

DIREITO PENAL ROMANO E CANÔNICO

Prof. Dr. José de Ávila Cruz

RESUMO

Pretendemos através deste artigo, traçar um confronto entre o direito penal que vigorou em Roma em várias fases e o direito penal canônico, demonstrando as posições diametralmente opostas entre um e outro, demonstrando a evolução do conceito de pena, o seu fundamento após o progresso científico da ciência penal, através da medicina legal, da psicologia, disciplinas essas que são também ciências penais porque estudam o crime e os meios de preveni-lo e combatê-lo.

Palavras chave: Ciência penal, fundamento da pena, culpa, dolo, delito, justiça.

ABSTRACT

We intend, through this article, to outline a comparison between penal law, what was in force in Rome, in many steps and the penal canonic law, displaying the opposite diametrically positions between one another, displaying the evolution of the punishment concept, its base after the scientific progress of the penal science, through the legal medicine, the psychology, disciplines which are also, punishment sciences, because they study the crime and the means of preventing, and to fight against it.

Key-words: penal science, punishment base, guilt, fraud, and justice.

INTRODUÇÃO

É muito difícil falar em estatuto repressivo na época da fundação de Roma, pois o direito penal é ramo do direito público e durante essa fase denominada arcaica, não se cogitava da distinção entre direito privado e direito público. Tal distinção ocorreu somente na primeira codificação, denominada Lei das XII Tábuas.

Antes disso, é quase impossível falar em repressão do delito pela absoluta falta de fontes. Poder-se-ia falar em crime de lesa-majestade, quando alguém atentava contra a soberania do Estado, e a notícia que se tem é a de que a pena a ser aplicada nesse caso era rigorosa. Há notícia também sobre a violação da paz dos deuses, consistindo, pois, na violação de regras de caráter religioso. Não havia nessa fase uma concepção estruturada sobre o crime de homicídio, já que a vingança privada era o costume da época. As leis eram elaboradas a critério do rei como nos informa Pomponius: “Na verdade, no início de nossa civitas, o povo primeiramente começou a viver sem lei certa, sem direito certo, e todas as coisas eram governadas pela mão dos reis” (*Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur* – Digesto de Justiniano 1.2.2.1). Esse mesmo jurista nos informa que essas leis proferidas sem ordem foram colecionadas por Sexto Papirio.¹

1. A LEI DAS XII TÁBUAS

Trata-se da primeira codificação segundo a opinião da maioria dos autores. Foi elaborada pelos Decênviros (dez juristas) encarregados de pesquisar as fontes gregas e elaborar a lei. Grande importância teve essa codificação pelas inovações, entre elas, a distinção entre direito público e privado.” O direito penal embora em menores proporções, encontra nessa codificação abundante manancial, especialmente no que diz respeito ao furto, o homicídio, o dano, o falso testemunho. O direito processual radica-se na legislação decenviral através das ações da lei”².

¹ Digesto de Justinian . Pomponio 1.2.2.2

² Cf. Meira, A.B.Silvio – A Lei das XII Tábuas – forense- 1972 p.30

A tábua sétima menciona a palavra delito (De delictis), além da expressão dolo, injúria, furto e menciona as sanções aplicáveis. Continha normas de direito público e privado. A tábua nona apresenta o título “ De iure público” . A citação, ato importante pois sem ele não se pode dar início ao processo, também foi contemplada nessa codificação sob o título “ De ius vocando”

Os delitos do direito civil antigo são furto, roubo, danos injustamente causados, injúria. O jurista Gaio ensinava que furto era caracterizado por dois elementos: o material e o intencional. O material é a subtração da coisa contra a vontade do dono e o elemento intencional consiste na intenção de tirar vantagem do fato delituoso, e afirmou isso através da frase latina: “furtum sine dolo malo non committitur” estava delineado, portanto o conceito de dolo no direito romano. “Quanto à pena da injúria, a lei das Doze Tábuas cominava a pena de talião por um membro mutilado e pela fratura de um osso constituíram-se penas pecuniárias. A pena da injúria, porém, introduzida pela das XII Tábuas caiu em desuso e a introduzida pelos pretores,³ ou seja, permissão para que os próprios injuriados avaliassem a injúria”, entrou em vigor.

Vejamos, agora, o crime de homicídio que sempre provocou e vem provocando numerosas discussões. O direito romano antigo apresenta uma norma atribuída ao Rei Numa Pompílio pela qual punia o homicídio, distinguindo duas hipóteses: homicídio voluntário, isto é, cometido com dolo e o homicídio involuntário, atualmente denominado crime culposo. Mas é preciso ter em mente que nessa fase antiga vigorava o sistema da vingança privada, portanto cabia aos familiares da vítima a iniciativa da punição (vingança privada).

Um delineamento esboçado no direito romano como direito de punir do Estado é encontrado nos crimes punidos pelo fato de colocar em perigo a segurança militar, como a passagem para o lado inimigo, a deserção, a conspiração. A pena de morte era imposta nesses casos; os infratores eram decapitados com machado desferido pelo carrasco. O caráter laico deste tipo de crime tem explicação no fato de que a exigência da defesa comum requeria uma reação pronta e imediata da disciplina militar.

³ Justiniano, *Institutas* 4,4,6, item 7

Pela revolução que derrubou a Monarquia e instituiu a República ocorreu uma pequena alteração no sistema processual penal: a provocatio ad populum. Por essa novidade conquistada pela revolução era possível, no caso de condenação, pedir o julgamento popular. Mas, ⁴os autores opinam que isso não chegou a ser precisamente uma ação jurisdicional. Era um processo diante do povo. Conforme a decisão popular era permitido ao acusado deixar de sofrer a pena capital abandonando o território urbano, era um exílio voluntário. “Os juízos públicos são os seguintes: a lei Júlia de lesa-majestade, cujo rigor atinge os que urdiram alguma trama contra o Imperador ou contra a República. Essa mesma lei era coercitiva do adultério, punindo com decapitação os conspurcadores do leito conjugal e também os que se atrevem a exercer a nefanda libidinagem com os do mesmo sexo”.⁵

Mas, o fundamento da pena nessa época era a vingança ou seja “ a justa retribuição pelo crime cometido”. A lei Cornélia condenava os sicários, os envenenadores que com artes odiosas matavam a outrem com veneno ou com palavras mágicas, e aqueles que vendiam ao público medicamentos nocivos. Esses crimes eram punidos com a morte. A lei Pompéia sobre os parricídios, persegue com nova pena um crime atrocíssimo. Dispõe ela que quem abreviar os dias do pai ou de um filho, ou de pessoa que pelos laços afetivos se inclui na denominação de parricídio, e o tenha ousado quer às ocultas quer às claras; bem como aquele por cujo dolo mau o crime se perpetrou, ou o seu cúmplice, embora pessoa estranha, sejam punidos com a pena de parricídio. Nem seja submetido à decapitação, nem ao fogo, nem a nenhuma outra pena solene, mas cosido num saco de couro com um cão, um galo, uma víbora e um macaco, e torturado entre as suas fúnebres angústias, seja, conforme o permitir a condição do lugar, arrojado ao mar vizinho ou ao rio; de modo que, mesmo em vida já se veja privado do uso de todos os elementos; e enquanto ainda ela dure se lhe retire o céu e a terra, depois de morto”.⁶

Essa mesma lei punia com a morte os juízes que subtraíssem dinheiro público.

⁴ Cf. Schiavone, Aldo – Stória del diritto romano , G. Giappichelli Editore- Turino – p.270

⁵ Cf. Justiniano, Institutas 4.18,3

⁶ Cf. Justiniano, Insttuta, 4.18, 7.

É verdade que os juristas romanos falam sobre as penas sem, entretanto, esclarecer qual era o fundamento da pena, mas pelas fontes históricas e jurisprudenciais pode-se deduzir que antes do advento do cristianismo o fundamento da pena era “ vindicare”.

Não podemos relatar minúcias do direito penal durante as diversas fases do direito romano, para não ultrapassar os limites estabelecidos para este tipo de trabalho, e passaremos à cristianização do direito romano.

2. O DIREITO PENAL CANÔNICO

Pelo Edito de Milão expedido pelo Imperador Constantino no ano 322, a religião cristã passou a influir na legislação romana e o fundamento da pena passou a ser a caridade e não mais a vingança no sentido de retribuição pelo crime praticado. A pena tendo como base a caridade cristã, passou a ter um fundamento diametralmente oposto ao fundamento da pena segundo a concepção romana.

Assim, o direito canônico que surgiu nos primórdios do cristianismo quando o Apóstolo São Paulo proibiu os cristãos de levarem litígios ao pretor, devendo, isto sim, levar ao próprio Apóstolo⁷(“atreve-se algum de vós, tendo litígio contra outro, ir a juízo perante os injustos e não perante os santos ?”).

Os bispos legislavam e a jurisprudência canônica desenvolveu-se, não obstante a resistência da conceituação romana. “A insistente reação do direito romano e a extensão do campo de aplicação do direito canônico, de fundo justinianeu, a oporem obstáculos à prática exclusiva do processo romano-barbárico, se acrescentou, no século XI, um fato novo, de larga e profícua repercussão, decisivo na evolução do processo. Foi a criação das Universidades, a primeira das quais em Bolonha, no ano 1088. Nessa Universidade, Irnérius, alcunhado lucerna iuris, primus illuminatur scientiae nostrae, assumiu a cátedra de direito romano, criando escola”⁸.

Concomitantemente ocorreu a disputa de predomínio, na doutrina e na prática, entre o direito romano e o direito canônico. Os canonistas como

⁷ Cf. 1ª Epístola de São Paulo aos Coríntios, Capítulo 6

⁸ Cf. Amaral Santos, Moacyr –Direito Processual Civil – Max Limonad – 1965,vol. 1 – p.68

Azone, Tancredi, Graziano, Inocêncio III, Inocêncio IV, Raimundo de Penna Forte, e outros enriqueceram a legislação canônica com seus tratados, assim como O Abade Panormitano Maranta e outros colaboraram para a divulgação e consolidação do direito canônico, tendo grande mérito também as leis e comentários de grandes Pontífices como Gregório IX, Benedicto XIV.

A pena como já dissemos deixou de ter aquela conotação de vingança e passou a ter como fundamento a caridade, dando segurança à sociedade, reprimindo o delito com aplicação de penas aos malfeitores. Alguns autores confundiram a questão do perdão com a aplicação da pena. É certo que devemos perdoar, porém, isto não significa isentar o infrator de pena, pois se assim fosse não haveria justiça, o que faz parte da doutrina cristã. Perdoar significa não guardar rancor contra a pessoa do infrator e continuar a dar-lhe proteção espiritual e material, mas, a penalidade o infrator terá que sofrer para não ficar prejudicada a segurança da sociedade.

Tanto é assim, que o Santo Tomás de Aquino foi categórico ao responder a questão sobre o 5º mandamento: “O decálogo proíbe matar a outrem, na medida em que esse ato tem natureza de indébito; pois então, esse preceito exprime a essência mesma da justiça, Ora, a lei humana não pode conceder seja lícito matar alguém indebitamente. Não é porem indevido matar os malfeitores ou os inimigos da república. Por isso, tal não contraria ao preceito do decálogo, nem tal morte constitui o homicídio proibido pelo preceito, como diz Agostinho”.⁹

O direito penal, como vimos pela sua evolução histórica, surgiu tutelando interesses particulares, admitindo a vingança privada, mas com o influência cristã do direito canônico, o direito penal passou a ser encarado cientificamente e, conseqüentemente em defesa da sociedade. Resguardando os homens, que formam a comunidade, as leis penais protegem precipuamente a segurança e a tranqüilidade coletivas – a “tranqüilidade da ordem” como definia Santo Agostinho. Assim, o homicídio o aborto o infanticídio devem ser combatidos pelo poder constituído. E com base nessas conceituações verifica-se na Constituição Criminal de Carlos V a seguinte punição ao crime de aborto e infanticídio: “Devia a criminosa ser enterrada viva, além de sofrer o suplício e o legislador acrescentava: onde houver comodidade de água sejam essas malfeitoras afogadas”. E isto se justifica, porque, sem

⁹ Cf. Santo Tomás de Aquino – Summa Ttheológica – Da Lei Q. C Artigo VIII

dúvida, para que a mãe resolva exterminar o filho, ou terá uma insensibilidade horrorosa, própria dos piores facínoras ou então há de ceder a alguma dominadora injunção, que explicando ao ato, afaste a idéia de se tratar de pessoa sem quaisquer sentimentos de humanidade, por isso, devem ser eliminadas da sociedade para que haja segurança. Desde o primeiro século, a Igreja afirmou a maldade moral de todo aborto provocado.

“Vemos, diz Santo Tomás de Aquino, que é salutar a amputação de um membro gangrenado, causa da corrupção dos outros membros. Ora, cada indivíduo está para toda a comunidade como a parte está para o todo. Portanto, é louvável e salutar, para a conservação do bem comum, por à morte aquele que se tornar perigoso para a comunidade e causa a perdição para ela; pois, como diz o Apóstolo, um pouco de fermento corrompe toda a massa”¹⁰.

É óbvio que o Doutor Angélico jamais admitiria a aplicação da pena capital, sem antes apurar sob o ponto de vista psicológico a pessoa do criminoso. Jamais admitiria esse meio extremo sem a cuidadosa apuração dos fatos através do processo penal. Mas, uma vez apurada a ação dolosa do criminoso e sua periculosidade para a sociedade a sua exclusão da comunidade é necessária; e coerente com a doutrina de Santo Tomás, o recente Catecismo da Igreja Católica diz literalmente: no Artigo 2266: “Preservar o bem comum da sociedade exige que o agressor se prive das possibilidades de prejudicar a outrem. A este título, o ensinamento tradicional da Igreja reconheceu como fundamentado o direito e o dever da legítima autoridade pública de infligir penas proporcionadas à gravidade dos delitos, sem excluir, em casos de extrema gravidade a pena de morte. Por razões análogas os detentores de autoridade têm o direito de repelir pelas armas os agressores da comunidade civil pela qual são responsáveis.”

3. DAS PENAS CANÔNICAS

Se nos reportarmos ao Código de 1917, que embora revogado os autores não negam a sua técnica perfeita, encontraremos no dispositivo 2.216 o seguinte: “Os delinqüentes são castigados pela Igreja 1º com penas

¹⁰ Santo Tomás de Aquino, Summa Theológica 2ª Parte – Da Justiça Questão LXIV, Artigo II Tradução de Alexandre Correia Ed. Instituto Sedes Sapientiae, 1956- p. 442

medicinais ou censuras; 2º com penas vindicativas; 3º com remédios penais e com penitências”.

O que está contido no primeiro item permanece no atual Código – item 1º do Cânon 1312. Todavia, o item 2º do cânon 2.216 do antigo Código comporta algumas considerações. Dissemos no capítulo referente ao direito penal romano, que a vingança era o fundamento da pena. O direito canônico repele essa conceituação como já foi longamente dissertado. É que a palavra “vindicare” pode ser empregada em dois sentidos: no sentido de desagravo e no sentido de justa retribuição pela transgressão cometida. A esse respeito há uma magistral colocação exposta pelo autor Francesco Coccopalmerio ao comentar o cânon 2216 do Codex, ressaltando com muita propriedade que “ a expressão latina “ poenae vindicativae” foi mal traduzida em português através da fórmula “ penas vendicativas”, não indica, de forma alguma, uma eventual finalidade de “ vingança” por parte da Igreja com relação a um dos seus filhos errantes... “Vindicativae” poderia ser traduzido com o termo “rei-vindicativas”(subentendendo: da ordem perturbada pela ação em desacordo com a ordem eclesial “¹¹.

O legislador atual não empregou a expressão pena vendicativa no nº 2 do Cânon 1312 , mas sim penas expiatórias. E o item 3 desse mesmo cânon não sofreu grandes alterações.

Esse abrandamento das penas canônicas é devido ao direito canônico P que tomando por base a caridade passou a investigar cientificamente a pessoa do delinqüente, surgindo assim vários estudiosos da matéria como Lombroso, cuja teoria do criminoso nato não vingou, mas teve o mérito de estimular o estudo da pessoa do delinqüente, surgindo assim, a Psicologia Forense, a Medicina Legal. Graças à visão canônica do crime, a interferência do poder social no domínio da repressão, passou a ter relevância, abandonando a primeira forma de justiça punitiva, que foi a vingança executada pelo particular, dando uma conotação de segurança para a sociedade, conceituando a pena como “ privação de um bem, imposta pela autoridade competente, a quem transgride uma lei”.

Além das penas expiatórias previstas pelo cânon 1336 a lei pode estabelecer outras que privem o fiel de algum bem espiritual ou temporal e sejam

¹¹ Cf. Cappellini, Ernesto Problemas e Perspectivas de Direito Canônico Ed. Loyola- Artigo de Francesco Coccopalmerio, p.231

conformes ao fim sobrenatural da Igreja”(cânon 1312 §2º). Empregam-se também remédios penais e penitencias; aqueles principalmente para prevenir delitos, estas de preferência para substituir ou aumentar a pena”(cânon 1312 § 3º). As penas medicinais têm por objetivo corrigir o delinqüente.

Importante e eficaz peculiaridade do direito penal canônico é a pena automática, denominada pelo legislador canônico como “*latae sententiae*” contida no cânon 1.314, assim chamada porque é o próprio delinqüente que deve reconhecer a sua aplicabilidade, como por exemplo o apóstata da fé, o herege ou cismático, profanação das espécies consagradas etc... Difere da *ferendae sententiae* que só atinge o réu depois de infligida, como por exemplo a tentativa de celebração da Eucaristia, violação do sigilo sacramental.

A excomunhão é uma censura pela qual se exclui a alguém da comunhão dos fieis. As proibições ao excomungado estão previstas no cânon 1331 § 1. Não nos deteremos em cada uma delas para não ultrapassar os limites impostos a este trabalho.

Devemos mencionar, ainda, o julgamento dos delitos reservados à Congregação Para a Doutrina da Fé. São eles: delitos contra a Santidade do Sacramento e do Sacrifício da Eucaristia, delitos contra a Santidade do Sacramento da Penitência.

Para finalizar devemos dar ênfase ao princípio estabelecido pelo legislador canônico, constante do Código, ou seja” respeitar a equidade canônica e ter diante dos olhos a salvação das almas que, na Igreja, deve ser sempre a lei suprema”(cânon 1.752).

CONCLUSÃO

1. Na primeira forma de justiça punitiva no direito romano, que foi a vingança executada pelo particular ficou superada com o advento do Cristianismo, conceituando a pena como segurança para a comunidade.
2. O fundamento jurídico da aplicação da pena foi estruturado por Santo Tomás de Aquino na *Suma Teológica*
3. A influência do Cristianismo deu nova estrutura à Ciência Penal, desenvolvendo as ciências auxiliares como medicina legal e psicologia jurídica.

4. A dignidade da pessoa humana é questão relevante para a aplicação da pena, portanto o seu fundamento filosófico e teológico é o da eminente dignidade da pessoa cristã criada à imagem de Deus.
5. O fim da pena é dar segurança à sociedade, corrigir quem cometeu ação contrária ao que determina a Igreja, restabelecer a ordem perturbada em consequência de tal comportamento e prevenir comportamentos similares.

Prof. Dr. José de Ávila Cruz
Professor do Instituto de Direito Canônico
Pe. Giuseppe Benito Pegoraro.