

## O PERDÃO DO OFENDIDO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO DO SÉCULO XIX

Arley Fernandes Teixeira<sup>1</sup>, Ricardo Sontag<sup>2</sup>

1. Estudante de IC da Fac.de Direito da UFMG - Membro do Grupo de Pesquisa *Studium Iuris*.
2. FDUFG - Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito – Coordenador do Grupo de Pesquisa *Studium Iuris* / Orientador

### Resumo:

Esse trabalho representa os resultados parciais de um projeto de iniciação científica voluntária da UFMG ainda em andamento, cujo objetivo é compreender como os juristas oitocentistas brasileiros lidavam com a presença do perdão da parte ofendida na legislação nacional, previsto no art. 67 do Código Criminal de 1830 e, posteriormente, no art. 77 do Código Penal de 1890.

O perdão da vítima, nesse contexto, é um meio de encerramento do processo penal pela via privada e, como tal, não passou despercebida aos olhos dos juristas nacionais, atijando muitas críticas acerca da incompatibilidade desse instrumento com um Direito Penal eficaz, que deveria servir mais a interesses públicos do que, propriamente, à composição privada.

**Palavras-chave:** Perdão do Ofendido, História do Direito, História do Direito Brasileiro.

**Trabalho selecionado para a JNIC pela instituição:** Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

### Introdução:

O século XIX é um período marcado por um intenso sentimento de mudança, uma busca incessante de se desvencilhar do passado, de modernização. Esse sentimento também se reflete no direito penal; o Código Criminal do Império do Brasil de 1830 é criado com o objetivo de superar o “temível” Livro V das Ordenações Filipinas, elevando o país à condição de “nação civilizada”, regida por um código atento ao seu tempo. Bem como, posteriormente, na passagem do Império para a República, novamente a questão da codificação penal ganha relevância e, apenas um ano após a mudança de regime político, é promulgado o Código Penal de 1890.

Nesse contexto do século XIX, a função destinada ao direito criminal é, primordialmente, a de manutenção da ordem, em movimento marcado pela afirmação da justiça penal pública, remetendo o Direito Penal, necessariamente, ao Estado, que irá atuar na repressão, por exemplo através do Ministério Público e das ações penais públicas. Apesar

disso, é preciso dizer que se a construção jurídico-penal tendia à diminuição dos espaços de negociação penal e a conseqüente redução da interferência privada no processo, a prática jurídica nacional era um tanto quanto diversa. Não são poucos os relatos referentes a acordos judiciais e extrajudiciais na área criminal.

Nesse sentido, com o início do que poderíamos chamar de uma produção jurídico-penal propriamente nacional a partir da segunda metade do século XIX, convém refletir como esses juristas tratavam a importante, porém pouco trabalhada na historiografia nacional, discussão acerca dos limites entre o público e o privado na esfera penal, com a qual o instituto do perdão do ofendido está intimamente relacionado.

Previsto no art. 67 do Código Criminal de 1830 e no art. 77 do Código Penal de 1890, o perdão do ofendido é um meio de limitar a capacidade de punição do Poder Público, em respeito ao caráter eminentemente privado do delito. Em outras palavras, tais dispositivos prevêm que, caso a vítima do crime perdoe o ofensor, este não poderá mais ser perseguido pelo Estado e terá o seu processo penal encerrado, ou ainda, em caso de sentença condenatória definitiva, a punição deverá ser extinta.

Apesar dessa pesquisa não se propor a tal, convém enfatizar também a proximidade dessas discussões no século XIX com os debates atuais acerca das negociações processuais e extraprocessuais no âmbito penal, como os juizados especiais, a delação premiada, a justiça restaurativa, que buscam meios alternativos, com maior celeridade e eficiência, de lidar com o conflito.

### Metodologia:

O trabalho consiste na análise de duas principais fontes, a historiografia e as fontes de época. Em relação à primeira, destacamos os escritos de Mario Sbriccoli, Giorgia Alessi, Antônio Manuel Hespanha, Andrea Zorzi, Tomás y Valiente e Rafael Mafei Queiroz, que são essenciais para a compreensão da tensa relação entre a esfera pública e privada do direito criminal no século XIX e na passagem para a Modernidade.

Sobre as fontes de época, em relação

ao período imperial, focamos nos comentaristas do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832 e os mais relevantes para o nosso estudo foram Manoel Mendes da Cunha Azevedo (*Observações sobre vários artigos do código de processo criminal*, 1852), Thomaz Alves Júnior (*Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*, 1864) e José Liberato Barroso (*Questões práticas de direito criminal*, 1866). O único que foge dessa característica de comentários ao código e escreve um verdadeiro manual de processo criminal é José Antônio Pimenta Bueno (*Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, 1857).

A partir da última década do século XIX, já sob a vigência do Código Penal de 1890, dois autores possuem maior relevância nessa pesquisa, Francisco José Viveiros de Castro (*A nova escola penal*, 1894; *Os delictos contra a honra da mulher*, 1897) e Aurelino Leal (*Germens do crime*, 1896). Ambos também fogem do estilo de comentários à legislação, fato que possibilitou um exame mais sofisticado dos institutos penais, entre os quais o perdão do ofendido.

Além dos livros de doutrina, outra importante fonte de época consultada foram as revistas jurídicas, em especial a revista O Direito, publicada no Rio de Janeiro entre 1873 e 1913, mas analisada somente até 1889, e a Gazeta Jurídica, também publicada no Rio de Janeiro entre 1873 e 1887, analisada por inteiro.

A maior parte dessas obras e periódicos estão disponíveis online, nas bibliotecas digitais do Senado, da Câmara dos Deputados e do STF, bem como na Hemeroteca Digital. As demais obtivemos acesso através do setor de obras raras Assis Chateaubriand da Biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG.

Em todas essas fontes, buscamos compreender as discussões acerca do perdão do ofendido e elementos intimamente ligados a ele, tais como as ações penais públicas e privadas, denúncia, queixa, o perdão do ofendido miserável, a questão da ação penal no crime de furto, entre outros, relacionando-os com as discussões propostas pela historiografia acerca do modelo de Direito Penal que estava sendo construído ao longo do século XIX, tendo sempre o cuidado em posicionar as discussões encontradas nesses textos nos contextos específicos de cada período.

### **Resultados e Discussão:**

A partir da análise dessas fontes, conjuntamente com a compreensão das discussões propostas pela historiografia jurídico-penal, foi possível chegar a algumas

conclusões preliminares.

A primeira delas é que o Código Criminal de 1830, apesar de inserido em um contexto de impulso publicista, ainda possui fortes resquícios de modelos jurídicos anteriores, em que a dimensão privada do delito possuía grande relevância, de forma a admitir a possibilidade de perdão da parte ofendida a um número elevado de situações, cerca de 66% dos delitos particulares (Parte Terceira do código), incluindo as diversas qualificações de um mesmo crime.

Segundo, que o instrumento do perdão do ofendido, previsto no art. 67, analisado de forma isolada não era um grande alvo de críticas dos juristas desse período; a grande parte dessas discussões estavam localizadas em elementos subjacentes ao perdão, tais como o perdão do ofendido miserável, a questão da dúvida quanto à competência para oferecer denúncia/queixa no crime de ferimentos leves (art. 201) e a ampla capacidade negociativa entre as partes prevista no art. 259 do Código de Processo Criminal de 1832.

Terceiro, há uma valoração moral do perdão, apesar das críticas quanto ao seu aspecto jurídico. Sobre esse ponto, Aurelino Leal utiliza a expressão “favor mal” para se referir a esse instituto, sob a argumentação de que a previsão do perdão do ofendido era um traço da piedade humana, mas que contrariava o interesse público da punição.

Ademais, percebemos também que ao longo do século há um endurecimento das críticas a esse instrumento, tanto que em fins da década de 1890, dois autores, novamente Aurelino Leal e Viveiros de Castro, chegam a defender a extinção do perdão do ofendido no ordenamento jurídico nacional, por tratar-se de um elemento de incentivo à criminalidade, uma vez que contribui para a impunidade do ofensor, especialmente nos delitos contra a honra da mulher (rapto e estupro) e nos crimes de furto e dano.

### **Conclusões:**

O perdão do ofendido, enquanto instituto penal de extinção do processo penal, ou mesmo da punição, em caso de sentença condenatória, não era benquisto pelos juristas brasileiros do século XIX. Entretanto, os comentários a esse instrumento não apareceram na literatura jurídica desse período de forma única. Se durante a vigência do Código Criminal do Império de 1830, houve críticas da grande maioria dos autores, tais críticas apareciam em espaços secundários à previsão geral do art. 67.

Entretanto, ao final do século XIX a postura dos juristas em relação ao perdão altera-se. Nesse contexto, o perdão, tanto na sua previsão em abstrato (art. 77 da parte geral do Código Penal de 1890), quanto em meios subjacentes, é um alvo severo de críticas. Sob o argumento basilar de que o direito penal é um meio de defesa social, retira-se qualquer possibilidade de evitar a punição por interesses privados.

### Referências bibliográficas

ALESSI, Giorgia. O direito penal moderno entre retribuição e reconciliação. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). **História do direito penal entre medievo e modernidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ALVES JUNIOR, Thomaz. **Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal**. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. editores, 1864.

AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. **Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841**. Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852.

BARROSO, José Liberato. **Questões práticas de direito criminal**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866

BRASIL. **Código criminal do Império do Brasil de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)> Acesso em: 13/03/2017.

\_\_\_\_\_. **Código de processo criminal de primeira instância de 29 de novembro de 1832**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)> Acesso em: 13/03/2017.

\_\_\_\_\_. **Código penal dos Estados Unidos do Brasil de 11 de outubro de 1890**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)impressao.htm> Acesso em: 13/03/2017.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Os delictos contra a honra da mulher: adultério, defloramento, estupro, a sedução no direito civil**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897.

\_\_\_\_\_. **A nova escola penal**. Rio de Janeiro:

J.R. dos Santos, 1913.

GAZETA JURÍDICA: REVISTA MENSAL DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA E LEGISLAÇÃO. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1873 – 1887.

HESPAHNA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005.

LEAL, Aurelino. **Germens do crime**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

O DIREITO: REVISTA MENSAL DE LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. Rio de Janeiro: Typographia theatral e commercial, 1873 – 1913.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Apontamentos sobre o processo criminal**. Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diario, 1857.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas no Brasil**. 395 f. (Tese de Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.

SBRICCOLI, Mario. Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400 ou "Vidi communiter observari". L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII. In: SBRICCOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**. 2 vol. Milano: Giuffrè, 2009.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano. Siglos XVI, XVII e XVIII**, in Anuario de historia del derecho español, XXXI, 1961.

ZORZI, Andrea. Negociação penal, legitimação jurídica e poderes urbanos na Itália comunal. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). **História do direito penal entre medievo e modernidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.