu;" (Trecho do Acórdão em Relação extraordi-

nária do Rio de Janeiro, 18 de abril de 1792, em *Autos de devassa da Inconfidência Mineira*, Ministério da Educação, Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro, 1938, VII/194).

### Comentários

1. A sentença que condenou Tiradentes à morte contém uma espécie de súmula das penas cruéis e infamantes. Embora o destaque para a sua natureza corporal, a sanção era impregnada de um sentido finalístico moral, pela declaração de infâmia, transmissível aos descendentes do réu.

Na visão histórica das penas em Portugal, pode-se referir que durante muito séculos destacavam-se duas classes fundamentais: da primeira constavam a *pena de morte* e as "penas sofridas no corpo", ou *penas corporais*, como a mutilação e a flagelação pública; na segunda se incluíam as demais como o *degredo* ou *deportação* do lugar de residência para outra povoação onde o condenado deveria residir, o *desterro do Reino*, com a privação da proteção jurídica, as *multas*, o *confisco* e a *infâmia* ou *degradação cívica* que interditava o exercício de funções.

A *mutilação* era aplicada sob as formas de amputação dos pés, das mãos, dos dedos, das orelhas, da língua, de arrancamento dos olhos e da castração. Outra espécie de pena corporal era a *flagelação pública*, que consistia na aplicação de açoites no pelourinho ou picota, ou enquanto o padecente era obrigado a percorrer as ruas da localidade, para que o castigo se tornasse conhecido por todos os habitantes. Esta pena de açoites podia ser agravada pelo *pregão* ou anúncio público do motivo da punição, e pelo porte do *baraço*, ou seja, da corda que prendia os braços do justicado ou simbolicamente lhe cercava o pescoço para significar a perda da liberdade.

Como informa Marcello Caetano, o *pregão* e o *baraço aparecem* como agravantes das penas de açoites ou de degredo. "O *pregão* consistia em dar publicidade à condenação e podia restringir-se à audiência dos juizes onde estes mandavam proclamar a pena aplicada e seus motivos ou, no caso de açoites, ter lugar em várias paragens ou estações, no percurso da povoação que o condenado tinha de fazer, para em cada uma dessas paragens ser açoitado. Quanto ao *baraço*, ao flagelado eram atadas as mãos atrás ou à frente com uma corda para que não fizesse o gesto instintivo de defesa dos açoites infligidos ou contra-atacasse os oficiais de justiça. Nas representações medievais de Jesus flagelado (o *Ecce homo*) lá estão as mãos atadas". (*História do direito português*, Editorial Verbo, Lisboa, 1981, I/366. Sobre o mesmo tema, Eduardo Correia, *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*, Coimbra, 1980, I/17).

2. O Brasil conheceu, desde o tempo da descoberta e até que se completasse o período de dominação portuguesa, os regimes fantásticos de terror punitivo, quando sobre o corpo e a alma do condenado se lançavam as expressões mais cruentas da violência dos homens e da ira dos deuses.

As *Ordenações Filipinas* — vigorantes ao tempo do martírio de Tiradentes — marcaram durante dois séculos a *face negra* do Direito Penal. Hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, "benzedores de cães e outros bichos sem autorização do Rei" e demais tipos pitorescos de autores eram submetidos às variadas formas de suplícios, com a promessa, a aplicação e a execução das penas de morte ou de mutilação.

3. O *auto de terror* que se contém no Acórdão de 18 de abril de 1792, da Alçada em Relação extraordinária, teve

a presidi-lo o Vice-Rei do Brasil, o Segundo Conde de Resende (1744-1819). Bastante impopular por sua medidas de extremado rigor, José Luís de Castro Resende, foi acusado de ter incendiado o arquivo do Senado do Rio de Janeiro.

Os episódios de provação da chamada *Conjuração de Minas* e os ritos processuais do Século XVIII, revelam como o suplício foi um poderoso agente político. Conforme destaca Foucault, "ele entra logicamente num sistema punitivo em que o soberano, de maneira direta ou indireta, exige, resolve e manda executar os castigos, na medida em que ele, através da lei, é atingido pelo crime. Em toda infração há um *crimen majestatis*, e no menor dos criminosos um pequeno regicida em potencial" (*Vigiar e punir*, Petrópolis, 1977, pp. 49-50).

A declaração solene de infâmia ou a danoção da memória se o culpado morresse antes "de ser preso, acusado ou infamado", a amputação de membros, os açoites "com baraço e pregão", o degredo, as galés, a deserção, o confisco, em suma, um fantástico repertório de sanções desnudava as tormentosas preocupações com a exemplaridade e a retribuição.

4. A pena capital tinha três modalidades de execução: 1. *Morte cruel* (a vida era tirada lentamente, através de suplícios); 2. *Morte atroz* (a eliminação era marcada por especiais detalhes como a queima do cadáver, o esquartejamento, etc.); 3. *Morte simples* (limitada à supressão da vida, sem rituais diversos e executada através da degolação ou enforcamento. Esta modalidade era destinada às classes inferiores, por traduzir modalidade de infâmia (V, a propósito, Augusto Thompson, *Escoço histórico do direito criminal luso-brasileiro*, São Paulo, 1976, p. 85).

5. O mandado de execução das penas impostas a Tiradentes, tinha o seguinte texto: "Justiça que a Rainha Nossa Senhora manda fazer a este infame Réu Joaquim José da Silva Xavier pelo horróroso crime de rebelião e alta traição de que se constituiu chefe, e cabeça na Capitania de Minas Geraes, com a mais escandalosa temeridade contra a Real Soberania, e Surpema autoridade da mesma Senhora que Deus guarde. Manda que com baraço e pregão seja levado pelas ruas publicas desta Cidade ao lugar da forca, e nella morra morte natural para sempre e que separada a cabeça do corpo seja levada a Villa Rica, donde será conservada em poste alto junto ao lugar de sua habitação, até que o tempo a consuma; que seu corpo seja dividido em quatro, e pregados em iguaes postes pela estada de Minas nos lugares mais públicos, principalmente no da Varginha, e Sebolas; que a casa de sua habitação seja arrazada, e salgada, e no meio de suas ruinas levantado um Padrão em que se conserve para a posteridade a memoria de tão abominavel Réu, e delicto, e que ficando infame para seus filhos, e netos lhe sejam confiscados seus bens para a Corôa e Camara Real. Rio de Janeiro, 21 de Abril de 1792. Eu o Desembargador Francisco Luis Alvares da Rocha, Escrivão da Commissão que o escrevi" (*Autos de devassa da Inconfidência Mineira*, cit., p. 241).

A certidão do cumprimento da sentença foi lançada pela mesma autoridade: "Certifico que o Réu Joaquim José da Silva Xavier foi levado ao lugar da forca levantada no Campo de São Domingos, e nella padeceu morte natural, e lhe foi cortada a cabeça, e o corpo dividido em quatro quartos; e de como assim passou na verdade lavrei a presente certidão, e dou minha fé. Rio de Janeiro, vinte e um de Abril de mil setecentos e noventa e dois" (*Autos de devassa*, cit., pp.241-242).

O aparato da execução, por demais conhecido, se destinava a impressionar o povo que era estimulado ou compelido a acompanhar o cortejo rumo ao local do sacrifício.

Na história de tais espetáculos de terror punitivo, as pessoas da rua assumiam seus papéis de protagonistas na encenação dos rituais e na representação do quadro em que a morte triunfa sobre a vida.

João Cabral de Mello Neto, recolheu os versos ditos pela "gente nas calçadas", no último dia de vida de Joaquim do Amor Divino Rabelo, o Frei Caneca: "Por que essa corda no pescoço,/ como se ela fosse uma rês?/ Por que na corda vai tão manso, segue o caminho assim cortês/ A corda não serve de nada./ não o arrasta nem o detém./ É para mostrar que esse homem/ já foi homem, era uma vez..." (*Auto do frade*, Rio de Janeiro, 1984, p. 26).

6. Paradoxalmente ao cenário de um *direito penal do terror* traduzido pelo processo da conjurada rebelião de Minas Gerais — a devassa foi aberta em 15 de junho de 1789 e encerrada em 24 de maio de 1794 — o mundo já estava conhecendo e fruindo algumas das mais libertárias expressões de garantia aos direitos do Homem e a reprovação dos meios e métodos cruéis de combate ao delito. A Declaração dos Direitos de Virgínia (16.6.1776); a Declaração de Independência dos EUA (4.7.1776); a Constituição dos EUA (17.9.1787); a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.8.1789) e os dez primeiros aditamentos à Constituição americana (aprovados em 25.9.1789 e ratificados em 15.12.1791), além de outros documentos contemporâneos aparecem como um formidável contraste com os ritos e a violência praticados nos autos de devassa da Inconfidência Mineira.

A declaração de infâmia extensiva aos parentes, a negação do direito à

sepultura, a punição para além da pessoa do delinqüente, a violação do princípio da reserva legal, a opressão ideológica e religiosa, a proibição da liberdade de expressão do pensamento e das idéias, a infligção de penas corporais e outras sanções cruéis, caracterizavam a face brutal do regime punitivo e contra o qual tanto lutaram os iluministas, tendo a frente Cesare di Bonnesana, o Marquês de Beccaria, em sua obra imortal: *Dei delitti e delle pene*, Milão, 1764.

7. É certo, porém, que a perspectiva de progresso no campo das relações humanas e sociais, tendo à frente as generosas *petitions of rights* e o humanismo dos enciclopedistas, inspiraram um movimento de reforma da legislação portuguesa. Em 1778 foi constituída uma Comissão, à qual se juntou Pascoal de Mello Freire, encarregada de elaborar os projetos de códigos de Direito Público e de Direito Criminal. Em 1789 foi apresentado o resultado dos trabalhos que continham mudanças revolucionárias para o sistema vigorante.

Muito embora o Projeto Mello Freire fosse abandonado, a história do Direito Penal luso-brasileiro consagrou os esforços daquele jurisconsulto que se empenhou com extraordinária devoção contra a "carnífica tortura" alimentada pelo Livro V das *Ordenações*. Na parte das sanções penais, o referido Projeto de Código Criminal destaca: a) a proporcionalidade da sanção tendo em vista a quantidade e a gravidade do delito e a maldade do delinqüente; b) o caráter utilitário das penas (revelando, assim, a influência da teoria do contrato social de Rousseau e a doutrina de Beccaria); c) o objetivo da prevenção especial de pena além de sua natureza retributiva; d) a injustiça das penas inúteis ou cruéis; e) a atrocidade das penas como fator de impunidade e indulgência para com o delito "que são as coisas mais

funestes que há para a saúde pública" (Cf. Augusto Thompson, ob. cit., pp.107-108).

8. A mutilação, a infâmia, a crueldade na execução das penas e a negação da sepultura, além de tantos outros aspectos do "vasto acervo de incongruências e maldades" do Livro V das *Ordenações* foram banidos com a Constituição de 25 de março de 1824, como se verifica pelo humanitário art. 179: "Organizar-se-á, o quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases de justiça e equidade" (§ 18); "Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis" (§ 19); "Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá, em caso, algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja" (§ 20).

Procurando cumprir estes e outros mandamentos liberais para o seu tempo, o Código Criminal do Império (Lei de 16.12.1830), reduziu a pena de morte para os casos de insurreição de escri-

vos, de homicídio especialmente agravado e de roubo qualificado pelo resultado morte (arts. 113 e 114, art. 192 e art. 271). A lei de 10 de junho de 1835 ampliava os casos da pena capital aos escravos que matassem os seus senhores, os ascendentes ou descendentes destes que em sua companhia morassem, os feitores e as mulhres que com eles vivessem.

O ritual da execução dispunha que o réu "com o seu vestido ordinário e, preso" seria conduzido pelas ruas públicas até a forca, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estivesse, com escrivão e a força militar que se requisesse. O acompanhamento era precedido pelo Porteiro dos Auditórios que lia em voz alta a sentença a ser executada (art. 40).

E, resguardando o sagrado "direito à sepultura", o Código imperial declarava: "Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes ou amigos se os pedirem aos juízes que presidirem à execução; mas não poderão enterrar-los com pompa, sob pena de prisão por um mez a um anno" (art. 42).