

# ASPECTOS DA HISTÓRIA DAS CODIFICAÇÕES MODERNAS: CONEXÕES ENTRE A DIMENSÃO IDEOLÓGICA E OS REGIMES DE LEGALIDADE<sup>1</sup>

Stefano Solimano \*

*Que de choses dans une loi!*  
**Jeremy Bentham**

## 1 INTRODUÇÃO

É bom antecipar, ainda que de modo esquemático, o que pretendemos mostrar. Contrariamente ao que se acredita de modo comum, o *code pénal* de 1810 não constitui o baricentro da repressão penal, ou, melhor dizendo, não é o único nível. Ao lado dele colocam-se outros dois que potencializam enormemente a resposta repressiva. O primeiro coloca-se no nível da exceção: são os tribunais especiais que, essencialmente, permitem ao poder político suspender o sistema de garantias acolhido nos dois códigos (penal e processual) em nome da segurança do Estado. Com tal instrumento, pretende-se perseguir não só e exclusivamente os crimes cometidos por bandos de criminosos que agem violentamente na zona rural, mas também atingir aqueles que atentam contra a segurança do Estado. O sistema dos delitos políticos, já potenciado no código (falou, justamente, de um retorno do *crimen laesae maiestatis*, Dal Ri), encontra aqui um pilar elevadíssimo e, como veremos, um instrumento muito eficiente. Eficientíssimo porque oblitera não poucos princípios colocados em defesa do imputado.

---

<sup>1</sup> Tradução de Ricardo Sontag, mestrando no programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutorando em Teoria e História do Direito na *Università degli Studi di Firenze*, Itália. Membro do grupo de pesquisa em História da Cultura Jurídica CNPq/UFSC, coordenado pelo prof. Arno Dal Ri Jr. Revisão de Arno Dal Ri Júnior, professor de Direito Penal dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Università Luigi Bocconi, Milão, Itália. Pós-doutor em Direito pela Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Paris, França. Coordenador do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica CNPq/CCJ/UFSC..

\* Professor Ordinário de História do Direito medieval e moderno na Faculdade de Direito da Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, sede Piacenza. Membro da Sociedade Italiana de História do Direito. Membro da Société d'histoire du droit. Redator da revista jurídica europeia *Forum historiae iuris* ([www.forhisiur.de](http://www.forhisiur.de)).

O terceiro nível de repressão é quase escondido: é introduzido à *pas de lous*, como diriam os franceses, sub-repticiamente. Trata-se de um nível que emerge à luz do sol em 1810 e 1812 quando Napoleão decide subtraí-lo do *arbitrium* da política e reservá-lo para si. Estamos falando da detenção administrativa que não é utilizada tão-somente para os reincidentes, mas para sujeitos que, como veremos, por diversas razões, resultassem perigosos para o Estado. Mais uma vez, é um meio para *muscler* o delito político.

Por fim, tentaremos, em breves menções, analisar o outro modelo, ou seja, o habsbúrgico, para reprimir o dissenso político, e quais instrumentos são utilizados. Reencontramos a mesma estratégia construída em vários níveis?

## **2 OUVERTURE. DISCURSO ANTROPOLÓGICO, ESPIRITUAL E POLÍTICO NA FRANÇA PÓS-TERMIDOR.**

Pode parecer estranho começar por um fragmento de um filme de Truffaut. Porém, nada melhor do que estas seqüências é capaz de representar o contexto ideológico, espiritual, filosófico, científico e político dentro do qual toma forma o sistema de repressão penal da época napoleônica.

A queda de Robespierre em julho de 1794 representa uma verdadeira ruptura para os homens que sobreviveram aos *dias das carroças*, ao banho de sangue com andamento exponencial. Os homens que tomaram parte na revolução, justo porque viveram em primeira pessoa as aberrações e reneгаções dos direitos humanos consumados durante os anos de 1793 e 1794 aparecem agora marcados na alma pela tragédia da qual saíram. O ano de 1789 continua a ser considerado um ponto não de retorno, mas, ao mesmo tempo, constitui, *a posteriori*, o prelúdio de uma ilusão. A experiência do Terror abriu os olhos dos juristas e, compreensivelmente, modificou também o seu *biotope idéologique*. Nunca confiar em um desenho de reestruturação palingenética da sociedade, advertem. Nesse período, a experiência é o único cânone a ser utilizado para reedificar a nação. Cedamos a palavra a Simeon, deputado e futuro codificador: «[...] A experiencia nos convida a não nos abandonar demais à *doce sedução de uma filosofia abstrata que vê os homens como gostaria que eles fossem... e que não os vê como eles são* » (Siméon, 18 germinal an V, AN, AD XVIII C 396).

Como se vê, as palavras desse jurista caracterizam-se por um claro pessimismo antropológico. Os discursos de Rousseau, que partiam da hipótese de um estado de natureza caracterizado pela intrínseca bondade do homem, são considerados imprudentes e ingênuas *reveries*. Foi Maquiavel, talvez, quem acertou em cheio<sup>2</sup>. O axioma rousseauiano segundo o qual o homem é mau porque más leis o dessocializou, e boas leis o ressocializam, é considerado não tanto utopista, mas profundamente errado. O processo a seguir é inverso. O homem no estado de natureza aparece, para empregar as palavras de dois profissionais da justiça que ocuparão postos de primeiro escalão na alta burocracia napoleônica, como um “estado de miséria, de imbecilidade”<sup>3</sup> e de conflitualidade. O selvagem é um homem nada dócil, escreve Bernardi, futuro chefe de divisão da sessão civil do Ministério da Justiça: « *da verdadeira natureza do homem* » «Quando deixamos as regiões tenebrosas da Filosofia, e que, colocando de lado todos os sonhos que ela nos legou sobre a bondade natural dos homens, a consideramos tal qual a experiência lhes a mostrado em todos os tempos, a cena torna-se bem »<sup>4</sup>. «Portanto, é praticamente evidentemente que o homem, deslocado dos lugares da civilização, deve ser um animal muito feroz e terrível»<sup>5</sup>. Para « domesticar os homens », « precisamos, sem dúvida, dos mesmos meios que

---

<sup>2</sup> Era, porém, Maquiavel, que havia vivido «au milieu des troubles politiques» e tinha visto «les hommes ignorans, fanatiques, intéressés, tels qu'ils seront jusqu'à la consommation des siècles, et dans tous les pays», que colheu o sinal: «Ce sont ces hommes-là que vous êtes appelés à gouverner; et non pas ceux de Jean-Jacques» Horace Say, 10 frimaire an V, *Décade philosophique*, p. 443

<sup>3</sup> O estado de natureza, «l'âge d'or si vanté par les poètes», não será outra coisa senão um estado «de misère, d'imbecillité, de déraison», e onde o homem selvagem podia ser tudo, exceto bom: J.A. PERREAU, *Études de l'homme physique et moral considéré dans ses différents âges*, Paris, Imprimerie des Annales d'agriculture, An 6, 1797, p. 367 n. 30 (BNB, B XI 5 139) . «Le sauvage est généralement l'homme d'une nature dégradée, misérable, souffrante, vouée tantôt à une stupidité absolue, tantôt au délire de l'imagination la plus extravagante: voilà pour le moral; et généralement pour le physique, déformé souvent d'une manière hideuse. Quelques efforts que l'on a fait depuis long tems pour embellir cet état, convenons donc de bonne foi que ce n'est pas là qu'il faut prendre nos modèles de régénération, quoi qu'il en soit des choses dignes d'estime et d'admiration que nous y pouvons quelquefois remarquer»: PERREAU, *Études* cit., p. 157.

<sup>4</sup>*Ibid.*, p. 44. Bernardi havia intitulado eloquentemente este capítulo «De la véritable nature de l'homme».

<sup>5</sup>«Quel tableau que celui des excès aux quels les hommes se sont livrés de tous les tems, de cruautés, des outrages qu'ils se sont plus à exercer sur leurs semblables; des dégoûts, des calamités de toute espèce, dont ils ont tourmenté leur fragile existence et semé la courte carrière qu'ils avoient à parcourir?»: *ibid.*, p. 45.

utilizamos para domesticar os animais selvagens. É preciso amarrá-los, amordaçá-los, acostamá-los pouco a pouco a ver seus próximos sem mordê-los ou devorá-los»<sup>6</sup>.

Uma despedida de Rousseau, e, talvez, um claro desembarque na visão lupina de Hobbes.

Assistamos, então, algumas seqüências do filme. Transcorre o ano de 1798. Nas florestas de Aveyron é encontrado um selvagem, um adolescente que nunca conheceu a *civilisation* e que conseguiu sobreviver sozinho na floresta. É um verdadeiro selvagem, e, assim, os cientistas tremem, já que ele poderia confirmar ou refutar o discurso antropológico de Rousseau. A análise dos médicos, dos cientistas, não deixa dúvidas: o ser humano é naturalmente mau, já que esse adolescente comporta-se como uma verdadeira fera rebelde, sem compreender que se trata de uma criança surda-muda abandonada pelos próprios pais na floresta, traumatizado e habituado a conviver com os lobos.

## 2.1 Itard, Cabanis e Bentham

O encontro do 'sauvage de Aveyron' traz consigo outra importantíssima reviravolta. O médico Itard, que decide ocupar-se do adolescente, personifica a figura do médico-filósofo que bebeu na concepção filosófico-científica do colega Pierre George Cabanis que, a partir de 1796, estava ilustrando, muito aplaudido, o conteúdo das suas especulações no *Institut*. Influenciado pelo sensitivismo e, em virtude da sua formação científica de médico, Cabanis persegue o objetivo de conjugar filosofia, medicina e fisiologia, aportando, como resultado final das pesquisas, em uma concepção antropológica reducionista e materialista. Mesmo proclamando-se devedor dos seus inspiradores (Helvécios, Condillac, Cartesio, D'Holbach e La Mettrie), ele critica-os por ter elaborado concepções filosóficas caracterizadas por uma excessiva abstração. O que falta na teorização deles é, essencialmente, uma pesquisa experimental rigorosa. Em outras palavras, a

---

<sup>6</sup>*Ibid.*, p. 49. E dizer que doze anos antes ele não hesitava em afirmar que «le vrai but de la nature est donc que les hommes vivent en société, pour s'y secourir mutuellement et pour perfectionner les facultés qu'elle leur a données, et au développement desquelles elle attache leur félicité. Ceux qui nient l'existence de cette première Loi, et qui voudroient renvoyer les hommes dans les forêts, raisonnent aussi sensément que s'ils propoisoient de faire habiter les villes par les lions ou par les

empreendedora *idéologie* pretende verificar « no campo » aquilo que os mestres do sensitivismo formularam somente em via hipotética. Uma pesquisa exclusivamente experimental, inclusive no âmbito da moral, pode conduzir a resultados cientificamente aceitáveis. E somente um estudo da natureza humana fundado na *analyse* (verdadeiro “slogan *idéologique*”) e na *évidence* pode legitimar a pretensão de chegar a resultados matematizáveis e repetíveis. Daqui, o propósito de escrever um novo *Traité des sensations*.

O homem de Cabanis, em certos aspectos, aproxima-se daquele representado por La Mettrie e Condillac, já que age quando movido pelas solicitações do mundo externo; em outros distancia-se, já que aparece influenciado também – e esta é a novidade – pelas sensações que os órgãos internos exercitam sobre o corpo. Nem estátua, nem máquina: para Cabanis qualquer fenômeno deve ser reconduzido ao físico. Nessa perspectiva, os próprios sentimentos, como o amor e a simpatia, derivam de uma «mistura de influência orgânica direta, que parece independente da reflexão». Mas se o comportamento do homem parece absolutamente previsível e mecanicamente necessário, qual pode ser a margem e o papel do educador e, o que mais nos interessa, o do legislador? Bem, Cabanis deixa aberta uma brecha no muro do seu determinismo: ele observa que a conduta do homem pode variar com base no clima, no sexo, e, sobretudo, com base na *habitude*.

O ser humano, então, justo por ser «particularmente inclinado à imitação», em geral, imita e reitera determinados comportamentos. E a repetição constante destes comportamentos, por sua vez, produz, segundo Cabanis, uma conseqüência fundamental em nível físico, isto é, uma transformação no «estado da sensibilidade dos diferentes órgãos». Por isso, o professor através das práticas pedagógicas, e o legislador através da técnica legislativa, podem educar e governar o homem condicionando os seus hábitos. Estes, por sua vez, agem sobre os órgãos internos do indivíduo, determinando uma modificação morfológica; os órgãos internos, enfim, produzem manifestações psíquicas correlatas, como o pensamento e o sentimento.

Uma verdadeira reação em cadeia, portanto. Colocados estes postulados do pensamento *idéologique*, parece evidente como o papel do moralista e do legislador devem ser considerados fundamentais: estes podem, de fato, programar, segundo esquemas

artificiais preestabelecidos, o comportamento dos indivíduos. O homem é uma marionete, o legislador um Grande Bonequeiro. Não por acaso, Cabanis observa como é «desse ponto de vista que o estudo psíquico do homem é principalmente interessante; é lá que o filósofo, o moralista, o legislador, devem fixar o olhar, e que eles possam cada vez encontrar luzes novas sobre a natureza humana, e vias fundamentais para o seu».

E então, a imagem de um homem como ser totalmente subordinado às leis naturalistas da causalidade, como criatura movida, em primeiro, pela busca do prazer e sujeito a uma conduta mecânica previsível e quantificável, é divulgada, neste período na França, por outro jusfilósofo de certa relevância. O seu nome é Jeremy Bentham, aquele que será representado como o pai do utilitarismo europeu. As premissas são idênticas e inserem-se perfeitamente no clima cultural e político pós-termidoriano:

“velar pela educação de um homem significa velar sobre todas as suas ações: é colocá-lo em uma posição onde seja possível influenciá-lo como se quiser, pela escolha dos objetos que o circundam e pelas idéias que se fará nascê-lo» (*Panopticon, Traités de législation, 1802*)  
 «as sensações dos homens são bastante regulares para tornarem-se o objeto de uma ciência e de uma arte» (*Principes du code civil, nei Traités de législation, II, p. 18*)<sup>7</sup>

Como se vê, trata-se da mesma impositação. Shakankiri e Zanuso, que estudaram a fundo este aspecto da concepção benthaminiana, não hesitaram em afirmar que em Bentham o ser humano é submetido ao mesmo tratamento reservado ao “cão de Pavlov”.

---

pp. 5-6.

<sup>7</sup> A explicação é do seu tradutor em 1796: «Pathologie est un terme nécessaire pour exprimer la connoissance des sensations, des affections, des passions, et de leurs effets sur le bonheur. La législation qui jusqu'ici n'a été fondée, ce semble, que sur des apperçus vagues, sur un instinct mal développé, doit être assise sur la base solide des sensations et de l'expérience. Un examen scrupuleux de ce qui fait le bonheur ou le malheur des hommes peut paroître au premier coup d'oeil minutieux et long; mais jusqu'à ce que cette connoissance soit réduite en art, on ne verra que des essais, des efforts irréguliers, et peu suivis. La médecine a pour base des axiomes de pathologie physique. La morale est la médecine de l'âme, la législaton en est la partie pratique; elle doit avoir pour base des axiomes de pathologie mentale» (*Bibliothèque Britannique cit.*, V, p. 283). Ed era questa -osservava sempre il pastore ginevrino- *un'arte* «bien peu connu, bien peu recherché», che consisteva nel «diriger les espérances, de former d'avance les désirs, de maîtriser les attentes des hommes, pour éviter le malheur extrême de les heurter» (*ibidem*, p. 285)

## 2.2 O mundo dos juristas e a recepção da concepção antropológica cabanisiana e benthaminiana

O nosso discurso não teria sentido (seria pura erudição, fim em si mesma) se estas teorias não tivessem amplo eco entre os juristas. Limito-me a somente uma citação entre as tantas possíveis. Sai da pena de um criminalista, Scipion Bexon:

“Pareceria que a observação física do homem deve pertencer somente à ciência da medicina ou da fisiologia, a consideração do homem intelectual à filosofia, à ciência da metafísica, e que seja suficiente ao estudo da moral e à ciência da Legislação examinar no estado social, e de seguir nas suas ações, sem buscar conhecer as suas causas. É após *este grande erro*, que muitos moralistas e legisladores se ligam somente à superfície do homem, sem estudar os segredos e as variedades das suas organizações, os princípios de suas faculdades espirituais e a geração das suas idéias, escreveram suas máximas e ditaram as suas leis; ao mesmo tempo em que o conhecimento do homem em todas as partes de sua organização física e moral e diferenças que nele se encontram, aplicadas aos seus efeitos, nas diversas ações da vida, é uma única e mesma ciência, na moral e na legislação, porque todas as faculdades tratam, simultaneamente, umas das outras, se modificam mutuamente, concorrem juntas à determinação das ações do homem em todos os tempos da vida e em todas as circunstâncias: porque elas produzem, pelas suas diferentes combinações, a diversidade das disposições, a natureza das suas tendências, a intensidade das paixões”<sup>8</sup>.

«Encontrar-se-á, nesta Introdução, várias idéias de escritores célebres, tais como Montesquieu, **Bentham**, Filangeri, Blackstone, exposição da doutrinas de Gall, sem nome de autor, Pastoret e **Cabanis**, portanto, a bela obra dos *Rapports du physique et du moral de l'homme* está longe de ser estranha aos princípios da Legislação, e ao autor ao qual eu devo oferecer a homenagem de meu reconhecimento, pela cortesia com a qual ele me permitiu fazer uso dela»<sup>9</sup>

Em suma, as descobertas de Cabanis e Bentham são imprescindíveis para o legislador e para os juristas. O legislador deve considerar que é chamado a planificar e guiar a conduta dos cidadãos-indivíduos aproveitando-se dos automatismos psíquicos.

---

<sup>8</sup>S. BEXON, *Application de la théorie des lois à l'homme considéré dans ses penchants et dans ses passions ou droit primitif des sociétés et à leur droit particulier ou Code criminel*, Paris 1807, p. xij

### 3 BENTHAM IN CRIMINALIBUS

Devemos, ainda, fazer uma parada nas teorias de Bentham, já que, como se sabe, o filósofo dedica não poucas energias ao problema da questão penal e porque as suas propostas conformam-se perfeitamente às expectativas daqueles que, desde a queda de Robespierre, predicavam uma reforma do sistema criminal.

A primeira tradução sintética da concepção benthaminiana remonta a 1797. O aspecto interessante do caso é representado pela circunstância que tal tradução é colocada em apêndice à quinta edição da tradução do tratado de Beccaria. O jurista inglês é percebido como o perfeito continuador das teorias do jusfilósofo milanês. O organizador da tradução, Camille Saint Aubin, inicia do seguinte modo: "as páginas de Jérémie Bentham que nós imprimimos e que seguem, são um precioso resumo de um magnífico trabalho. Elas se encontram lá, de fato, no seu lugar, porque elas parecem e ter sido redigidas para complementar os pontos de vista de Beccaria".

As concepções de Bentham parecem ter sido escritas como complemento daquelas de Beccaria, escreve Saint Aubin... Trata-se de um equivoco? Beccaria é conectado às novas lógicas repressivas? A resposta é negativa. De modo contrário àquilo que comumente sempre se pensou, o pequeno tratado beccariano aparece certamente concebido dentro de uma concepção declaradamente e claramente utilitarista (o novo olhar da obra do milanês devemos a Mario Sbriccoli). O que deve ser evidenciado é que Beccaria corrige a tensão quando se dá conta que uma impositação radicalmente utilitarista entraria em conflito com os princípios de justiça. Em outras palavras, Beccaria se dá conta que nem sempre aquilo que é útil é justo; todavia, a estrutura reconstrutiva é, de qualquer forma, utilitarista. Ora, Bentham, pouco preocupado com os *caveat* de Beccaria, não faz outra coisa senão potencializar de forma desmesurada a dimensão do útil. Como se sabe, o jusfilósofo inglês propõe uma concepção da pena inspirada na lógica da defesa social e do castigo exemplar: «*là punition doit être économique et exemplaire*» [a punição deve ser econômica

---

<sup>9</sup>S. BEXON, *Application de la théorie des lois à l'homme considéré dans ses penchants et dans ses passions ou droit primitif des sociétés et à leur droit particulier ou Code criminel*, Paris 1807, p. i. (grifos meus)

e exemplar], escreve em 1797<sup>10</sup>. Em 1802, tratará de precisar em que consiste a exemplaridade:

«Tornem vossas penas exemplares – observa Bentham – dêem às cerimônias que as acompanham uma espécie de pompa lúgubre. Chamem para a vossa segurança todas as artes de imitação, e que as representações destas importantes operações estejam entre os primeiros objetos que tocam os olhos. Um cadafalso forrado de negro, este aspecto de dor – os oficiais da justiça vestidos de morte – o executor revestido com uma máscara que serve para aumentar o Terror e a esconder o que leva a uma indignação mal fundada dos símbolos do crime colocados na cabeça do criminoso, a fim de que as testemunhas de seus sofrimentos sejam instruídos sobre o delito que os atrai. Que todos os personagens deste drama terrível se movam em uma procissão solene – que uma música grave e religiosa prepare os» (Théorie cit., p. 71).

O velho principio do castigo exemplar travestido de especulações pseudocientíficas, poder-se-ia dizer. Um principio que é aplicado a uma sociedade atomizada perfeitamente héterodirigível, como o “imã que a atrai a lima de ferro”.

Dissemos inicialmente que esta teoria coloca-se em perfeita sintonia com as expectativas daqueles políticos e juristas que reclamam uma reforma do direito penal. Exatamente assim. O código de 1791 (o primeiro código penal que saiu da assembléia revolucionária) é considerado inadapado para combater a criminalidade e apresenta o defeito, segundo eles, de ter sido concebido partindo de uma concepção errada do ser humano. Em 1796, é introduzida a figura da tentativa como figura autônoma. Pois bem, lendo as paginas da exposição de motivos assinada por Pastoret, emerge a nova filosofia que deve guiar o legislador: “Quando a Assembléia Constituinte prescreveu a perpetuidade das sanções detentivas, contou com a força do arrependimento. É tão bonito pensar que o tempo poderá trazer de volta à virtude os criminosos. A Comissão não soube resistir, ainda, a tais esperanças”. No ano seguinte, o deputado, que com Jean-Jacques não compartilha senão uma singular homonímia, não usa meio termo: “é com a imagem de uma morte cruel e desonradora que é preciso atingir o delinqüente. Com um salutar terror”.

---

<sup>10</sup>*Traité des délits et des peines par Beccaria; traduit de l'italien par André Morellet; nouvelle édition corrigée; précédée d'une Correspondance de l'Auteur avec le Traducteur; accompagnée de notes de Diderot; et suivie d'une Théorie des lois pénales, par Jérémie Bentham; traduite de l'Anglais par Saint-Aubin 1797.*

Para alguns destes juristas, entre os quais desponta o nome de Portalis, o código de 1791 é o fruto da falaciosa e filantrópica teoria de Beccaria. O autor de *Dos delitos e das penas* aparece como o responsável por ter contribuído “a afluir uma verdade, triste se se quer, mas que o legislador deve sempre ter presente no pensamento», isto é, que a sociedade «possui no seu seio uma massa de homens, sobre os quais a civilização jamais pôde ter o poder, e que procuram sem cessar romper o jogo salutar das leis, queriam viver em uma anarquia, em que a utilidade fosse somente para eles»<sup>11</sup>. A obra de Beccaria, em suma, produziu «uma imprudente sensibilidade»<sup>12</sup>. Um julgamento compartilhado por Portalis: «si l'on n'eut point abandonné l'observation et l'expérience, on ne se fut jámais livré à d'aussi vaines théories»<sup>13</sup>. Agora é Bentham, e não mais Beccaria que constitui o novo e realista modelo inspirador.

#### **4 NAPOLEÃO E A CODIFICAÇÃO PENAL (1801-1810). “LE CODE EST UN PACTE DE GUERRE...”**

«O segredo do legislador deve ser saber tirar proveito transversalmente daquilo que ele pretende reger»<sup>14</sup>: «a utilidade circunscreve tudo». Inclusive Napoleão parece ter sido conquistado pelo ‘novo’ credo ideológico cabanisiano/benthaminiano. E se acreditamos naquilo que Bentham escreve ao seu irmão, Bonaparte teria apreciado a obra do jusfilósofo inglês definindo-a “um livro de gênio”.

Não é de se espantar que Napoleão tenha recepcionado as novas especulações filosóficas e, sobretudo, que ele tenha sabido utilizá-las para os próprios fins. Sabe-se muito como Napoleão, lúcido estadista-tirano, conseguiu edificar um verdadeiro Estado-pessoa. Sabe de onde tirar o consenso, intui imediatamente como atingir os opositores que cada vez tentam barrar aquela que parece ser a sua irresistível ascensão. Intui imediatamente quais são as aspirações de uma sociedade que teme em viver uma mobilização revolucionária

---

<sup>11</sup>BERNARDI, *Nouvelles Théorie des lois civiles* cit., pp. 189-190.

<sup>12</sup>*Ibidem*.

<sup>13</sup>PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique* cit., pp. 308-309.

<sup>14</sup>«Le génie de l'ouvrier doit être de savoir employer les matériaux qu'il a sous la main;- observava Napoleone il 18 luglio 1816- et voilà, mon cher, un des secrets de la reprise de toutes les formes monarchiques, du retour des titres, des croix, des cordons. Le secret du législateur doit être de savoir tirer parti même des travers de ceux qu'il prétend régir»: *Le Mémoire de Saint Hélène*, Comte de Las Cases, a cura di G. WALTER, ed. La Pléiade, Gallimard, Paris 1956, I, p. 896.

infinita. A resposta do autocrata passou para a história: Cidadãos, a revolução se fixou nos princípios que a têm iniciado: ela terminou”. O que significa ? Eis a resposta: adquirentes de bens nacionais, fiquem tranquilos... Aquilo que a sociedade pede é o retorno à normalidade. «*Aujourd'hui lá France respire*» [hoje a França respira], afirmará a propósito Portalis no seu *Discours préliminaire*. Entre os elementos que turbam a sociedade, entra, sem dúvida, a questão da ordem pública. Os campos franceses são depredados impunemente e sem controle, primeira entre elas a quadrilha de Orgères, de modo que se pode compreender como o alarme social estivesse registrando picos preocupantes.

É nesse contexto que toma forma, então, a questão penal napoleônica. Depois de ter aberto a fábrica pelo *code civil*, pensa-se na codificação criminal. Sabemos bem o que pensava Napoleão sobre a codificação: o código, para ele, é um instrumento a serviço do poder público e em uma ótica dirigista e centralizadora, mais do que como meio de exaltação ou de defesa do indivíduo. Uma máquina de guerra a serviço do seu cesarismo, já se disse eficazmente (CAVANNA, 2001). Certamente, Napoleão nem sempre parece apreciar os princípios garantistas e os institutos que os códigos revolucionários acolheram. O júri popular lhe é particularmente restrito, já que impede uma célere e pronta repressão, assim como o perturbante princípio de legalidade. Em 1811, mostrará não pouco insatisfação diante de tal princípio que não permite punir senão em presença de um preciso texto legal. Já que um dispositivo do código não pode, evidentemente, ser aplicado extensivamente, eis a reação deixada para a pósteridade nos trabalhos preparatórios organizados por Locré: “O sistema rígido que permite aos juízes condenar somente após uma disposição que qualifica formalmente de crime ou delito o fato que a eles se defere, aos mais graves inconvenientes: tudo o que não foi previsto permanece impune. Com leis que entram a ação da justiça, sou obrigado a buscar sozinho desordens capazes de enganar o Estado e de reprimi-los arbitrariamente”.

Aqui, Napoleão não compreendeu (diferentemente dos soberanos habsbúrgicos) que o princípio de legalidade possui, em verdade, uma natureza ambígua, no sentido que se presta também a uma leitura absolutista. Além de tudo, ele cogitou outros instrumentos aos quais confiar uma potente repressão que escapa do princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Logo mais veremos isso. Primeira, uma breve parada no código penal, já que não se pretende aqui gerar a idéia que ele foi concebido como um ‘código para cavalheiros’. Uma

parte minoritária da historiografia jurídica está convencida que não existe uma ruptura entre o código de 91 e o napoleônico (Láscoumes, Lenoel, Poncelá e, na Itália, Martucci). Nós continuamos a considerar que a ruptura exista e que foi bem evidente. Se existe alguma diferença, é, talvez, entre o projeto de 1801 e o texto definitivo de 1810. O segundo tempera, mesmo que muito pouco, alguns aspectos macabros que caracterizam o primeiro projeto realizado por Target. De resto, os dois códigos refletem dois momentos diferentes da experiência napoleônica: o de 1801 exprime uma sociedade dilacerada pelo crime, o de 1810 uma sociedade onde a questão da ordem pública interna aparece já em vias de solução graças à atividade dos tribunais extraordinários dos quais falaremos em breve. Partindo do sistema de crimes, o elemento que salta aos olhos imediatamente é a potencialização dos crimes políticos, crimes políticos com contornos vagos. O colega Dal Ri evidenciou, justamente, um grande retorno do *crimen laesae maiestatis*. Que essa parte seja considerada a mais importante do código, confirmam vários elementos. O primeiro é um dado que emergiu da nossa última pesquisa junto aos *Archives Nationales* de Paris. Trata-se de uma carta contida em um envelope extravagante, um daqueles envelopes que pertencem a um funcionário desatencioso e, do jeito que estava, foi colocado nos arquivos. À primeira vista, poderia parecer um simples despacho burocrático endereçado à imprensa pública. Administração ordinária, em suma. Na realidade, ele contém uma ordem motivada de Napoleão bastante significativa:

Cidadão,

O primeiro Cônsul examinou o projeto de Código Criminal, correcional e de polícia, o qual ordenou a comunicação aos tribunais de apelação. Ele pensou que os Capítulos relativos ao modo de proceder contra os autores ou cúmplices contra a Constituição – colocados em julgamento à Alta Corte; tratam de objeto de alta política que não pode podem ser submetidos ao exame preambular por parte do governo. Conseqüentemente, o primeiro Cônsul deseja que estes três capítulos não se encontrem nos exemplares cujo ordenou a distribuição aos tribunais e que vocês suspendam o envio do projeto para deixá-lo prosseguir(?) somente após ter sido destruídos(?).

Ele julga conveniente que vocês aproveitem o prazo necessário para redigir um capítulo sobre os julgamentos, e a punição, dos delitos que terão por objeto o atentado contra a vida do Chefe de Estado.

Quais considerações desenvolver acerca desta carta? Primeiro: as questões de alta política constituem matéria reservada ao Governo, já que em relação aos magistrados, Napoleão não tem muita confiança a ponto de proceder a duas sucessivas depurações; é bom que eles sejam os últimos a conhecer essas disposições, o que nos leva a perguntar se o envio dos projetos a magistratura não era um meio para fazê-los acreditar que tinham um papel (na realidade nulo) na fabricação dos codes. Segunda observação, muito mais interessante para os nossos fins. Parece claro como a tutela do poder constituído constitua o bem jurídico primário. A defesa do Estado, antes de tudo, sobretudo e a todo custo. À luz do conteúdo da carta aqui reproduzida, compreendemos ainda melhor as palavras do relator Dhaubersart ao corpo legislativo ilustrando o livro I do code pénal: “Ocorre distinguir os crimes que atentam contra a existência política de um império daqueles que lesam os interesses privados. Contra os primeiros, o legislador deve servir-se de todos os meios úteis para impedi-los, mesmo quando estes remédios causem danos aos direitos de um terceiro, porque em termos de legislação, a conservação do Estado e da sociedade é a lei suprema”. Se a esta citação acrescentarmos outra, a do Presidente do tribunal de Marseille, para o qual “o código penal é um pacto de guerra”, ou ainda as palavras do discurso preliminar do projeto de code pénal elaborado por Target em 1801, então podemos realmente dizer que tout se tient. Quando se está em guerra, todos os meios são lícitos: os tribunais extraordinários, a detenção administrativa ad libitum, são desleais, mas fatais armas de guerra. E ainda, se olhamos a máquina de guerra por excelência, o code pénal, um artefato no qual foram inseridos dois lança - mísseis de longa distância, ele parece em si mesmo letal. O dado quantitativo é significativo: em 487 artigos, 197 servem para defender a segurança externa e interna do Estado. Se para além disso consideramos que “todos os delitos contra a segurança do Estado, contra a constituição do reino e contra a paz pública são formulados de maneira tão genérica e indeterminada a ponto de permitir a criminalização de toda forma de dissenso político” (Neppi-Modona), disposições que prevêm, além da pena de morte, inclusive a odiosa sanção de confisco geral dos bens, ou que, no âmbito da co-participação criminosa, acolhe o princípio da tipificação unitária da fatispécie de concurso, o quadro torna-se ainda mais sombrio. E se consideramos que estas disposições são sustentadas pela concepção antropológica e filosófica que acabamos de descrever e que a sociedade civil pede ordem, e, portanto, sustenta o princípio do castigo exemplar, o conjunto torna-se bastante desconfortante. Se o

ser humano aparece como irredutivelmente egoísta, ou, mais do que isso, mau, é claro que o legislador não deve fazer outra coisa senão frear tais inclinações destrutivas. Nesta perspectiva, o direito penal é concebido unicamente como instrumento de controle social. Útil para um escopo bem preciso: reduzir ao mínimo os danos que o homem pode trazer à sociedade. Limitamo-nos a algumas passagens tiradas do Rapport de Target de 1801, um discurso que arrancou os mais amplos consensos no interior dos corpos judiciários e que será conservado como ‘Discours préliminaire’ do texto definitivo de 1810. Target considera inevitável reintroduzir algumas sanções corporais (como a mutilação para o parricida ou a marca a ferro quente para os ladrões e falsários) e prever um aparato cênico impressionante, seja para a execução da pena de morte (sanção tida como “ainda evidentemente necessária”), seja para a sepultura do condenado. Nestas páginas Target parece absolutamente resignado a tomar consciência dos limites e da precariedade da idéia que postula uma progressiva melhora nos séculos da humanidade. As expressões usadas por ele não concedem esperança: “As sociedades às quais se dá leis devem ser consideradas como elas são e não como elas deveriam ser. A verdadeira sabedoria respeita a humanidade mas não sacrifica a segurança pública”. Aos olhos de Target pós-termidoriano todo consórcio humano pulula de “almas duras, secas, ferozes, desnudada de idéias morais»: de criaturas com «fibras grosseiras» que obedecem unicamente «as suas grosseiras sensações». Parece ter sido essa a lição tirada da Revolução e a mentalidade gerada em Target, como um pouco em todos os juristas napoleônicos que sobreviveram à tormenta. Target, que em 1789 olhava o povo com a solicitude de um pai, confiante que ele pudesse ser guiado na direção do bem “com sapiência e prudência”, em 1801, na população criminal a ser submetido a tratamento repressivo, não discerniu senão uma «raça bastarda [...] cujo regeneração se deixa a pena». Aquele que no começo da Revolução acreditava sinceramente no valor da educação e na função pedagógica da lei, agora acha que a idéia de “aperfeiçoamento” é “raramente aplicável”. Ela tornou-se uma idéia “quase quimérica”. Target, ao traçar a linha do novo direito napoleônico, fundamentalmente inspirado no princípio da intimidação, faz-se interpretar não só das exigências do poder político constituído em Brumário, mas também, já se disse, das aspirações da sociedade civil, ansiosa por ordem e ‘normalização’. E sobre isso, o ex-constituente não tem dúvidas: “a pátria entregue pelo Terror pelo exemplo será

abençoada<sup>15</sup>» estas medidas legislativas drasticamente re-saneadoras. Sobre isso, já havíamos antecipado, ele não é um jurista isolado: quase todos os magistrados franceses chamados a fazer observações sobre o texto do projeto consideram que a exemplaridade da pena é indispensável para a defesa social. Recordemos as palavras do Presidente do tribunal de Marseille, Ricard D'Alláuck, em parte já citadas: «O código penal é um pacto de guerra, é necessário que se trema ao lê-lo; é necessário para a humanidade que tudo ali seja terrível, até o estilo empregado na sua redação». Como bem disse Cavanna: estamos no higienismo social<sup>16</sup>.

Agora chegou o momento de passar ao exame dos famigerados tribunais extraordinários.

## **5 OS TRIBUNAIS EXTRAORDINARIOS. BENJAMIN CONSTANT VERSUS PORTALIS.**

«Votando a manutenção do júri, tenho sido determinado somente pela certeza que existia tribunais de exceção; por que, na maioria dos casos o júri não emprega muita firmeza para que se possa dizer que só ele remediará todas as desordens ».

Acreditamos que a citação desta passagem mostre claramente a política repressiva de Napoleão. O Primeiro Cônsul, não conseguindo resistir às pressões daqueles que ainda viam o júri como o Palácio da liberdade, como um dos produtos mais representativos daquela Revolução (em relação a qual ele, de qualquer forma, quer fazer acreditar que é herdeiro) age com astúcia instituindo, para retomar um termo cunhado por Mario Sbriccoli para descrever os caracteres permanentes do direito penal italiano unitário, um duplo nível de legalidade. Ao lado do princípio, a exceção. Tribunais especiais que julgam prontamente determinadas categorias de imputados sem qualquer júri (nem de defesa, nem de acusação) e sem possibilidade de recorrer ao Tribunal superior, a não ser por regulamento de competência. Uma exceção, esta dos tribunais extraordinários, que não pode encontrar espaço senão em uma lei especial que é aprovada em 18 pluvioso ano IX (7 de fevereiro de 1801). Brevemente, o conteúdo. Em uma primeira passada de olhos,

---

<sup>15</sup>LOCRÉ cit., p. 8.

poderíamos ser induzidos a considerar que tal lei limite-se a seguir as consolidadas disposições do ancien régime que eram devolvidas à cognição das Cours prévôtales, isto é, vagabundagem, assalto, assalto às diligências. Lendo melhor, porém, encontramos ulteriores comportamentos puníveis, como a sedição e a maquinação. Como se vê, um mélange de competências que se trouxe seja da experiência do ancien régime, seja dos tribunais revolucionários. A mesma constatação pode-se fazer em relação a composição: três juízes togados, três militares com, pelo menos, grau de capitão, e dois cidadãos. Esses cinco últimos são nomeados pessoalmente por Napoleão, assim como o executivo indicava os juízes dos tribunais instituídos durante o período do Terror. Inclusive as proibições de apelar e recorrer ao tribunal superior constituem uma herança dos tribunais mencionados. É preciso evidenciar, por fim, como a derrogação dos princípios garantistas sancionados na Constitution (arts. 62, 63, 64) foi prevista pela própria constituição. Portalis, principal artífice da lei, invoca o art. 92 da Constituição do ano VIII, com base no qual em caso “de revolta à mão armada ou de perturbações que ameaçam a segurança interna do Estado, a lei pode suspender, nos lugares e pelo tempo que ela determina, o império da Constituição”. E, para observar o requisito da temporaneidade, estabelece-se que os tribunais especiais continuem em atividade nos dois anos sucessivos à proclamação da paz geral. É quase supérfluo recordar, aqui, qual é a « corda » que o pai do code civil « toca » ilustrando o conteúdo das disposições. Não pode ser outra senão a da exemplaridade: « Grandes exemplos são necessários em grandes ocasiões ». “ após perturbações civis, após uma grande revolução, ficam desordens a serem reprimidas; é a tormenta que vem depois da tempestade; não se mexe impunemente na ligação e no fundo do Estado ». Até aqui, ficaríamos tentados em afirmar que o discurso está firme. As primeiras cesuras aparecem no momento em que Portalis é chamado para justificar a proibição de apelar e de recorrer ao Tribunal superior, uma justificativa repetida nos mesmos termos a distância somente de algumas linhas: “a marcha e a lentidão destas formas demandam um espaço de tempo que seria perdido para o exemplo, para a prova, para a sociedade”... E, ainda: “a lentidão que entretinha este recurso comprometia a ordem pública, diminuindo o efeito do exemplo”. Palavras que, francamente,

---

<sup>16</sup>CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica* cit., p. 749.

esperaríamos de um ex-terrorista como Merlin, mas não tanto da boca de um Portalis, que escapou milagrosamente do patíbulo...

De maneira absolutamente inesperada, este projeto de lei encontra uma vivaz e inteligente oposição na tribuna da parte de um pelotão de intelectuais que vê em Benjamin Constant o tenor da Assembléia. Não podendo examinar, aqui, analiticamente o seu protesto e sua meditada denúncia; tentemos, todavia, colher os aspectos mais relevantes. Dificilmente encontraremos argumentos pouco persuasivos ou “partidarescos”. Extremamente vaga, obscura, arbitrária: são estes os principais adjetivos martelados por Constant. Uma lei onde falta, antes de tudo, taxatividade, diríamos hoje. Disposições que atribuam um poder assustador ao juiz<sup>17</sup> e que apresentam duvidosa constitucionalidade, acrescenta Constant. Enfim, é o espectro do regime que é invocado: « vós conheceis os efeitos terríveis das instituições temporárias... Eu não poderia votar um projeto que, direcionado a alguns criminosos, ameaçaria todos os cidadãos ». São estas as últimas e fulminantes palavras.

Evidentemente, não agrada a Napoleão esta oposição. No Journal de Paris, ele manda publicar um violento artigo: «São doze ou quinze, e se crêem um partido. Insensatos inexauríveis, eles se dizem oradores. Eles enunciam desde cinco ou seis dias de grandes discursos que crêem pérfidos, e que são somente ridículos, miseráveis metafísicos».

Ocorre que a lei passa, ainda que por poucos votos. Não é de se excluir que o atentado contra Napoleão (a famosa máquina infernal da rue Nicaise) tenha alarmado não poucos tribunos e tenha determinado a aprovação do texto. De qualquer forma, em 1802 o ditador deve soprar as trombetas. Em um ano, foram celebrados mais de 784 processos: «grandes culpáveis foram processados, as testemunhas deixaram de serem mudas». O que pretende a ênfase no sucesso? A resposta é evidente. À prorrogação, naturalmente, que, reiterada mais de uma vez, chega até à entrada em vigor da nova codificação. Mas não é só. Parece oportuno evidenciar que durante os trabalhos preparatórios do código da justiça

---

<sup>17</sup>Dira-t-on que les juges n'auront aucun interet à s'ecarter de ces formes? Mais nous voyons tous les jours des juges ordinaires manquer aux formes par erreur, par oubli: les membres du tribunal spécial auront-ils un privilège surnaturel? Seront ils plus que d'autres exempts d'erreurs, d'oubli, de passions? Si, après le jugement, il n'ya pas appel pour vices de formes, pour fausse application de la loi, ce ne sont plus de juges que vous instituez; ce sont des hommes auxquels vous donnez la disposition illimitée de la vie des citoyens. (184)

criminal, na nova versão do projeto de código de processo penal aparecem as Cours spéciales, órgãos que o legislador disciplina seguindo de perto a lei do pluvioso ano IX. Encontramo-nos em um ponto decisivo do nosso discurso: a exceção foi fincada no corpo do código. Como foi possível tornar permanente aquilo que devia ser uma exceção? A justificava é dupla. Em primeiro lugar, evidencia-se que o problema do brigantaggio está em vias de resolução exatamente graças a tal lei; secundariamente, pretende-se persuadir de que tais disposições direcionam-se, em verdade, aos não-cidadãos, a inimigos: “No sexto título que estabelece a exceção, a lei se ocupa mais essencialmente da sociedade considerada em massa, perseguindo pelos meios mais repressivos, seja determinados crimes, seja os autores por que estes crimes perturbam e desorganizam a ordem social, seja certas classes de indivíduos quais que sejam seus crimes porque os acusados estão em guerra aberta com a sociedade e deveriam ser tratados por ela menos como criminosos do que como inimigos armados para sua destruição”.

Como se vê, uma lógica não tão diferente daquela empregada por aqueles que haviam justificado a existência dos tribunais revolucionários: de ‘inimigos do povo’ a ‘inimigos do Estado/Napoleão’.

É preciso relevar, de qualquer forma, que, em relação a lei do pluvioso ano IX, existem duas nítidas diferenças. Não é admitido o recurso ao Tribunal superior, nem mesmo por regulamento de competência; por fim, elemento muito mais importante, entre os comportamentos puníveis não voltam mais os crimes políticos. Não é fácil explicar essa escolha. É possível levantar a hipótese de que o legislador tenha considerado em si suficiente o código, agora que royalistes e jacobinos estavam anulados. Tal resposta satisfaz somente em parte. Estamos convencidos, de fato, que Napoleão tenha continuado a reprimir o dissenso político através de um instrumento já experimentado, sub-reptício e silencioso, isto é, a detenção administrativa.

## **6 O RETORNO DA BASTILHA**

A detenção administrativa representa uma praxe utilizada pela polícia voltada contra aqueles sujeitos tidos como potencialmente perigosos para a segurança do Estado, um aparato policialesco que responde somente ao Ministro da Polícia. Ora, durante a

primavera de 1810, Napoleão decide ‘legalizar’ tal praxe através de um decreto. Não se pense, todavia, que ele tenha sido movido por propósitos garantistas, *in primis* de confiar a gestão dos sujeitos perigosos ao poder judiciário. O que se pretende fazer é, mais do que isso, subtrair este poder de encarceramento das mãos da polícia e reservá-lo a si próprio, a um conselho privado. Realmente, é estranho o que afirma Napoleão nos trabalhos preparatórios desta lei. Invoca o princípio do juiz natural contra a praxe instaurada pelo ministro da polícia não existe mais garantias para todos os cidadãos se é possível que um simples mandado do ministro os distraia dos seus juízes naturais”) e com *non chalánce* declara que “as prisões de alta polícia são somente prisões de exceção e pertencem somente ao soberano decidir se as circunstâncias obrigam descartar as regras comuns”. Certamente, o *Empereur* é movido também pelo desejo de disciplinar organicamente este potente instrumento. O decreto visualiza, na seqüência, os destinatários do encarceramento administrativo, uma prisão que não deveria superar a duração de um ano. A realidade, como documentam as pesquisas dos historiadores franceses, é bastante diferente: alguns são esquecidos nas prisões de Estado disseminadas pelo Império. Uma destas é colocada na Itália, no apenino emiliano, em Compiano. Insistimos: não se trata de uma prisão preventiva (nem de uma medida de polícia disciplinada pelos artigos 44 e 45 do *Code pénal*). Muitos dos destinatários não encontrarão nunca um juiz. Outros, ao contrário, tiveram imediatamente um processo regular e foram, além disso, absolvidos; outros não serão nunca beneficiados por uma sentença. Temerosos pelo dever de absolvê-los, os juízes ‘suspenderam’ o processo.

O *incipit* do decreto com a sua enxuta linguagem burocrática nos deixa sem fôlego:

“Considerando que existe um certo número de sujeitos detidos nas prisões do Estado; sem que seja conveniente fazê-los se manifestar perante os tribunais, nem os colocar em liberdade”

Nem julgamento, nem soltura. Isso faz recordar a formula *ad amplius cognoscendum* dos tribunais do *ancien régime*...

Eis, então, as quatro categorias que a razão de Estado, sempre a *salus rei publicae*, que pesa como uma espada de Dâmocles sobre os súditos imperiais, impõe de manter segregados. Em primeiro lugar, aqueles que atentam contra a segurança do Estado;

em segundo lugar, as lideranças populares capturadas durante a guerra civil. Para uns e outros vale a mesma regra: motivos de interesse geral aconselham que eles não sejam submetidos a julgamento. A terceira categoria é individuada nos ladrões e nos sujeitos dedicados ao crime “que nos cursos não tem sido possível condenar, *quais eles a certeza da sua culpabilidade*, e qual elas tenham reconhecido que a ampliação seria contrária ao interesse e a segurança da sociedade”.

Existe, de qualquer forma, uma esperança para estes detentos de um dia deixar o cárcere. Tudo depende da reunião anual do conselho privado que poderia declarar não mais subsistente a razão de Estado.

O numero de *prisonniers d’Etat* [prisioneiros de Estado] é o proprio Napoleão que nos revela dois anos depois, em 1812. «Sobre cerca de 700 pessoas detidas por medida de alta polícia, destas somente tem realmente pouco mais de 60 que sejam verdadeiramente prisioneiros de Estado; o resto é composto de bandidos que a *imperfeição das leis criminais forçou as correntes a libertar*, que estas correntes por si próprias olham como muito perigosos».

Uma afirmação do *Empereur* que retorna ao nosso assunto inicial, isto é, que a detenção administrativa ia muito além do seu objetivo principal, qual seja, perseguir exclusivamente os crimes políticos. Ela aparece, na realidade, como um instrumento para blindar a repressão penal. A luz do que tentamos descrever, muito dificilmente uma parte da historiografia poderá continuar a apresentar o regime napoleônico como um Estado de direito. Um último dado, para completar o quadro do sistema de justiça criminal napoleônico. O *Empereur* tolera o uso da tortura durante os interrogatórios. E é de se acreditar, porque quem fez a descoberta deste dado foi o celebre Jean Tulárd, fundador do *Institut Napoléon*, em um artigo (*Napoléon et les droits de l’homme*) que gerou muita discussão.

Se agora voltamos a analisar, ainda que brevemente, o ordenamento habsbúrgico, o outro modelo destinado a ser aplicado em uma parte da Itália durante a Restauração, aqui registramos uma estratégia política diferente, já que o nível da exceção, *ab origine*, (e desde os textos de 1787 e de 1788) é inserido na trama da codificação. Encontramo-lo na segunda parte do código austríaco de 1803, que disciplinava o processo sumariíssimo (que encontraria o seu imediato antecedente na *Constitutio criminalis*

*theresiana*), um procedimento voltado a sedar rebeliões, revoltas populares ou motins para os quais “não bastam mais os ordinários meios de força, mas é preciso empregar uma força extraordinária”. É o governo que declara a necessidade do julgamento sumariíssimo, um julgamento que não oblitera totalmente os princípios acolhidos no código. Certamente, é caracterizado pelo imediatismo e rapidez da inquisição. As hipóteses são duas: se o delito não fica legalmente provado ou suficientemente provada a inocência do imputado, os autos são recolocados no juízo criminal ordinário. Se, ao contrário, o delito é legalmente provado através do sistema das provas legais, a sentença é pronunciada, publicada e, por fim, executada em 24 horas. No mais das vezes é a pena de morte que é irrogada e não é admitida nenhuma graça. Isso não deve fazer pensar, de qualquer forma, que o código penal austríaco é leve. Nas suas dobras, de fato, reaparece, como trouxe à luz Cavanna, a tortura judiciária, ainda que mascarada. Nas hipóteses em que o réu persista na negativa, diga falsidades ou se finja de louco, o juiz pode irrogar a pena do jejum e do bastão (ate 30 golpes) a cada três dias. É deste modo que o Governo austríaco conseguirá extirpar o fenômeno do dissenso político manifestado a partir dos anos vinte no Reino Lombardo-Vêneto (o fenômeno dos Carbonários). E é preciso saber, também, que no código habsbúrgico o juiz é um “magistrado de três cabeças” (Cavanna) que desenvolve, contemporaneamente, o papel de acusador público, defensor e juiz! Não há necessidade de leis especiais. *Multa, sed non omnia, in corpore iuris... austriaci inveniuntur!!*

Quanto aos ordenamentos pré-unificação, a pesquisa está só no começo, já que a colheita das fontes relativas a legislação especial é muito difícil e, por isso, não estou convicto de lançar um julgamento definitivo. Aqui, basta registrar um dado essencial: se é verdade que os códigos italianos da Restauração caracterizam-se por certa mitigação em relação ao modelo francês (do qual são filhos diretos), não são admitidos, por exemplo, os exageros que precedem a pena de morte, a tentativa é punida com uma pena diferente em relação ao delito consumado; mas é verdade que no momento em que se explicita o fenômeno da conspiração política através dos Carbonários, os legisladores se apressam a atualizar os seus códigos. O exemplo mais surpreendente é o do Código de Parma. Depois de poucos meses da elaboração do código, Maria Luiza é constrangida a inserir rapidamente nele um *Appendice* para extinguir as sociedades secretas e perseguir quem trazia discursos subversivos em praça pública... Mas isso é só o começo. Depois da reposição e da

consolidação das conspirações políticas, em especial dos motins de '31, são emanadas leis cada vez mais liberticidas. Até a morte de Maria Luiza e o retorno dos Bourbons, vive-se em regime de Estado de Sítio e Carlos III formará em 1851 (dec. 22 de dezembro de 1851, n. 328) aquilo que, talvez com um pouco de exagero, foi definido como um 'código do Estado de Sítio' (Pecorella, *Studi Parmensi* 1960, IX, 367) e que se substancia no acolhimento do procedimento sumaríssimo.

Em outras realidades, como a do vizinho Ducado de Modena, a exceção precederá a codificação, se me permitem a *boutade*. O código criminal virá a luz somente em 1856: até então aplicar-se-ão as Constituições modenenses, ou seja, o direito comum e as leis especiais direcionadas à repressão dos crimes contra a ordem política. Para este fim se olhará para Viena: em 1814 institui-se o julgamento sumaríssimo acolhido no código de 1803, em 1832 são introduzidas Comissões militares competentes para perseguir todos os crimes políticos através de um julgamento sumário que deve proceder à pronta execução do condenado ou ao seu exílio, se foram usados testemunhos secretos. Além disso, as comissões podiam proceder à aplicação sem processo de penas correcionais, detentivas ou interditivas. Comissões serão reutilizadas em 1849 (Martini).

Dissemos que os códigos italianos da Restauração mitigam, em grande parte, o *Code penal* napoleônico. Declarado o princípio, eis a exceção. Trata-se do código penal das Duas Sicílias de 1819 que, *ab origine*, potencializa muito a repressão dos delitos políticos, em particular contra as associações (art. 305). Ao lado disso, no momento em que os fenômenos do *brigantaggio* e do dissenso político tornam-se urgentes não se hesita a recorrer, ainda que com cadência oscilante, à instituição de comissões militares (Lacché): aqui também, então, um duplo nível de legalidade. Em termos bastante gerais, pode-se afirmar que na Itália da Restauração práticas do *ancien regime* e os dois sistemas repressivos de referência, o de matriz habsbúrgica e o de matriz francesa, são utilizados para reprimir o dissenso político e os problemas de ordem pública, blindando, assim, o poder político constituído.