

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PPGD**

Camila Cardoso de Mello Prando

**O SABER DOS JURISTAS E O CONTROLE PENAL: o debate  
doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção  
da legitimidade pela defesa social**

Tese submetida ao Programa de  
Pós Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina para a obtenção do Grau  
de Doutor em Direito  
Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Vera  
Regina Pereira de Andrade

Florianópolis  
2012

Catálogo na fonte elaborada pela biblioteca da  
Universidade Federal de Santa Catarina

P899s Prando, Camila Cardoso de Mello

O saber dos juristas e o controle penal [tese]: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social / Camila Cardoso de Mello Prando; orientadora, Vera Regina Pereira de Andrade. - Florianópolis, SC, 2012.

294 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito penal - Periódicos. 3. Advogados. I. Andrade, Vera Regina Pereira de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Camila Cardoso de Mello Prado

**O SABER DOS JURISTAS E O CONTROLE PENAL: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social.**

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutora”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 14 de março de 2012.

---

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof.<sup>a</sup>, Dr.<sup>a</sup> Vera Regina Pereira de Andrade, Orientadora  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof.<sup>a</sup>, Dr.<sup>a</sup> Ela Wiecko Volkmer de Castilho,  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Airton Cerqueira Leite Seelaender  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer  
Universidade Federal de Santa Catarina



Ao meu pai, que *sabe-fazer* orquídeas com suas memórias.  
Com quem aprendo que as melhores histórias são aquelas que  
escrevemos quando aprendemos a escutar.



## AGRADECIMENTOS

À Vera (mais que professora) que me orientou, acolheu e provocou, que confiou em mim e apoiou o meu caminho, com quem estarei junto ao longo desta estrada, por carinho e amor.

Aos amigos, com quem construí e discuti histórias enquanto pensava e escrevia o trabalho: Tiago, Luis Felipe, Diogo, Beto, Letícia, Dani, Gabi, Mário, Rogério, Patrícia, Cerys, Luciana, Karina, Marisse, Erika, Rachelle, Douglas.

Ao Professor Airton, com quem aprendi outros caminhos para saber escrever histórias.

Ao José Luis e Eva, com quem descobri um modo andaluz e catalão de se fazer histórias sobre amor e amizade.

Ao Professor Emilio, que me acolheu em Florença, com quem aprendi a fazer outras perguntas para a história.

À Taciane, que riu amorosamente com a Olívia enquanto eu escrevia essas histórias.

Ao João e à Regina, que entre mates, bolos e almoços de domingo, foram essenciais para que eu pudesse escrever a história deste trabalho.

Ao Miguel, que chegou primeiro, trazido pela Milla, e me mostrou a beleza de começar a própria história.

Ao Felipe e à Cacá, com quem escrevo histórias a várias mãos, feitas de encontros e irmandade.

À minha querida mãe e meu querido pai que me ofereceram o melhor: as suas histórias para que um dia eu escrevesse a minha. Com quem reinvento novos começos e novos caminhos de amor e confiança.

Ao Adriano, com quem aprendo que as histórias de amor são possíveis, cotidianas, encantadas; que me permitiu escrever histórias para a tese enquanto ele escrevia histórias com nossa filha.

À Olívia, com quem tenho a oportunidade mais bonita de reescrever minhas histórias e com quem redescubro que as histórias escritas com alegria são genuínas e valem a vida.

Aos meus amores, Adriano e Olívia, com quem alegremente construo nossas moradas e *hotéis supramontes* por onde passamos.

## RESUMO

Partimos das pesquisas consolidadas pela Criminologia Crítica para verificar, utilizando-nos de perspectivas teórico-metodológicas do campo da história, as matizações e inflexões do saber dos juristas na constituição do controle penal em 1930 no Brasil. Elegemos como fonte de análise, entendida a partir de seu “poder de veto”, a produção doutrinária da Revista de Direito Penal entre 1933-1940. A pergunta que buscamos responder no decorrer da investigação reportava aos sentidos atribuídos pelos juristas à ideia de “conciliação” do direito penal, que tinha como marco interpretativo a codificação penal de 1940. Sustentamos a hipótese de que sob o discurso da “conciliação” entre direitos individuais e defesa da sociedade, prevaleceu no debate doutrinário a legitimidade pela defesa social, que subordinou a legitimidade pela legalidade em suas dimensões política e técnica. Para desenvolver essa hipótese nos utilizamos inicialmente da produção da Revista como objeto de estudo. Pudemos compreender ali a dinâmica da constituição da comunidade dos juristas em suas vinculações com as demandas por ordem e com o processo modernizador do controle penal. Constatamos que o discurso da “conciliação” foi promovido a partir de uma narrativa *ad hoc* do “debate entre Escolas” desenvolvido em fins de 1930, que ocultava uma unidade em torno de um projeto político de um controle penal eficaz para a defesa da sociedade/coletividade. O saber dos juristas de 1930 se desenvolveu entrelaçando uma retórica criminológica já consolidada, que garantia a identificação do delinquente a partir de critérios *científicos* de desigualdade, e uma produção ainda precária de dogmatização do direito penal, que buscava dar uma racionalização ao controle penal por meio da subordinação do trabalho interpretativo dos juristas à autoridade legal. A especialização dos saberes penais criminodogmáticos foi organizada a partir do eixo de legitimidade de defesa social que subordinou, nas dimensões técnica e política, a dimensão da legalidade. Compreendemos essa subordinação a partir da análise dos debates doutrinários da pena de morte, dos crimes passionais e do Tribunal do Júri. E concluímos pela centralidade do jurista na produção racionalizadora do saber penal, e pela repressividade como conteúdo de sentido da defesa da sociedade.

**Palavras-chave:** controle penal; juristas; defesa social



## **ABSTRACT**

We began with Critical Criminology consolidated research for the understanding of penal control using the theoretical-methodological perspective of history in order to verify the shadings and inflections of the jurists' knowledge in the composition of Brazilian penal control in the 30's. The doctrinal production of the "Revista de Direito Penal", from 1933 up to 1940 and considered/understood from its "veto power" was chosen as the analysis source. We hypothesized that, in the speech of "conciliation" between individual rights and society's protection, the legitimacy for the social protection in the doctrinal debate prevailed, subordinating legitimacy by legality in its political and technical dimension. To test/develop this hypothesis we had, initially, the Revista's production as the object to be studied. The aim was to understand the dynamics of the composition of the jurists' community linked to its demands for order and the modernizing process of penal control. We found out that the "conciliation" speech was built from a "debate between Schools" ad hoc narrative that developed in the late 1930 and hide the unity toward a political project for an effective penal control in favor of the society/collectivity's defense. The jurists' knowledge in the 1930s developed by weaving in a consolidated criminological rhetoric, a situation that assured the identification of the delinquent by the scientific criteria of inequality and a still precarious production of dogmatization of penal law, which attempted to give rationality to the penal control by subordinating the interpretative work of the jurists to the legal authority. The organization of a specialized criminal and penal knowledge began with the social defense legitimacy axis that subordinated, politically and technically, the dimension of legality. We understood this subordination through the analysis of doctrinal debates of capital punishment/death penalty, passion crime and court's jury. We conclude that the jurist's centrality/central role in the rationalized production of the penal knowledge with an assured place for repressiveness representing the defense sense of a society.

**Keywords:** penal control; jurists; social defense



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	17
1.1 A ELABORAÇÃO E DELIMITAÇÃO DA HIPOTESE .....	21
1.2 A HIPOTESE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE PENAL.....	34
1.3 OS “PONTOS FIRMES” DA DISCUSSÃO CRIMINOLÓGICA.....	37
1.3.1 CONTEXTO BRASILEIRO DAS REFORMAS DE 1930.....	41
1.3.2 A REORGANIZAÇÃO POLÍTICA E ECONÔMICA DA DÉCADA DE 1930 .....	46
2 A REVISTA DE DIREITO PENAL (1933-1940): UM PROJETO DE MODERNIZAÇÃO DO CONTROLE PENAL .....	57
2.1 HISTÓRIA CULTURAL E CONTROLE PENAL.....	57
2.1.1 PARA LER A REVISTA DE DIREITO PENAL (1933-1940)...	62
2.1.2 A FUNDAÇÃO DA REVISTA E SEU PROJETO DE MODERNIZAÇÃO DO SABER PENAL.....	66
2.2 FASES EDITORIAIS DA REVISTA DE DIREITO PENAL.....	79
3 A NARRATIVA DO “DEBATE DAS ESCOLAS”: A CONSTRUÇÃO DO PROJETO POLÍTICO-PENAL DE DEFESA SOCIAL.....	93
3.1 AS TENTATIVAS DE ELABORAÇÃO DE “ESCOLAS” ANTERIORES À DÉCADA DE 1930.....	95
3.2 A DILUIÇÃO DO “DEBATE ENTRE ESCOLAS” E A NARRATIVA AD HOC DAS “ESCOLAS”.....	107
3.2.1 O PROJETO POLÍTICO DO DIREITO EFICAZ EM DEFESA DA SOCIEDADE .....	114
4. SABER PENAL E CRIMINOLOGICO: AS CAMPANHAS CONTRA A « MEDICINIZAÇÃO » E A « SOCIOLOGIZAÇÃO » DO DIREITO PENAL.....	125
4.1 O JURISTA ELOQUENTE NO DEBATE DOUTRINÁRIO .....	125

4.2 A AMEAÇA DA "MEDICINIZAÇÃO DO DIREITO" E A RETÓRICA CRIMINOLÓGICA.....	129
4.3 A "AMEAÇA DA SOCIOLOGIZAÇÃO" DO DIREITO: A DOGMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	139
4.3.1 PRIMEIRAS ELABORAÇÕES DO TECNICISMO JURÍDICO-PENAL: A LEITURA DE FRANZ VON LISZT .....	141
4.3.2 O TECNICISMO JURÍDICO NA PRIMEIRA CONFERÊNCIA BRASILEIRA DE CRIMINOLOGIA E O EIXO DE LEGITIMIDADE PELA DEFESA SOCIAL.....	144
4.3.3 A ELABORAÇÃO TEÓRICA DE UMA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL .....	148
4.4 DOGMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A RETÓRICA CRIMINOLÓGICA .....	155
5. LIBERALISMO PENAL: A DIMENSÃO POLÍTICA DA LEGALIDADE SUBORDINADA À LEGITIMIDADE PELA DEFESA SOCIAL.....	163
5.1 A LEGITIMIDADE PELA DEFESA SOCIAL E A SUBORDINAÇÃO DA LEGITIMIDADE PELA LEGALIDADE.....	164
5.2 A LEGITIMIDADE PELA LEGALIDADE E A AUTO-IMAGEM DO DIREITO PENAL BRASILEIRO .....	168
5.2.1 A LEGITIMIDADE PELA LEGALIDADE EM HUNGRIA: O PRINCÍPIO JURÍDICO DA LEGALIDADE EM DOIS TEMPOS, "O DIREITO PENAL E O ESTADO NOVO" (1941) E "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL" (1948) .....	173
5.2.2 A REJEIÇÃO DOS MODELOS DO CÓDIGOS RUSSO E ALEMÃO .....	179
5.3 O DEBATE ACERCA DA PENA DE MORTE: A LIBERDADE SUBORDINADA À DEMANDA DE ORDEM PELO DISCURSO DA CIÊNCIA.....	183
5.3.1 A PENA DE MORTE PARA OS CRIMES POLÍTICOS: O REPÚDIO AO USO POLITICO DO DIREITO PENAL.....	193

6 LEI, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA: A MODERNIZAÇÃO DO CONTROLE PENAL E A LEGITIMIDADE PELA DEFESA SOCIAL .....	207
6.1 OS CRIMES PASSIONAIS E A DEFESA SOCIAL COMO CRITÉRIO REPRESSIVO .....	208
6.2 O TRIBUNAL DO JÚRI E A TECNICIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	220
6.2.1 MAGARINOS TORRES E O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA .....	224
6.3 PERICULOSIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIÁRIA: O SENTIDO DEFENSISTA DA LEI .....	233
6.3.1 A JURIDICIZAÇÃO DA PERICULOSIDADE E A DOGMATIZAÇÃO DA DEFESA SOCIAL.....	236
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>251</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>261</b>
<b>FONTES PRIMÁRIAS.....</b>	<b>261</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Durante a década de 1930 no Brasil estava em curso um projeto de modernização do País. A reacomodação das elites nas malhas burocráticas que estavam se construindo, uma pauta de inclusão de novos grupos sociais no reconhecimento da ordem jurídica, a intensificação no processo de industrialização, e um impulso na tecnicização e profissionalização política, marcaram a reorganização social e política brasileira. Essa década se tornou um dos pontos centrais para se compreender algo sobre um Brasil moderno.

Tomaremos parte nessa trama de leituras e compreensões ao nos dedicarmos a acompanhar, entre 1933 e 1940 o movimento da estruturação do controle penal. Deteremos-nos, mais especificamente, na tentativa de apreender *algo* da constituição dogmática do saber penal no Brasil e suas continuidades e interações com o saber criminológico. Nesse tempo de especialização de saberes, de apologia à técnica e de uma proposta de racionalização do poder estatal, o controle punitivo, constituído por suas práticas e saberes, percorrerá sua própria trama diante das novas demandas por ordem.

O trabalho por compreender as inflexões, as matizações, as descontinuidades da constituição do saber do controle penal nos fez optar ser orientados por algumas indicações metodológicas da história. Elas estão aqui referenciadas em Roger Chartier e sua proposta de produção e *apropriação* dos textos e escritos, em Carlo Ginzburg e sua proposta interpretativa do *paradigma indiciário*, e em Reinhart Koselleck, especialmente na utilização das fontes a partir de seu “poder de veto”.

Mas nós só chegamos até ali porque uma pergunta fundamental nos conduziu desde as primeiras pesquisas no campo do controle penal, no início do ano 2000: compreender as histórias do controle punitivo no Brasil. As fartas referências históricas e teóricas de modelos *centrais* de sistemas punitivos ganhavam em nossas narrativas um lugar central no nosso imaginário da punição. Em algumas circunstâncias nossas histórias da punição eram quase mimetizadas com as do centro, quando não compreendidas enquanto referência de *atraso-avanço*, como se uma única linha do tempo determinasse o curso evolutivo dos sistemas penais.

Em 1980 os estudos da Criminologia Crítica latino-americana tiveram o grande mérito de voltar os olhos às nossas estruturas de poder e compreender um pouco sobre as dinâmicas próprias de contextos diversos dos modelos centrais. Puderam observar a perversidade com

que se desenvolvia o controle punitivo e, sem deixar de reverenciar os discursos do centro, desenvolviam uma lógica mais apropriada às relações políticas autoritárias e às profundas relações sociais e econômicas de desigualdade.

Dentre esses estudos, Lola Anyiar de Castro propôs o desenvolvimento de uma categoria analítica dos *sistemas penais subterrâneos*, obtida por meio de uma análise histórica dos sistemas penais latino-americanos. Ao observar que o controle penal nessas sociedades originariamente dava curso ao processo criminalizador por meio de controles informais e completamente à margem da legalidade, conquanto legitimados socialmente, a criminóloga acenou para a insuficiência em narrar nossas histórias a partir das referências da constituição de um sistema penal moderno.

Em 2003 a dissertação que eu defendia, orientada por aquela curiosidade investigativa de compreender o *específico*, lançava mão da referência do sistema penal subterrâneo para compreender o programa criminalizador não oficial da escravização dos trabalhadores rurais da Amazônia. Ao mesmo tempo, a finalização do trabalho me levava a questionar se não havia ali certo exagero nos desdobramentos causais que relacionavam punição, controle e a estrutura social e econômica. Embora estivesse convencida da estreita relação entre essas variáveis, também percebia que daquele modo deixava escapar sutilezas importantes para a compreensão do controle.

Durante os anos seguintes novas leituras produziram a possibilidade de criar novas aproximações com o tema. Em especial os textos da história me atraíam naquilo que me ofereciam instrumentos de análise ou novas perspectivas investigativas. Um pouco delas estarão no decorrer da pesquisa. Mas foi fundamentalmente a perspectiva da nova história cultural que me apresentou a possibilidade de reconhecer as tecituras próprias da produção do saber, dentre elas, da dimensão do direito como cultura. O direito compreendido a partir de sua autonomia relativa merecia ser reconhecido no movimento de encontrar as especificidades.

Esse movimento me levou a eleger o saber penal produzido pelos juristas como objeto de investigação para entender parte da dinâmica de nosso controle penal. Valorizar esse saber, sem destituí-lo de suas relações com as práticas punitivas e as estruturas sociais a elas correspondentes, foi, ao longo do trabalho, o grande desafio. Ir às falas dos juristas, compreender o desenvolvimento e os intrincados caminhos

da sua constituição de saber, sem abandonar os « pontos firmes »<sup>1</sup> dos estudos criminológicos, foi a trama a percorrer na escrita do trabalho.

Deparamos-nos com um extenso material documental que poderia nos servir para apreendermos e explorarmos a produção do debate dos juristas durante a década de 1930. E circulamos um material que nos apresentava uma especificidade: a produção da revista especializada « Revista de Direito Penal », dedicada a acompanhar e influenciar as reformas penais em curso.

A aposta na construção de uma história cultural, embora atenta às demandas por ordem na reorganização social e política no Brasil da década de 1930, provocou de nossa parte uma imersão nos documentos da Revista de Direito Penal. Detivemos-nos por longo tempo na tentativa de procurar ajustar e revisar as narrativas genéricas dos modelos de constituição do saber e do controle penal. Nessa mesma medida, o trabalho ao evitar grandes generalizações e ao buscar percorrer as falas dos personagens desse período, reavivando-as, invocou prejuízos ao não se dedicar à construção sintética de parâmetros estruturais no movimento da construção dos discursos dos juristas. Esperamos que, por outro lado, algumas virtudes possam estar presentes no trabalho: que o material aqui produzido possa ser estímulo e inspiração para a produção de análises mais genéricas e também para a busca de novas fontes de pesquisa sobre o mesmo período, a fim de construirmos novas narrativas e compreensões para nossa história.

As referências constantes aos textos e às falas impressas nos documentos pesquisados cumpre com uma finalidade de trazer à comunidade acadêmica o conhecimento do discurso dos juristas naquele contexto e, ao mesmo tempo, demonstrar o substrato de nossas análises e hipóteses. A pertinência acadêmica da exposição minuciosa dos textos na escrita da tese pode, entretanto, impor ao leitor uma narrativa um pouco extenuante. Esperamos que ela seja compensada com o estímulo à construção de novas perguntas sobre aquele tempo.

Para elaborarmos nossa hipótese central, observamos que os saberes do controle penal se desenvolveram tendo como referência fundacional os modelos constitutivos do controle penal europeu. Por isso, tomamos como referência da constituição do modelo dos saberes penais modernos o trabalho produzido por Vera Andrade<sup>2</sup> para nos

---

<sup>1</sup>SOZZO, Maximo. **Roberto Bergalli y la tarea de hacer una historia critica de la criminologia en America Latina**. In: Beiras, Iñaki Rivera (coord). **Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli**. Barcelona: Anthropos, 2006, p. 394-400.

<sup>2</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

indagarmos, a partir dali, quais foram os caminhos da sua constituição no Brasil.

Partindo da eleição de nosso objeto na produção doutrinária da Revista de Direito Penal entre os anos de 1933 e 1940, circulando o discurso dos juristas, formulamos as hipóteses a partir da seguinte pergunta central.

*Indagaremos o discurso doutrinário dos juristas no debate brasileiro de 1930 para entender como o « compromisso » entre a legalidade e a defesa social se construiu. Ou, em outras palavras, buscaremos entender os conteúdos dos eixos de legitimidade pela legalidade e pela utilidade de defesa da sociedade, que foram constitutivas do saber penal no Brasil.*

*Durante a construção do trabalho sustentamos que o direito penal de conciliação e de compromisso não obedeceu, no debate doutrinário dos juristas, um jogo de forças entre as garantias de direito dos indivíduos e a defesa social. A retórica criminológica, consolidada antes da construção de um saber técnico dogmático penal, garantiu um lugar central à defesa social, prevalecendo sobre o eixo da justificativa pela legalidade.*

No primeiro capítulo apresentaremos a Revista de Direito Penal a partir da análise de seu editorial, tomando-a ela mesma como produtora de cultura. Compreendendo-a a partir do contexto das demandas por modernização do controle punitivo, demonstraremos que a Revista não se realizou como um projeto de Escola teórica, mas como local de debate no qual se disputavam os projetos para o controle penal.

No segundo capítulo demonstraremos que não houve propriamente um debate ou uma « luta entre escolas » durante a década de 1930. A retórica criminológica dominou praticamente toda a década, e os princípios liberais penais permeavam o debate de modo diluído. A narrativa da « luta entre escolas » foi uma narrativa *ad hoc* promovida após a promulgação do Código de 1940, ocultando sob a imagem do *compromisso* o projeto político da construção de um direito eficaz na luta contra a criminalidade e na defesa social.

No terceiro capítulo demonstraremos que já estava consolidada a retórica criminológica defensivista no discurso dos juristas quando se deu o impulso de dogmatização e tecnicização do direito. Esse movimento foi marcado por uma precária adesão ao tecnicismo jurídico, com inflexões antiliberais, mas garantiu, por meio da demanda pela centralidade da lei, o lugar do jurista como operador do controle penal, deixando ao médico o residual da pena e garantindo a função repressiva na demanda por defesa social.

No quarto capítulo e quinto capítulos, iremos aos temas de debate doutrinário, para compreender naqueles espaços de que modo o eixo da defesa social perpassava o eixo da legalidade no processo de modernização penal.

A partir do debate sobre a pena de morte, avaliaremos a legalidade em sua dimensão política, como fundamento axiológico de limite do poder de punir. Demonstraremos como o eixo da defesa social submeteu a legalidade à suas exigências que acentuavam a periculosidade e a desigualdade dos criminosos em sua versão correcionista.

No quinto capítulo, avaliaremos a legalidade em sua dimensão doutrinária, enquanto constitutiva da ciência jurídica e da hermenêutica jurisprudencial. A partir do debate sobre o Tribunal do Júri, demonstraremos que a legalidade como fonte doutrinária e jurisprudencial era precária, tendo a tecnicização e a modernização da Justiça se constituído a partir do eixo da defesa social.

## 1.1 A ELABORAÇÃO E DELIMITAÇÃO DA HIPOTESE

O modelo integrado das Ciências Criminais, que resultou na formulação constitutiva do saber penal moderno<sup>3</sup>, encontrou na integração entre criminologia, dogmática penal e política criminal um *ponto ótimo* de convergência funcional de um saber *do* e *para* o controle penal.<sup>4</sup> Tratava-se de um modelo, embora desintegrado em nível metodológico, funcionalmente integrado «na luta (...) ‘cientificamente’ racionalizada contra a criminalidade, onde a hegemonia pertence à Dogmática Penal.»<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> A periodicização do controle penal moderno é variada na literatura. As compreensões tradicionais sobre a punição e suas estratégias localizam sua formação no pós Segunda Guerra Mundial, quando se estruturou, especialmente na Grã Bretanha, uma nova forma de engenharia social da punição (Bean e Ryan). Durkheim e Foucault localizam as origens do sistema penal moderno no início da sociedade urbana industrial e na prisão como sua forma central; Rusche e Kirchheimer, e Melossi e Pavarini, aproximam-se da análise anterior destacando o início do controle penal no modo de produção capitalista. Sobre essas periodicizações, ver GARLAND, David. **Punishment and welfare: a history of penal strategies**. Vermont: Gower, 1985, p 4. Em nosso trabalho, acompanhando os trabalhos críticos criminológicos, entendemos que a estruturação do controle penal e de seu saber co-constitutivo tem início na estruturação do modo de produção capitalista e do Estado Legislativo, tendo atingido seu ponto de maturação, nos países centrais, em fins do século XIX e início do século XX com a construção de estratégias punitivas conjugadas com o saber integrado das ciências criminais.

<sup>4</sup> Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>5</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 99.

Sua formação correspondeu à modernização do controle penal determinada por três mudanças: a *centralização* do poder de punir na construção do Estado moderno, a *racionalização* promovida juridicamente pela submissão à lei e aos limites do poder de punir, e a *burocratização* desenvolvida pela especialização dos saberes e práticas punitivas.<sup>6</sup>

Esse processo se desenrolou nos países do norte (Europa e América do Norte), nos países em industrialização, ao longo dos séculos XVIII e XIX e encontrou na primeira metade do século XX a consolidação do modelo de saber penal de integração criminológico-dogmática. A estilização desse modelo encontra referência em duas principais reformas do saber e do controle: uma promovida ao fim do século XVIII, com o processo de racionalização iluminista do poder punitivo, e a outra iniciada em fins do século XIX e consolidada nos anos 1930, correspondente às novas práticas e saberes integradas no Estado intervencionista.

A constituição do modelo integrado desenvolveu-se a partir de dois eixos de legitimação convergentes: a legitimação pela legalidade e a legitimação pela utilidade da defesa social. O primeiro eixo encontrou suas origens no projeto político iluminista reformista, entre fins do século XVIII e início do século XIX e foi marcado pela «rígida vigência do princípio da legalidade e dos delitos e das penas.»<sup>8</sup> O segundo eixo de legitimação, desenvolvido e aprofundado pelo saber

---

Sobre a constituição desse modelo integrado das Ciências Criminais e dos saberes, de modo geral, constitutivos do controle penal, há uma extensa bibliografia que merece ser estudada. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 171-183; BERGALLI, Roberto. La ideologia del control social tradicional. **Doctrina Penal**. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, n.2/12, p. 805-818, (19..); CASTRO, Lola Anyiar de. **Criminologia de la liberación**. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1987; COHEN, Stanley. **Visiones del Control Social**. Delitos, Castigos y Clasificaciones. Trad. Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988; PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. 7 ed. Trad. Ignacio Muñagorri. México: Siglo Veintiuno, 1999. Para os fins desta tese, optamos por trazer a discussão apresentada por Vera Andrade, ao expor a reconstituição histórica e teórica desse modelo a partir de sua contribuição crítica ao debate: a complementariedade dos saberes penais e criminológicos para a especificidade penal da defesa social.

<sup>6</sup> Cf. COHEN, Stanley. **Visiones del Control Social**. Delitos, Castigos y Clasificaciones. Trad. Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988

<sup>7</sup> Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 99. A definição dessas duas linhas e a criação de seus conceitos foi produzida no texto acima citado, usaremos a referência a esses dois eixos de legitimidade como recurso analítico na produção da tese.

<sup>8</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 59.

criminológico da segunda reforma, fundou-se na promessa de defesa social contra (certos) indivíduos perigosos.<sup>9</sup>

Por dentro desses dois eixos de legitimação constituíram-se paralelamente um paradigma dogmático<sup>10</sup> de Ciência Penal e um paradigma etiológico da Criminologia. Ambos se consolidaram em íntima integração em um modelo de direito penal de « conciliação » entre os *discursos* e *instituições* de garantias liberais (eixo de legitimação pela legalidade) e os correspondentes à intervenção relacionada à defesa social (eixo da legitimação pela utilidade).

A discursividade<sup>11</sup> legitimadora pela legalidade, que acompanhou a intervenção do direito moderno no poder de punitivo estatal, representou o poder de punir do Estado programado pelos princípios do Estado de direito e do Direito Penal liberal, « e por seu intermédio o sistema penal apareceu como um exercício de poder racionalmente planejado: que exercitou o controle penal com segurança jurídica individual.»<sup>12</sup>

**A legitimação pela legalidade.** Foi a Dogmática Penal que, com suas raízes no saber penal clássico, organizou o saber da legitimação pela legalidade.

Essa discursividade legitimadora vai, assim, da afirmação e explicitação do princípio da legalidade pelo saber clássico à sua decodificação

---

<sup>9</sup> A tematização sobre as estratégias de legitimação do direito penal é promovida por Baratta em BARATTA, Alessandro. *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. Poder y Control*, Barcelona, n. 0, 1986.

<sup>10</sup> Vera Andrade utiliza-se da expressão “paradigma” em referência à teoria de Thomas Khun. Para ela a noção de paradigma dogmático, constituído por sua autoimagem, “se identifica com a idéia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a ‘construção’ de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna tem por função ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p.40)

<sup>11</sup> Vera Andrade utiliza do termo “discursividade” como referência à “saberes” e “ideologias”. E utiliza o termo “ideologia” em um duplo sentido: em sentido positivo, como “um sistema de representações (idéias, crenças, valores) conexas com a ação”; em sentido negativo, “designando falsa consciência, ocultamento/inversão da realidade”. A Dogmática Penal, cumpre complementarmente esses dois sentidos: de programação e configuração de sentido do sistema penal e de outro uma “construção ilusória da realidade”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 138, 176). Utilizaremos a expressão, “saberes do controle penal”, entendidos eles mesmos como exercício de poder, para designarmos os discursos penais e fugir assim da dificuldade de determinar o que é “ciência” ou não.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 178.

pela Dogmática Penal em cujo âmbito (...) o princípio exerce também uma função hermenêutica e sistemática na construção da teoria do delito, apresentada então como uma metodologia garantidora de uma correta Justiça Penal.<sup>13</sup>

Ela se originou (em um debate posterior à formação da Dogmática Jurídica) em 1870 com Binding na Alemanha, enquanto se consolidava na Itália o saber criminológico. Diferentemente, na Itália, a dogmática penal, guardando também suas raízes no saber penal iluminista, consolidou-se com o tecnicismo jurídico proposto por Rocco no início do século XX.

Em ambas as linhas históricas de consolidação, a dogmática penal guardou em seu discurso uma função racionalizadora e garantidora contida no debate sobre os limites do poder punitivo estatal. Vera Andrade afirma que a dogmática esteve condicionada à questão de como « racionalizar, em concreto o poder punitivo (violência física) face aos direitos individuais (segurança); como punir, em concreto, com segurança, no marco de uma luta racional contra o delito.»<sup>14</sup>

Essa racionalização foi objeto de preocupação dos variados autores agrupados sob o signo do saber do liberalismo penal, impulsionados pelo liberalismo-reformista de fins do século XVIII que se desenvolveu ao longo do processo de consolidação do Estado de Direito liberal na Europa. Um saber inicialmente filosófico e posteriormente um saber jurídico fundado filosoficamente, que se construiu concomitantemente ao primeiro movimento de codificação.<sup>15</sup>

Eles foram responsáveis por uma « vigorosa racionalização do poder punitivo em nome, precisamente, da necessidade de garantir o

<sup>13</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 178-179.

<sup>14</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 123.

<sup>15</sup> Vera cita a obra de Beccaria, “Dos delitos e das penas” com representante da primeira fase do saber filosófico e o “Programa do Curso de Direito Criminal” de Carrara, como parte do segundo momento, relativo ao saber jurídico. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 45-46). No mesmo sentido, Alessandro Baratta em “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”. Sbriccoli faz a crítica à concepção da reunião desses autores sob o signo da “Escola Clássica” SBRICCOLI, Mario. **La penalística civile**. Teoria e ideologie del diritto penale nell’Italia Unita. In: COSTA, Pietro (et alii). **Stato e Cultura Giuridica in Itália Dall’Unità allá Republica**. Roma-Bari: Laterza e Figli, 1990). Sobre uma variedade de autores de referências filosóficas e jurídicas diferenciadas, ver também ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 125-190. Além de Beccaria e Carrara, Anita cita entre os pensadores liberais penais, Bentham, Feuerbach, Pascoal de Mello Freire, Carmignani, entre outros.

indivíduo contra toda intervenção estatal arbitrária.»<sup>16</sup> Podemos afirmar que essa racionalização obedeceu, durante o processo de dogmatização, a um duplo nível de justificativas: uma justificativa racional ligada à superioridade técnica da lei e uma justificativa política vinculada aos ideários liberais de legalidade, igualdade e liberdade.<sup>17</sup> Em outras palavras, ela obedeceu a uma dimensão técnica (programadora ou prescritiva das decisões penais) e uma dimensão político-liberal.

Especialmente na fase do liberalismo-reformista de construção de um saber jurídico fundado filosoficamente, representada por Carrara, a preocupação com a definição dos limites do poder do Estado se concretizou por meio da definição do crime como ente jurídico. Em torno dessa definição se construiu uma conexão entre livre-arbítrio, crime e reponsabilidade penal, lançando-se as bases para o Direito Penal do Fato. A construção de uma teoria do crime tinha como inspiração a promessa liberal de segurança jurídica e, aos moldes das teorias jurídicas da época, entendia que ao juiz não cabia nenhuma interpretação judicial.<sup>18</sup>

Na Itália, seguiu-se a uma fase jurídica de Carrara, fundada filosoficamente, o saber criminológico pautado em um positivismo naturalista, que buscava refundar o direito penal em uma sociologia criminal. A Dogmática Penal italiana, representada por Arturo Rocco, apresentou-se como uma proposta de resgatar a continuidade do Direito Penal do fato e sua promessa de segurança do indivíduo, a partir de um positivismo jurídico e da especialização do saber.

Em 1910 Rocco<sup>19</sup> propôs um método próprio para a ciência do Direito Penal e localizou seu objeto no direito positivo. O método proposto seria o lógico-formal e obedeceria a três etapas: a exegese<sup>20</sup>, a dogmática<sup>21</sup>, e a crítica. O método, que encontrou suas raízes na Dogmática alemã de Binding e Liszt, pretendia “dar ao intérprete, jurista ou magistrado, o quanto for necessário para a administração prática da justiça; trata, em uma palavra, de fazer útil a ciência jurídica no campo

<sup>16</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, 1997, p. 47.

<sup>17</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, 2008, p. 145.

<sup>18</sup> As teorias jurídicas do século XIX que acompanharam o primeiro momento das codificações ocupavam-se de um legalismo exegético, no qual o papel do jurista era promover uma interpretação da vontade do legislador e ao juiz caberia apenas a aplicação silogística da lei. No caso do direito penal, uma aplicação silogística da lei vincula à teoria do crime.

<sup>19</sup> ROCCO, Arturo. *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*. *Rivista di diritto e procedura penale*, vol. I, 1910.

<sup>20</sup> Entendida por Rocco como mera “ciência da lei”.

<sup>21</sup> Entendida como “investigação dogmaticamente descritiva e expositiva dos principios fundamentais do direito positivo em sua coordenação lógica e sistemática” (versão español, p.22)

prático da aplicação judicial (...)».<sup>22</sup> Ao jurista e ao magistrado incumbiam o papel de cumprir uma função de interpretação e não apenas a mera aplicação da época do legalismo exegético do século XIX.

Rocco reconheceu a legalidade enunciando em sua proposta os princípios da legalidade e seus desdobramentos do princípio da reserva legal e da proibição de analogia. Reservou ao legislador a função de definir os crimes e as penas como forma de reconhecimento da necessidade de proteção da liberdade civil. E assim, por meio de um eixo tecnicizante, garantiu a presença de alguns princípios estruturantes do Estado de direito da época, fazendo a Ciência do Direito Penal<sup>23</sup> cumprir sua função de segurança jurídica.

Em suas críticas às discussões sociológicas e psicológicas que dominavam o debate criminológico entendia pouco produtivo as definições sobre a natureza do delinquente para a ciência do direito, além de perigosa, por sugerir a violação apriorística dos direitos indisponíveis do réu e do condenado.<sup>24</sup>

Ao mesmo tempo, para fugir às críticas ao formalismo da ciência reconheceu as outras ciências (psicologia, antropologia, sociologia, história, direito comparado) como fontes de conhecimento científico do direito que deveriam servir como lastro para a construção dogmática por meio de um método indutivo experimental.

As matrizes dogmáticas para o tecnicismo de Rocco nos remetem à Alemanha, em Feuerbach, na primeira metade do século XIX e em Binding, na segunda metade, seguido por Von Liszt. Em Feuerbach

---

<sup>22</sup> ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal**. 2 ed. Trad. Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá : Temis, 1982, p.15.

<sup>23</sup> É importante que se faça a diferença do que Rocco chama de Ciência do Direito do que aquilo que Kelsen denominará anos depois. Na elaboração de Rocco, a ciência do direito é entendida a partir de um caráter funcional. Não há a dimensão de estrutura normativa, como a que existe em Kelsen. Assim como o direito é entendido a partir das normas, uma vez que é delas que se partem para a elaboração de princípios gerais que posteriormente servem de orientação para aplicação judicial das normas. Para Kelsen, a ciência do direito, além de compreender o direito a partir de sua estrutura e não de sua função, oferece uma interpretação dinâmica do ordenamento jurídico, ao considerar que a qualidade de direito a que define a norma, e não o oposto. Outra diferença é o aprisionamento de Rocco ao registro científico da causalidade, sem fazer ainda a distinção entre o registro a partir da imputação e da causalidade, como propunha Kelsen.

<sup>24</sup> ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal**, 1982, p.33. Essa passagem é bastante reveladora da inflexão liberal de Rocco de 1910. Segundo Sbriccoli, o Rocco de 1930 que será, junto ao seu irmão Alfredo Rocco, um dos cultores da codificação italiana, já adere a um tecnicismo autoritário SBRICCOLI, Mario. **Caratteri Originari e Trattati permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)**. In: *Storia del diritto penale e della giustizia*. Tomo I. Milano : Giuffrè, 2009.

ocorreu «o transplante das concepções políticas do liberalismo individualista para o Direito Penal», enquanto em Binding se «desenvolveu primeiramente tais princípios numa exposição científica do Direito Penal.»<sup>25</sup> Em Liszt, sua proposta de «Ciência Integral do direito penal» conciliou as relações entre positivismo jurídico e criminológico dando ao primeiro maior relevância em um contexto de construção de um Estado de bem-estar social. De um lado «ele não renuncia à herança liberal de maximização da segurança do cidadão, mas fortalece-a, acreditando que ela é compatível com um Direito Penal que intervenha ativamente na vida social.»<sup>26</sup>

Na reconstrução da fundação do modelo de saber penal moderno Vera Andrade entende que concomitante à consolidação do paradigma dogmático se deu a constituição do paradigma etiológico da Criminologia, entrelaçados no «marco do positivismo e na esteira de um processo e de um saber penal enraizados no ambiente cultural da Ilustração.»<sup>27</sup>

Enquanto na Alemanha esses dois paradigmas se desenvolveram de forma integrada, bem representados pela proposta de Liszt, na Itália, o tecnicismo jurídico-penal surgiu um pouco após as propostas da Escola Positiva<sup>28</sup>. Ele se apresentou como uma reação à «disputa entre Escolas» que era representada pela disputa entre os saberes herdeiros do iluminismo liberal reformista (a que o revisionismo deu o nome de «Escola Clássica») e os saberes propostos pela Escola Positiva, fundados no positivismo criminológico e nos critérios de defesa social.

**Legitimação pela utilidade.** O saber criminológico<sup>29</sup>, organizado especialmente pela «Escola Positiva», foi aquele que projetou e

<sup>25</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*, 1997, p. 89.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>28</sup> A Escola Positiva foi um agrupamento teórico-político da Itália que, conjuntamente à transformação do Estado italiano em suas características intervencionistas, e à primeira grande crise econômica, desenvolveu uma teoria criminológica, fundante do paradigma etiológico (método empírico-experimental de estudo das causas da criminalidade). Esse método não pertenceu apenas à Escola Positiva, outros autores como Gabriel Tarde, na França, procederam a eles sob critérios da sociologia positivista. Estudos da psiquiatria, psicologia, sociologia e biologia podem ser integrados nesse mesmo modelo de saber etiológico a que denominaremos de «saberes criminológicos».

<sup>29</sup> Segundo Foucault, apenas com o desenvolvimento do poder disciplinar na sociedade moderna, e sua expressão mais nítida no sistema penal, qual seja, o cárcere, é que então se constitui plenamente o saber criminológico, capaz de produzir seu objeto de aplicação (condenado-delinquente) e aperfeiçoar a aplicação da pena. É através de um sistema penitenciário que se torna possível um sistema de documentação individualizante e permanente, que permite a construção da figura do delincente por um saber a serviço do poder punitivo. «É como condenado e a título de ponto de aplicação de mecanismos punitivos, que o

organizou a legitimação utilitarista do sistema penal, « vinculada à concentração da resposta penal na pessoa ('alma') do criminoso ».<sup>30</sup> Embora a justificativa penal por via da utilidade se encontre presente inclusive nos textos do saber penal clássico é na Criminologia que ela encontra seu desenvolvimento máximo, associada à « ideia de um controle 'científico' da criminalidade (o 'mal') em defesa da sociedade (o 'bem') e ao Direito Penal do autor ».<sup>31</sup>

Mais do que seu desenvolvimento máximo, entendemos particularmente que se trata de uma qualidade específica de legitimação por via da utilidade : a defesa da sociedade contra o criminoso se assenta em um discurso *científico organicista* da sociedade, oposta ao discurso contratualista centrada na ideia de indivíduo, no qual a desigualdade, justificadora da intervenção punitiva, realiza-se por fundamentos extrajurídicos - sociais, econômicos, biológicos ou culturais.

Seu surgimento coincidiu com as transformações das funções do Estado e o desenvolvimento econômico, uma vez que já haviam se consolidado as bases do Estado liberal e o franco processo de industrialização. A nova organização do Estado vinculava-se a uma política intervencionista na ordem econômica e social. E nesse processo, em fins de XIX, o individualismo foi o grande alvo das críticas, acusado de ter como responsabilidade histórica suplantado as necessidades da defesa e dos direitos da sociedade/coletividade.

Para suplantar a crise identificada como resultado do liberalismo de Estado e do liberalismo penal, a tarefa da Criminologia passou a ser diagnosticar a criminalidade como sintoma da personalidade criminosa (a partir dos fundamentos do positivismo criminológico) e encontrar soluções político-criminais para o seu combate e para a defesa da sociedade contra os criminosos. A consequência jurídico-penal foi a propositura de um Direito Penal do autor, encontrando no « autor-delinquente<sup>32</sup> seu referente de gravitação e na defesa da sociedade sua inspiração ideológica fundamental. »

O direito penal, em seu limite, deveria ser compreendido como um direito de tratamento na medida em que as repostas aos sintomas da personalidade delinquente tinham características terapêuticas de prevenção individual. Sua proposta era reformadora, ressocializadora,

---

infrator se constitui como objeto de saber possível. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. História da Violência nas Prisões. 23ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 210).

<sup>30</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 177.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.70.

ocupada com os ideais de uma reforma ética do trabalho nos moldes de uma sociedade capitalista que buscava utilidade nos corpos.<sup>33</sup>

Na Itália o saber criminológico foi organizado em torno à formação da « Escola Positiva », surgida a partir dos estudos médico-antropológicos de Lombroso, e desenvolvida por Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Enrico Ferri foi o maior divulgador das ideias criminológicas em nome da Escola, atribuindo um caráter reformista ao saber penal, no qual a sociologia criminal determinaria a unidade metodológica dos saberes sobre o criminoso e o sistema penal.<sup>34</sup>

**O modelo do « compromisso ».** O modelo do moderno saber penal se consolidou com a intersecção desses dois eixos de legitimação : pela legalidade, na linha de concretização da Dogmática Penal, e pela utilidade, na linha de concretização da Criminologia. Se aparentemente eles revelavam uma contradição, observa-se que historicamente eles trataram de se acomodar diante das transformações sociais e políticas, em uma unidade funcional programática de defesa social. Não havia nos modelos Dogmáticos propostos uma exclusão absoluta dos saberes criminológicos, tratava-se, antes, da definição da hegemonia metodológica.

todos os modelos (Binding, Liszt, Rocco) apresentavam a hegemonia da Dogmática (positivismo jurídico) sobre a Criminologia (positivismo sociológico), vista como ciência auxiliar. As divergências entre os modelos radicavam “ na abrangência e funções atribuídas a ambas as disciplinas ”.<sup>35</sup>

Em um contexto histórico de transição entre o Estado de direito liberal e o Estado de direito intervencionista, as exigências de defesa social organizadas pelo saber criminológico, marcaram o momento de

---

<sup>33</sup> É conhecida e importante a revisão de Foucault sobre as transformações político punitivas na formação do Estado Moderno. Sua interpretação sobre a economia do poder de punir centra-se na referencia da introdução da disciplina na economia dos corpos produtivos, analisada a partir da expressão mais moderna do sistema penal: o cárcere. Cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**, (1987).

<sup>34</sup> Enrico Ferri foi o principal ator político e teórico na construção de um referencial de Escola, cf. FERRI, Enrico. **Studi sulla criminalità**. 2ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1926; \_\_\_\_\_. **Sociologia criminale**. 5ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1930; \_\_\_\_\_. **Principii di diritto criminale**. Delinquente edelitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927. Torino: Unione Tipografica Torinese, 1928.

<sup>35</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 96.

uma segunda reforma do Estado moderno, no qual o Direito Penal do autor encontrou seu lugar. Entretanto,

o emergente Direito Penal intervencionista sobre a criminalidade – e o indivíduo delinquente – deveria manter as estruturas normativa e conceitual garantidoras do Direito Penal liberal que, modeladas desde o saber iluminista-reformista encontravam na Dogmática Penal sua última (e pretensamente científica) expressão.<sup>36</sup>

As exigências de « conciliação » e « compromisso » foram as marcas da constituição desse modelo de saber penal, promovendo seus reflexos nas reformas legislativas da primeira metade do século XX. Elas são representadas pela conciliação entre a discursividade e as estruturas do Estado de direito (e de suas garantias penais liberais) e a discursividade e as estruturas do Estado de direito intervencionista sobre a personalidade perigosa do delinquente em nome da defesa social.

Afirma Vera Andrade:

É por isso que as legislações penais do século XX serão, sobretudo, legislações sob império da fundamentação preventivo-especial e da necessidade de individualização da pena, mas convivendo com as concepções herdadas do classicismo, como a Legalidade, o retribucionismo e a responsabilidade moral. Serão legislações geralmente conciliadoras e de compromisso (como o Código Penal de 1940) e, portanto, cindidas entre as exigências de objectividade, certeza e segurança jurídica e de valorização da concreta individualidade perigosa do criminoso.<sup>37</sup>

Garland chegou à descrição dessa mesma conciliação ou do que denominou « ecletismo histórico » na configuração da Justiça Criminal Moderna, ao estudar as relações estabelecidas entre a constituição do Estado de bem-estar social na Grã-Bretanha e a nova administração da punição. Seus estudos se propunham a traçar parâmetros estruturais que

---

<sup>36</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 73

servissem generalizadamente não apenas ao local histórico originário da pesquisa, mas como hipótese explicativa da « modernidade penal »<sup>38</sup>.

O autor afirma que « as modernas estruturas da justiça criminal foram primeiramente erigidas em sua forma liberal clássica e, em seguida, orientadas para um programa de ação de cunho correcionalista. »<sup>39</sup> A forma liberal clássica é entendida a partir das estruturas da Justiça Penal desenvolvidas ao longo de 150 anos, formada por agências especializadas da polícia, da acusação, dos tribunais e das prisões, - e os procedimentos legais e os princípios penais liberais que « informavam suas atividades e forneciam suas ideologias oficiais ». <sup>40</sup> E os programas de ação correcionalista, por sua vez, correspondem a uma

superestrutura criada durante o século XX, com seus singulares motes correcionalistas (reabilitação, tratamento individualizado, sentenças indeterminadas, pesquisa criminológica) e as práticas especializadas que o materializavam (livramento condicional, liberdade vigiada, juizados de menores, programas de tratamento, etc.).<sup>41</sup>

O resultado dessas duas estruturas modernas da Justiça Penal determinou um ecletismo histórico formador de uma « estrutura penal-previdenciária híbrida », que « combinava o legalismo liberal do devido processo legal e da punição proporcional com um compromisso

---

<sup>38</sup> Para Garland, em seu texto *Punishment and Welfare*, a modernidade penal não está localizada no nascimento da prisão, das sociedades urbanas industrializadas, ou o modo de produção capitalista. Para ele, a modernidade só se constitui com a montagem do associação penalidade-*welfare*, ou o que ele chamará previdenciarismo penal. Essas novas estratégias discursivas e de poder ocorrerão na Grã-Bretanha a partir de 1895, com o desenvolvimento de práticas de normalização, classificação e categorização entre os tipos criminais. No nosso estudo, esse período corresponde ao que chamamos “ponto ótimo” do moderno saber penal, disposto na integração crimino-dogmática. No texto posterior, *A cultura do controle*, ele reconhece a modernidade em dois tempos: a iniciada com o Estado Moderno e a resolução das questões de ordem hobbesiana, e posteriormente, as relativas à estruturação do Estado de bem estar e as questões de ordem marxista. GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

<sup>39</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 93.

<sup>40</sup> Segundo Garland, na Grã Bretanha, na primeira metade do sec. XX, já estava bem estabelecida « sua nova polícia, sua lei criminal reformada, sua rede de prisões e reformatórios e sua nova capacidade burocrática de processar registros de casos, coleccionar informações e prover dados estatísticos » (Ibidem, p. 101).

<sup>41</sup> Ibidem, p. 93.

correcionalista de reabilitação, bem-estar e o saber criminológico especializado.»<sup>42</sup>

Esse «compromisso» se desenvolveu na Grã-Bretanha em consonância ao desenvolvimento de uma forma específica de composição das relações de classe mediada pelas políticas trabalhistas e sociais de seguridade social e previdenciária. A multiplicação de agências que atuavam integradamente na incorporação dos indivíduos em uma política estatal ampliada conferia ao discurso correcionalista da criminologia, de intervenção terapêutica, um lugar importante nas novas estratégias punitivas.<sup>43</sup> Muito embora ele tenha observado que «o processo pelo qual as teorias tornaram-se exequíveis foram preenchidas com características políticas e ideológicas.»<sup>44</sup>

O «compromisso» entre discursos e práticas correcionalistas e o legalismo foi também o «compromisso» das legislações penais que, durante as primeiras décadas do novecentos, organizaram-se em torno de princípios da «Escola clássica» e da «Escola Positiva».

Partindo dessa leitura, pretendemos formular nossa indagação. Admitimos que haja um modelo constitutivo do saber, transnacionalizado, lançado fora de seus contextos de origem, que encontrou inclusive um reflexo minimamente homogeneizador na codificação da segunda Reforma. Na América Latina os Códigos da primeira metade do século XX possuem um modelo muito semelhante aos modelos europeus de Codificação Penal. *Mas consideramos importante compreender que sentidos e conteúdos a doutrina penal, que organizou a construção dogmática e orientou as decisões judiciais, deu a essa construção do «compromisso».* Por isso, como dissemos anteriormente, «vamos indagar o discurso doutrinário dos juristas no debate brasileiro de 1930 para entender como esse «compromisso»

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>43</sup> Garland suspeita que, a despeito da pequena investigação sobre o problema, que o programa criminológico na constituição da “modernidade penal” não foi o único nem o mais importante elemento na construção do complexo da modernidade penal em 1900. As reformas penais foram apenas um dos aspectos de uma reorganização social mais ampla, na qual os programas de trabalho social e de eugenia tiveram um impacto imediato. GARLAND, David. **Punishment and welfare: a history of penal strategies**, 1985, p77). Garland estuda as relações entre a penalidade e outras instituições sociais, a partir de referências teóricas do marxismo tradicional e do trabalho de Michel Foucault.

<sup>44</sup> Nós afirmariamos, conforme as análises da crítica criminológica, que o próprio discurso criminológico como discurso de poder tem seu conteúdo condicionado às características políticas e ideológicas. Contrariamente, nas palavras de Garland: “the process whereby theories became practicable were suffused through and through with political and ideological characteristics.” (GARLAND, David. **Punishment and welfare: a history of penal strategies**, 1985, p. 8).

*entre os saberes e suas finalidades se construiu. Ou, em outras palavras, buscaremos entender os conteúdos dos eixos de legitimidade pela legalidade e pela utilidade de defesa da sociedade, que foram constitutivas do saber penal no Brasil. »*

Durante a construção do trabalho sustentamos que « *o direito penal de conciliação e de compromisso não obedeceu, no debate doutrinário dos juristas, um jogo de forças entre as garantias de direito dos indivíduos e a defesa social. A retórica criminológica, consolidada antes da construção de um saber técnico dogmático penal, garantiu um lugar central à defesa social, prevalecendo sobre o eixo da justificativa pela legalidade ».*

Para trabalharmos com essa hipótese, que se construiu durante a elaboração do próprio texto, as leituras e suas confrontações com os contextos, pretendemos fugir à perspectiva comparativa, e proceder a uma análise que parta da narrativa do discurso dos próprios juristas que pretendemos estudar. Não serão as semelhanças e as diferenças com o saber penal do centro que nos orientarão nessa investigação, pois entendemos que essa perspectiva é capaz de tomar evolutivamente a relação dos saberes e proceder a categorias como o « atraso » das ciências penais. Tais estudos perdem parte de sua pertinência acadêmica por buscar entender um contexto narrativo a partir de um ponto de partida alheio a ele mesmo.

De outra parte, não ignoramos o fenômeno de transnacionalização desses « modelos do saber penal moderno », e admitimos que os nossos juristas não falem por si.<sup>45</sup> Precisamos, por isso, estabelecer como enfrentaremos a questão transversal de nossa hipótese relacionada à transnacionalização do controle penal e à busca pelos conteúdos específicos do saber do controle penal no Brasil na década de 1930.

---

<sup>45</sup> Vera Andrade assinala o potencial universalista dos saberes dogmáticos e criminológicos: « « reitera-se aqui o potencial universalista que preside ao paradigma dogmático desde sua gênese, ilustrado precisamente por Welzel (...): ‘A dogmática, aprimorada na Alemanha, no último século, foi acolhida, com fundadas razões, em muitos sistemas jurídicos estrangeiros. » (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 97). E segue: « O mesmo fenômeno de transnacionalização ocorre com o paradigma etiológico de Criminologia como constata Olmo (1984, p. 81-122) e com o saber clássico como constatam Taylor, Walton, Young (1990, p. 25). Pois, com efeito, se a construção destes paradigmas encontrava-se condicionada, por um lado, por contextos históricos determinados, continha, por outro lado, um forte potencial universalista que possibilitou precisamente a libertação de seu contexto originário para outros, isto é, a sua transnacionalização » (Ibidem, p. 97).

## 1.2 A HIPÓTESE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE PENAL

A dimensão institucional do controle penal associada à sua dimensão de saber apresentada por Vera Andrade e Garland estão diretamente relacionadas com as sociedades capitalistas. Eles podem ser tomados enquanto modelos que possuem o potencial histórico e teórico de transnacionalização, como se confirmou na sua expansão ao longo do século XIX e XX a outros contextos, como a América Latina.

Entretanto se os estudos acima pretendiam dar conta de traçar um parâmetro estrutural para a modernidade penal, é pertinente indagar sobre suas acomodações e operacionalizações em contextos diversos. Não é difícil observarmos no Brasil as distâncias guardadas entre o contexto de estruturação do controle punitivo daquele descrito por Garland na Grã Bretanha e EUA.

Os estudos da Criminologia Crítica<sup>46</sup> ocupados em entender as especificidades do controle penal da periferia<sup>47</sup> latino-americana demonstraram algumas particularidades de sua « modernidade penal ».

<sup>48</sup>

A diferença entre o controle penal do centro e da margem tem sido desta forma reiterada pela Criminologia crítica latino-americana como sendo uma diferença de especificidade e dose de violência.

Aqui, na periferia, a lógica da punição é simbiótica com uma lógica genocida, e vigora

---

<sup>46</sup> São estudos críticos criminológicos todos aqueles que se seguiram ao paradigma da reação social e impulso deslegitimador do sistema penal. Cabem neles, os estudos da Criminologia Radical (vinculada a escola de Criminologia de Berkley), da Nova Criminologia (desenvolvida na Inglaterra por Taylor, Walton Young) e da Criminologia Crítica. A Criminologia Crítica, especialmente, adere a uma “interpretação materialista – e alguns marxista, certamente não ortodoxa – dos processos de criminalização nos países de capitalismo avançado.” (Ibidem, 1997, p. 188. Para essa perspectiva criminológica é central o texto BARATTA, Alessandro. Por una teoria materialista de la criminalidad y del control social. **Estúdios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n XI, p.15-68, 1989. Separata.

<sup>47</sup> Zaffaroni em *Criminologia*. Aproximación desde una margen, propõe a separação entre economia central e periférica, gerando consequentemente uma estrutura de poder central e uma marginal de poder da América Latina. (ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Criminologia**. Aproximación desde una margen. Vol.01. Bogotá: Themis, 1988).

<sup>48</sup> O trabalho histórico revisionista dos frankfurtianos Rusche e Kirchheimer, importante referência para a Criminologia Crítica, já afirmava “a punição como tal não existe; existem sistemas de punição concretos e praticas criminais específicas.” (KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, George. **Punição e Estrutura Social**. Tad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 18.

uma complexa interação entre controle penal formal e informal, entre público e privado, entre sistema penal oficial (pena pública de prisão e perda da liberdade) e subterrâneo (pena privada de morte e perda da vida), entre lógica da seletividade estigmatizante e lógica da tortura e do extermínio, a qual transborda as dores do aprisionamento para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que “não tem um lugar no mundo.”<sup>49</sup>

Duas obras centrais no debate criminológico crítico marcaram as discussões a respeito da transnacionalização das práticas e saberes do controle penal moderno na América Latina: “America Latina y su Criminologia” de Rosa del Olmo e “Criminologia. Aproximación desde una margen” de Raul Eugenio Zaffaroni.

Sob os auspícios da importação de teorias centrais na constituição ideológica do controle na América Latina, Rosa del Olmo sustentou a tese da transnacionalização do controle do delito que se deu especialmente a partir da fase do capitalismo imperialista em meados do século XIX. Se de um lado o imperialismo produziu o substrato material para a organização internacional do trabalho, por outro lado, esses trabalhadores deviam ser controlados uniformemente. Essa transnacionalização do controle teve como principal difusora a institucionalização de uma série de organizações internacionais que procuravam estabelecer normas universais do controle marcadas por seu caráter pragmático e nas quais participavam os países de acordo com sua inserção na divisão internacional do trabalho.

---

<sup>49</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Em busca da latinidade criminológica**: da recepção da Criminologia Crítica em América Latina à construção da(s) Criminologia(s) Crítica(s) latinoamericana e brasileira(s). Inédito. Outros trabalhos da Criminologia se dedicam a entender as especificidades e do controle penal e do saber criminológico condizentes com as necessidades da ordem social brasileira e latino-americana. Cf.: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. Capítulo Criminológico. **Revista das disciplinas del control social**, v. 37, p. 31-52, 2009. BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000; \_\_\_\_ Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Verso e Reverso do Controle Penal**. (Des) Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Vol. 01. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 147-158; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia e Racismo**: Introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. Dissertação de mestrado em Direito. PPGD/UFSC, Florianópolis, 1998; PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **Sistema penal subterrâneo**: o controle sócio-penal do trabalho escravo rural contemporâneo na Amazônia. Dissertação de mestrado em Direito. PPGD/UFSC, Florianópolis, 2003.

Nesse processo a América Latina participava enquanto região de poder marginalizada na divisão internacional do trabalho. Embora a proposta tenha sido a produção de normas universais para o controle do delito, a forma de impô-las foi absolutamente desigual e funcional à estrutura capitalista.<sup>50</sup>

Para Zaffaroni há um ponto comum na transposição dos discursos centrais do controle penal à América Latina. Eles foram instrumentalizados pelas posições das elites coloniais e pós-coloniais a fim de assegurar sua ascensão e permanência no poder. Para conquistarem o poder político nas colônias se utilizaram e reproduziram o discurso contratualista europeu, bem como para assegurar o poder conquistado, passaram a propagar o discurso positivista.

Para o autor, à diferença da produção desses saberes no centro das sociedades capitalistas, na região de poder latino-americana eles produziram, e tendem a produzir, efeitos mais perversos, por não possuírem estruturas de poder capazes de controlar as políticas importadas.<sup>51</sup>

Em virtude do funcionamento explicitamente mais violento e seletivo nas estruturas de poder marginais latino-americanas<sup>52</sup> (que opera “à margem” de qualquer legalidade<sup>53</sup>) o discurso jurídico-penal transnacionalizado que se apresentou de modo mais funcional à ocultação dessa realidade foi a conjugação da criminologia etiológica e um direito penal neokantiano (nos moldes da integração do saber penal moderno apresentado por Vera Andrade).

Enquanto o direito penal ocupava-se apenas do ‘dever ser’, com o qual o poder assinalava os limites do saber criminológico, a criminologia ocupava-se da ‘etiologia’ das ações das pessoas selecionadas pelo poder do sistema penal; no

---

<sup>50</sup> OLMO, Rosa del. **América Latina y su Criminología**. 2ed. Mexico: Siglo Veintiuno, 1984, p. 54-55.

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Criminología**. Aproximación desde una margen, 1988.

<sup>52</sup> Zaffaroni refere-se à estrutura de poder marginal em referência à sua inclusão específica no modo de produção capitalista.

<sup>53</sup> É importante ressaltar que os estudos críticos da criminologia costumam referenciar uma incapacidade estrutural de os sistemas penais atenderem às programações de legalidade penal e processual penal dos discursos de poder jurídicos, a que Vera Andrade dá o nome de “ilusão de segurança jurídica”. O que denota uma ilegitimidade permanente desses sistemas. O que Zaffaroni avança é na tese de que na América Latina essa ilegitimidade é ainda mais profunda, ao compreender o exercício de poder punitivo à margem da legalidade. (ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001).

entanto, nem o direito penal, nem a criminologia ocupavam-se da realidade operacional do sistema penal, cuja legitimidade não era questionada.<sup>54</sup>

Essas análises estruturais que correlacionam a constituição do controle penal, suas instituições, práticas e saberes ao desenvolvimento do modo de produção em um contexto internacional foram e são de grande relevância para a compreensão das características de nosso controle penal. Elas podem nos servir como “pontos firmes”, como nos fala Maximo Sozzo, em nossas investigações.

Partindo deles, entendemos que é possível ganhar novos matizes para compreensão da constituição do controle penal no Brasil. E esses novos matizes exigem certa inflexões nas discussões a respeito do que viemos chamando de transnacionalização do controle punitivo.

Maximo Sozzo aponta para três inflexões: compreender as “traduções” dos discursos punitivos como processos culturais de maior complexidade do que as ideias de “transposição” ou “translado” possam sugerir; evitar uma “derivação causal” dos discursos e práticas punitivas em relação aos processos políticos, culturais e econômicos mais amplos; e observar que a administração do delito não está só atravessada pelas diferenciações provenientes das relações de produção da vida material, embora elas costumem ter um papel estruturante central.<sup>55</sup>

É nesse caminho das inflexões e matizações que pretendemos desenvolver nossa hipótese de trabalho, sem perder a referência dos pontos firmes da constituição dos modelos de controle penal, mas atentos às especificidades e texturas que a abordagem da história cultural pode nos oferecer.<sup>56</sup>

### 1.3 OS “PONTOS FIRMES” DA DISCUSSÃO CRIMINOLÓGICA

Antes de apresentarmos o debate sobre a abordagem da histórica cultural e nossa proposta de compreensão do discurso dos juristas durante a década de 1930, trataremos de nossos “pontos firmes” trazidos pelas análises estruturais da crítica criminológica.

No trabalho, aderimos à compreensão proposta pelas leituras da Criminologia de que o saber do controle penal é um saber orientado

---

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, 2001.

<sup>55</sup> SOZZO, Maximo. **Roberto Bergalli y la tarea de hacer una historia critica de la criminologia en America Latina**, 2006.

<sup>56</sup> Apresentaremos nossas referências teóricas da história cultural no próximo capítulo.

pelas demandas de ordem. Diz-nos Vera Malagutti, referindo-se ao saber criminológico: «para entender o objeto da criminologia, temos de entender a demanda por ordem de nossa formação econômica e social. A criminologia relaciona-se com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem.»<sup>57</sup>

E, conseqüentemente às especificidades do desenvolvimento do saber do controle penal (jurídico e criminológico), também aderimos aos estudos latino-americanos que apontam para um aprofundamento do grau de ilegitimidade do controle penal advindo da incapacidade estrutural de cumprimento da programação discursiva do exercício punitivo “à margem” da legalidade.

No Brasil, já se produziram importantes estudos, da sociologia, história e criminologia, atentando para a específica demanda de ordem de nossa história, decorrente em grande medida de nosso modelo escravocrata colonial. No século XIX as demandas de ordem estiveram vinculadas em grande medida pela organização social escravocrata, marcando a incorporação dual das práticas punitivas<sup>58</sup> e uma adesão limitada ao liberalismo.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> BATISTA, Vera Malagutti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro : Revan, 2011, p. 19. Em sentido mais amplo, Garland ao se propor a analisar os discursos e idéias sobre as reformas da penalidade de fins do século XIX na Grã-Bretanha, entende que as idéias, “far from free-floating, were the constituent elements of definite social movements which developed and carried them, pressing their claims as solutions to the problem of social regulation.” (GARLAND, David. **Punishment and welfare: a history of penal strategies**. Vermont: Gower, 1985, p.74).

<sup>58</sup> Andrei Koerner, utilizando de um método de análise foucaultiano, demonstra que as punições foram marcadas, durante o Império, pela dualidade destinada ao tratamento desigual entre escravos e livres (que na prática, obscurecia em algum termo essa rígida divisão), exigindo que o discurso penal brasileiro se adequasse a essa demanda. Afirma “na estratégia política da sociedade escravista brasileira, são combinadas, por um lado, práticas punitivas estatais e mecanismos sociais de sujeição que se aplicam de forma diferente sobre indivíduos com estatuto jurídico ou categorias sociais distintas e, por outro lado, a lógica dual do direito penal, cujas categorias e propósitos são a correção moral ou a intimidação, segundo os indivíduos a que se dirigem.» (KOERNER, Andrei. *Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX, Lua Nova*, São Paulo, 68, 2006, p. 239). A desigualdade entre homens livres e escravos, fartamente retratada no Código Criminal de 1830 e o caráter dos apenamentos podem ser percebidas pela leitura do art. 60 deste diploma, que determinava ao magistrado a aplicação da pena de açoites ao escravo não condenado a pena de morte ou galés. Para uma análise destas especificidades do estatuto imperial, consultar: WEHLING, Arno, “O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)”, In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 388-392. Conferir, ainda, neste sentido: NEDER, Gizlene. *Absolutismo e Punição. Discursos Seduciosos – crime, direito e sociedade*, ano 1, n.º 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 193.

<sup>59</sup>Sobre o liberalismo, em análise próxima ao marco da criminologia, Gizlene Neder entende que houve uma recepção incipiente do liberalismo apenas como ‘graxa simbólica’, incapaz de generalizar-se visto que vinculado a necessidades estritamente pragmáticas de confinamento da participação política ao seletivo e restrito nível dos grupos sociais proprietários e dominantes.

No início do século XX as demandas de ordem<sup>60</sup> se relacionaram aos desdobramentos da abolição da escravatura, construindo seus novos inimigos internos entre ex-escravos e imigrantes, marcando o objeto do controle sobre os corpos dos negros<sup>61</sup>, os anarquistas e os « vadios »<sup>62</sup>, e instaurando a desigualdade por dentro da forma republicana liberal.<sup>63</sup>

Decorrente dessa mesma demanda constitutiva da sociedade escravocrata, alguns estudos já demonstraram a especificidade da

NEDER, Gizlene, **Illuminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro**: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000, p. 59)

<sup>60</sup> Pedro Tortima relaciona a demanda de ordem da instituição de uma sociedade de trabalho livre e seu medo diante dos ex-escravos, ao fato de que o Código Criminal (1890) tenha sido elaborado antes mesmo da Constituição Republicana (1891). TORTIMA, Pedro. **Crime e castigo para além do Equador**. Belo Horizonte: Inédita, 2002, p. 7. Vera Malaguti Batista faz um trabalho minucioso sobre o controle social relacionado à cultura do medo como eixo estruturante. BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade no Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Sidney Chaloub trata, a partir da história, sobre a reorganização do espaço urbano de fins de XIX e as formas de controle. CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril**: cortiços e epidemias no corte imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

<sup>61</sup> Cf. FAUSTO, Boris. **Crime e cotidiano**. A criminalidade em São Paulo. 1880-1924. São Paulo: Brasiliense, 1984; RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. **Cor e criminalidade**: estudo e análise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930). Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1995; Tortima, em relação aos negros, afirma: «aquela concentração populacional étnica, em boa parte à margem do processo produtivo formal, inquietava os poderes instituídos e todo um arranjo sistêmico delienava-se voltado, com forte tinturas ideológicas, para enquadrar (inclusive antropologicamente) a população negra » (TORTIMA, Pedro. **Crime e castigo para além do Equador**. Belo Horizonte: Inédita, 2002, p.7)

<sup>62</sup> Ao analisar a Conferência Policial e Judicial de 1917, Tortima revela que os alvos do controle eram, além dos negros, os operários, grevistas, sindicalistas, anarquistas, estrangeiros, vagabundos (incluídos desempregados) e prostitutas. TORTIMA, Pedro. **Crime e castigo para além do Equador**. Belo Horizonte: Inédita, 2002. Segundo a abordagem criminológica de Nilo Batista, abolida a escravidão (1888) e proclamada a República (1889), o Código Penal de 1890 instrumentalizou formalmente o poder de controle social punitivo e de seu discurso (competente) legitimador sobre os mesmos fundamentos. O art. 399 deste diploma consagrava o delito de vadiagem e o art. 206 criminalizava a greve. A substituição da mão-de-obra escrava pelo trabalho juridicamente livre, correspondendo ao estabelecimento da economia de mercado, impunha um novo modelo de punição que, abandonando a inflição de castigos corporais, disciplinasse os corpos ao trabalho fabril. (BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 35).

<sup>63</sup> Para Neder “desde a Abolição da Escravidão (1888), a questão do controle e disciplinamento da massa de ex-escravos delimitou a extensão e a forma da reforma republicana no Brasil”. (NEDER, Gizlene, **Absolutismo e Punição**, 1996, p. 200). No trabalho sociológico de Marcos Alvarez a desigualdade foi instituída por dentro da forma republicana por meio do discurso científico da Criminologia. (ALVAREZ, Marcos Cesar. **A Criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais**. **Dados**, vol. 5, Rio de Janeiro, 2002; ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas no Brasil**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003; \_\_\_\_\_. **A formação da modernidade penal no Brasil: bacharéis, juristas e criminologistas**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Jurua, 2009).

complementariedade entre o controle penal formal e informal (subterrâneo) no Brasil.<sup>64</sup> Bem como alguns trabalhos relacionaram a desigualdade da prática punitiva no Brasil à recepção e ao desenvolvimento do pensamento criminológico, compreendido como o responsável por dar *status* de cientificidade ao tratamento desigual.

Esses estudos de diferentes abordagens oferecem as perspectivas da modernidade penal no Brasil. De um lado, uma *centralização* do poder de punir limitada pela convivência entre um controle penal formal e outro, subterrâneo e informal. De outro, uma *racionalização* que ganhou contornos próprios ao constituir-se de uma legalidade limitada em sua dimensão técnica (de submissão à lei e ao limite do poder de punir) e política (associada aos valores do liberalismo penal), vinculada às demandas de uma sociedade escravocrata.

Para além dessas importantes avaliações e estudos já desenvolvidos há um amplo campo de debate e reconstrução sobre os saberes do controle penal, entendidos a partir de seu conjunto dogmático-criminológico. Há, mais do que isso, um farto material documental que nos serve de fontes primárias para a compreensão de nossa constituição dos saberes do controle.

Escolhemos seguir por esse caminho que ainda merece atenção no trabalho da produção acadêmica. *E para desenvolvermos nossa hipótese o faremos a partir de um recorte específico: o estudo do discurso de poder indireto dos juristas<sup>65</sup> na produção doutrinária da Revista de Direito Penal, durante os anos de 1933-1940.*

Encontramos na década de 1930 um período importante para a construção do controle penal moderno no Brasil, de realização de

---

<sup>64</sup> Tratando da América Latina em geral, OLMO, Rosa del. **América Latina y su Criminología**, 1984. p.129; no Brasil, DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo**: Introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil, 1998. p.197; BATISTA, Nilo. Pena Pública e escravismo. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Ano 51, n190. Brasília: Imprensa Nacional, jul/dez.2006.

<sup>65</sup> Entendemos por discurso de poder indireto dos juristas aquilo que Batista e Zaffaroni definem: «O poder não é algo que se *tem*, mas sim que se *exerce*, e pode ser de dois modos, ou melhor, possui duas manifestações: a *discursiva* (ou de legitimação) e a *direta*. Os juristas (penalistas) exercem tradicionalmente - a partir das agências de reprodução ideológica – o poder discursivo de legitimação do âmbito punitivo, mas *muito escasso poder direto*, que está a cargo de outras agências. *Seu próprio poder discursivo sofre erosão com os discursos paralelos das agências políticas e de comunicação, condicionantes daquele elaborado pelos juristas em suas agências de reprodução ideológica* (universidades, institutos etc).”

(ZAFFARONI, Raul Eugenio, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003 p.64.)

mudanças econômicas e políticas que tem importantes reflexos no processo de modernização do controle penal.

Abrir as páginas da Revista para chegar até os debates promovidos pelos juristas e compreender a constituição dos saberes desse período é uma forma de contribuir para a produção de um material relevante de pesquisa, capaz de nos abrir novas indagações e novas perspectivas de trabalho.

### 1.3.1 CONTEXTO BRASILEIRO DAS REFORMAS DE 1930

Na década de 1930, o Brasil iniciou importante transformação no modelo político e jurídico estatal, a partir da iniciativa de implementar um projeto de modernização e racionalização do Estado brasileiro.

Essa transformação, de modo geral, atingiu diversas esferas de poder, desde a burocratização das esferas administrativas, passando pela expansão da regulação jurídica de alguns setores, como a economia e as relações de trabalho, e pelo aumento da esfera de competência do poder executivo em relação aos demais poderes.<sup>66</sup>

Nesse processo, o Estado tomou para si o papel de organizador da modernização brasileira. Tal modernização operou-se através da formação burocrática estatal, vinculada a um pensamento de fortalecimento das instituições. Para isso, muito se estimulou a formação de um corpo técnico-burocrático e de órgãos de execução de políticas estatais, tais como ministérios, conselhos e comissões, e outras instituições.<sup>67</sup>

Em relação às instituições do sistema de justiça penal o impacto das transformações também se fez perceber. Segundo Lenharo, os organismos administrativos, educacionais, sanitários e correccionais foram investidos por uma particular *economia* do controle social.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Para o desenvolver o tema, há uma extensa bibliografia que trata das transformações sob diversos aspectos do poder social, jurídico e político durante a década de 1930, no Brasil. Elas se chocam sob alguns aspectos, ao tomarem posicionamentos teóricos distintos. Sobre as leituras, podem-se citar alguns textos clássicos que se referem a esse período: CARONE, Edgard. **A segunda república**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973; DECCA, Edgar de. **1930. O silêncio dos vencidos**: Memória, história e revolução. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1992; FAUSTO, Boris. **A revolução de 1930**: Historiografia e História. São Paulo: Brasiliense, 1970; VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

<sup>67</sup> Sobre a formação de órgãos para execução de políticas do Estado, ver IANNI, Octavio. **O Estado e planejamento econômico no Brasil**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1986.

<sup>68</sup> LENHARO, Alcir. **Sacralização da política**. Campinas: Papyrus, 1986.

As instituições penais foram reorganizadas em torno de especializações acerca do criminoso. Propostas de reformas e de fundação de novos institutos capazes de tratar da nova “realidade brasileira”,<sup>69</sup> que se afigurava emergiam em debates promovidos por intelectuais que possuíam importante trânsito na formulação de políticas de Estado. Essa duplicidade de funções, políticas e intelectuais, marcada pela reorganização da atuação estatal oferecia um movimento especial à circulação das teses acadêmicas e das propostas políticas efetivadas.<sup>70</sup>

Dentre as inovações consideradas modernizadoras do sistema de justiça penal, tem-se, por exemplo, a criação do Instituto de Identificação, em 1931, cuja função seria

abrigar, em um só órgão subordinado à polícia da capital, informações, especialistas, instrumentos e técnicas que seriam empregados na produção de um conhecimento mais amplo sobre os ‘brasileiros’. A identificação se elevaria a um lugar antes reservado à instrução criminal. Deixaria de restringir-se às questões médico-legais, tornando-se um órgão de pesquisas médico-científicas.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> A preocupação em torno da adequação das propostas à “realidade brasileira” percorreu grande parte dos discursos acadêmicos e políticos da época, seja em referência à questão biológico-racial brasileira (debate mais desenvolvido durante as primeiras décadas do noventa) seja em relação a referências mais culturalistas, desenvolvidas a partir da década de 1930. No discurso oficial de abertura do I Congresso Brasileiro de Criminologia, em 1936, o qual tinha como objetivo discutir as propostas do anteprojeto de Código Penal para o Brasil, Magarinos Torres, juiz de direito, presidente da Sociedade Brasileira de Criminologia, assinala: “se alguns senões escaparem a nova construção, não podem ser taes que lhe comprometam os méritos e as vantagens de sua concepção moderna e científica, de sua technica apurada e de sua attinencia aos problemas actuaes da vida social brasileira” (TORRES, Antonio Eugenio Magarinos. Discurso Inaugural da Sessão de Instalação da Primeira Conferencia Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936, p. 15.)

<sup>70</sup> MICELI, Sérgio. **Intelectuais e classe dirigente no Brasil (1920-1945)**. São Paulo: Difel, 1979. No âmbito do direito penal e da criminologia, como se estudará na tese, as mais importantes referências teóricas costumaram ocupar importantes funções na organização do Estado. Cite-se, por exemplo: Afrânio Peixoto, Nelson Hungria, Heitor Carrilho, Leonídio Ribeiro, entre outros.

<sup>71</sup> CUNHA, Olívia Maria Gomes da. **Intenção e gesto: pessoa, cor e produção cotidiana da (in)diferença no Rio de Janeiro (1927-1942)**. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2002, p. 266.

Outras instituições também foram criadas: o Conselho Penitenciário, na década anterior<sup>72</sup>, o Serviço de Biotipologia Criminal formado por parte de importantes acadêmicos da época, o Instituto de Antropologia Criminal, presidido por Leonídio Ribeiro. Também se discutiram, já em 1930, a construção de Anexos Penitenciários e a formação de Institutos de Antropologia Penitenciária. Na maioria, tratavam-se de instituições que comporiam a organização do sistema de justiça penal com vistas a conhecer, classificar, esquadrihar, tratar, a figura do criminoso.

No campo jurídico, as propostas de reformas, discussões acadêmicas e mudanças normativas também estavam em curso. Em texto escrito com a finalidade de divulgar e enaltecer a construção do Estado Novo a partir da figura política de Getúlio Vargas, afirma-se a respeito da necessidade de reforma jurídica:

Salienta [Getúlio Vargas] de início a oportunidade do momento para a execução de 'uma vasta reforma na ordem jurídica e, portanto, social', trabalhada por um selecionado conselho de juristas, sociólogos e pensadores, (...). Mas adverte logo em seguida que 'para legislar com segurança e previsão, em período de tão profundas e radicais transformações, é indispensável investigar e compreender as modificações sociais do mundo moderno'. E acrescenta: 'No domínio jurídico as condições de existência em sociedade, os fatores predominantes em certo período histórico, vão fazendo surgir novos institutos, criando direitos e obrigações que a ciência do

---

<sup>72</sup> "O Conselho Penitenciário do Distrito Federal foi criado ainda no governo Artur Bernardes através do decreto n. 16.665, art. 4, de 6/11/1924. Seu objetivo era a inspeção e a administração judiciária dos estabelecimentos penais. Cabia-lhes a decisão sobre indultos, livramentos, transferências, e liberdade condicional. Como membros efetivos, a comissão teve: Evaristo de Moraes, Milcíades Mário Sá Freire, José Gabriel Lemos de Brito, Juliano Moreira (substituído por Heitor Carrilho por ocasião de seu falecimento), Raul Leitão da Cunha e Cândido Mendes de Almeida." (CUNHA, Olívia Maria Gomes da. **Intença e gesto**: pessoa, cor e produção cotidiana da (in)diferença no Rio de Janeiro (1927-1942). Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2002, p.469). Pela composição do Conselho Penitenciário, observa-se que aqueles que participavam dessa instituição eram também os que publicavam os textos acadêmicos nos periódicos e editoriais nacionais.

legislador incumbe dar forma e sanções legais.<sup>73</sup>

Alguns documentos legais para a organização e normatização do controle penal foram fruto do impulso da reforma durante a década de 1930: o Código Penal (Decreto-Lei nº 3.914/1941), o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941)<sup>74</sup>, a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Além do processo codificador outras reformas legais no campo penal foram promovidas, duas especialmente a serem ressaltadas<sup>75</sup>: a reforma das leis sobre repressão política e as relativas ao controle penal referente à intervenção econômica.

No primeiro caso: a Lei nº 38/1935, que definiu os « crimes contra a ordem política e social »; a Lei nº 244/1936, que definiu o Tribunal de Segurança Nacional (TSN) como « órgão da justiça militar desde que decretado estado de guerra »; o Decreto-Lei 88/1937, instituído durante o Estado Novo, que reformou as disposições sobre o TSN, abrangendo sua competência material para os crimes contra a economia popular, e definindo a competência processual para o julgamento em primeira instância; a Lei constitucional nº 1/1938 que instituiu a pena de morte para crimes políticos (e também para homicídio qualificado); o Decreto-Lei 428/1938 definiu o caráter « policialesco » do processo perante o TSN.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> O presidente Getúlio Vargas e a sua obra. In: SCHWARTZMAN, Simon (org.). **Estado Novo, um Auto-retrato** (Arquivo Gustavo Capanema). Brasília, CPDOC/FGV: Universidade de Brasília, 1983.

<sup>74</sup> Como parte das forças políticas centrípetas impulsionadas na década de 1930 pelo Governo Vargas, como parte do processo de racionalização e centralização do controle penal, a Constituição de 1934, no seu art. 5, inc. XIX, concedeu privativamente para a União o poder de legislar sobre o processo. Essa disposição foi mantida na Constituição de 1937 e se consolidou na promulgação da codificação processual penal, escrito por uma Comissão Técnica que contou com a participação da maioria dos membros que também elaboraram o Código Penal (Nelson Hungria, Roberto Lyra, Narcélio Queiroz, Vieira Braga e Cândido Mendes).

<sup>75</sup> BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, E. Raúl et alii. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.467-470. A polícia, no processo de reforma do campo penal, também foi alvo de importantes modificações. A sua reestruturação legal se deu por meio do dc.lei n. 24.531/1934. Ela envolveu também toda uma transformação, marcada pela especialização e *cientificação* no campo do saber policial. Cf. CUNHA, Olivia Maria Gomes da. Os domínios da experiência, da ciência e da lei: os Manuais da Polícia Civil do Distrito Federal, 1930-1942. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol.12, n.22, 1998; GRIZA, Aida. **Polícia, técnica e ciência**: o processo de incorporação dos Saberes técnico-científicos na Legitimação do Ofício de Polícia. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1999.

<sup>76</sup> O objeto de controle das leis de repressão política era o Partido Comunista e, depois do ataque ao palácio do Guanabara em 1938, também os membros da Ação integralista brasileira.

No segundo caso, a reforma legal de intervenção econômica no campo penal, tem-se os seguintes documentos: Decreto nº 22.626/1933, determinado a proibição da usura e o Decreto-Lei nº 869/1938, definindo os crimes contra a economia popular, que eram, como já dissemos, de competência do TSN.<sup>77</sup>

As discussões sobre a reforma do Código Penal já vinham desde a primeira proposta apresentada por Sá-Pereira, em 1927. A proposição inicial do jurista durante o governo de Artur Bernardes foi reavaliada durante o governo de Getúlio Vargas, com alterações produzidas por Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira. Tal debate culminou com uma reunião em torno da I Conferência Brasileira de Criminologia, em 1936, em que se observou a efervescência das ideias penais e criminológicas.

Entretanto, em 1938 Alcântara Machado foi convidado pelo Governo de Getúlio Vargas, durante a vigência do Estado Novo, a redigir um novo projeto de Código, que, ao final, foi revisado pela Comissão composta por Nelson Hungria, Vieira Braga, Roberto Lyra e Narcelio Queiroz. O texto final tornou-se, em 1940, por meio de um decreto-lei, o novo Código Penal no Brasil.

Durante esse período de propostas de reformas político-penais, os saberes do controle penal passaram por transformações de ordem teórica e política que acompanhavam as demandas das novas reorganizações sociais e políticas. De um lado, a Criminologia se autonomizava como disciplina em relação ao ensino do Direito Penal e da Medicina Legal, e por outro o tecnicismo jurídico ganhava novos adeptos na busca pela construção de uma dogmática penal. Tais debates relativos ao campo da cultura jurídico-penal e criminológica circulavam entre os juristas em espaços dos mais diversos, como os Cursos de Extensão, as produções monográficas, a publicação de artigos e os Congressos.<sup>78</sup>

---

(BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, E. Raúl et alii. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 467)

<sup>77</sup> Ao acompanharmos os debates dos juristas na Revista de Direito Penal entre 1933 e 1942, observamos que a mobilização se deu principalmente em torno à reforma e proposição de um novo Código Penal. A formulação do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções não esteve presente no debate doutrinário com a mesma intensidade. A reforma legal referente ao direito penal de intervenção econômica, por sua vez, contou com um apoio praticamente pacífico entre os juristas, liderados pelas adesões de Nelson Hungria e Roberto Lyra. E a reforma referente aos crimes políticos, por sua vez, apresentou-se para os juristas como objeto de críticas ou adesões, sem entretanto, surgir como um objeto tratado como competência política e teórica dos juristas. Era, antes, percebido como um resultado e uma competência exclusiva do Governo, ao qual se destinavam eventualmente as críticas.

<sup>78</sup> Cf. RIBEIRO, Leonídio. Relatório apresentado à UNESCO, sobre o ensino da Criminologia no Brasil. In: RIBEIRO, Leonídio. **Criminologia**. 2 vol. Rio de Janeiro: Ed. Sul Americana, 1957, p. 727-731. Em 1932 teve início o primeiro Curso de Criminologia de Extensão Universitária, promovido pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, organizado por Afrânio

Em 1931 foi fundada a Sociedade Brasileira de Criminologia, pelo criminalista Roberto Lyra, pelo juiz Magarinos Torres e pelo médico Heitor Carrilho. O órgão oficial de divulgação das ideias dos principais médicos e juristas da época foi a Revista de Direito Penal. Ela surgiu como única revista especializada até os anos de 1930<sup>79</sup>, e que será a fonte de nossa pesquisa, entendida ela mesma como objeto de produção de cultura e como fonte primária na consulta da produção dos textos dos juristas no campo penal.<sup>80</sup>

### 1.3.2 A REORGANIZAÇÃO POLÍTICA E ECONÔMICA DA DÉCADA DE 1930

As reformas penais foram parte de um projeto mais amplo de reformas e de reorganização da ordem social e política brasileira promovida durante a década de 1930 e iniciada formalmente por meio da chamada « Revolução de 1930 ». A derrota nas eleições da chapa oposicionista de Getúlio Vargas e João Pessoa, reunida em torno da Aliança Liberal, provocaram a reação « revolucionária » que determinou a instauração do Governo Provisório, sob liderança de Getúlio Vargas.

---

Peixoto (**Anuário da Faculdade de Direito de São Paulo**. Ano letivo de 1936. São Paulo: Empresa Revista dos Tribunais, 1936); O Curso de Direito da Faculdade São Francisco, por sua vez, em 1936 acrescentou em seu currículo de graduação, a disciplina autônoma de Criminologia, antes ensinada nas noções preliminares de Direito Penal I.

<sup>79</sup> Na década de 1920 a Faculdade de Medicina e de Direito de São Paulo organizaram os *Archivos de Criminologia e Medicina Legal*, que recebeu o nome, em, 1930, de *Revista de Criminologia e Medicina Legal*. Essa Revista era organizada especialmente a partir de temas da medicina legal e da criminologia discutida primordialmente por médicos. Não se poderia, considerar, portanto, uma Revista em que se desenvolvesse um trabalho organizado de juristas.

<sup>80</sup> Trataremos das questões metodológicas referente à escolha da Revista de Direito Penal como nossa fonte de pesquisa material para o desenvolvimento de nossa hipótese de trabalho no próximo capítulo. Por ora, vale descrever o movimento de pesquisa que nos levou até a escolha da Revista. Em 2008, fiz três viagens de trabalho, duas delas à São Paulo, na Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo (USP) e uma ao Rio de Janeiro, onde visitei a Academia Nacional de Medicina (ANM), o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), o Museu Nacional, o Instituto de Psiquiatria da UFRJ (IPUB/UFRJ), a Biblioteca da Faculdade de Direito da UFRJ. Também me encontrei com a profa. Vera Malaguti Batista, que foi essencial para me apresentar aos “arquivos” do Rio e me indicar importantes referências de pesquisa. Nesse primeiro momento, realizei uma pesquisa exploratória para avaliar as fontes primárias à disposição e reformular, a partir delas, meu projeto de pesquisa inicial. Muitas delas acabaram se tornando subsidiárias na construção atual do meu trabalho, outras ainda servirão para produção de novas pesquisas. A pesquisa exploratória inicial foi importante para delimitar meu campo de estudos e minhas fontes principais. Através dela cheguei aos “arquivos escondidos” da Revista de Direito Penal e sua história peculiar de acompanhamento das reformas penais de 1930-1940. E nela circulei a atenção nos discursos dos juristas, que ainda hoje são menos objeto de investigações do que os discursos dos médicos e psiquiatras nas pesquisas sobre controle social.

A Aliança Liberal que reuniu a oposição aos governos da Primeira República continha uma forte tensão decorrente das disputas sobre as diretrizes que deveriam conduzir as reformas pretendidas. Simplificadamente, de um lado encontravam-se os tenentistas e aliados, que propunham uma perspectiva centralizadora, autoritária e reformista, de outro, as oligarquias de Centro-Sul que apostavam na autonomia dos estados e na limitação de poderes da União.<sup>81</sup>

Mais propenso às propostas do primeiro grupo, durante os dois primeiros anos o Governo Provisório determinou a dissolução do Congresso Nacional e dos poderes legislativos (municipais e estaduais), a criação de uma legislação trabalhista, a subordinação dos sindicatos à organização do Estado e a produção dos códigos de Minas e Águas, a organização do sistema de Interventorias (considerado um dos principais mecanismos de centralização e de desestruturação dos poderes locais).

Não foi sem tensões que o Governo Provisório passou pelos anos da década de 1930 até o Golpe de Estado em 1937, que se organizou em torno de um projeto de consolidação de um Executivo forte que pudesse garantir o processo de modernização econômico-social sem grandes sobressaltos ou rupturas.<sup>82</sup>

Em 1932, impulsionado em parte pelo descontentamento das oligarquias preteridas pela organização do novo regime político, especialmente pela elite paulista, e polarizando um tema desde o início fonte de um jogo político intenso, desencadeou-se a chamada « Revolução de 32 », reivindicando a constitucionalização do País. Esse levante foi derrotado militarmente mas conseguiu que suas demandas fossem atendidas, dando início ao processo de constitucionalização no Brasil, por meio da convocação da Assembleia Nacional Constituinte em 1933, da eleição presidencial (de Getúlio Vargas) em julho de 1934,

---

<sup>81</sup> A base de sustentação da Aliança Liberal era: “o situacionismo de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, e mais alguns grupos de oposição ao governo federal de vários estados, tais como o Partido Democrático (PD), criado em 1926 em São Paulo, e facções civis e militares descontentes”. (FERREIRA, Marieta de Moraes e PINTO, Suram a Conde Sá. **A crise dos anos 1920 e a Revolução de 1930**. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **O Brasil Republicano: o tempo do liberalismo excludente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 404.)

<sup>82</sup> O Golpe de 1937 foi organizado com a aproximação do Exército, marcada pela reaproximação de Vargas e o General Góis Monteiro. “Nesse momento confluíram dois projetos que, até então, corriam paralelos: um deles, visando a construção de um Exército forte, profissional e nacional, e outro apontando para a construção de uma nova ordem, mais centralizada e autoritária” (GRYNSZPAN, Mario e PANDOLFI, Dulce Chaves. *Da Revolução de 30 ao Golpe de 37: a depuração das elites*. **Revista de Sociologia Política**. Dossiê Estado Novo: 60 anos, nº 9, 1997, p. 17).

e da eleição de um novo Congresso Nacional e das Assembleias estaduais em outubro de 1934.

A Constituição de 1934 continha como projeto político um reforço e um predomínio do Poder Legislativo, sem que isso impedisse um fortalecimento do Estado em seu papel de condutor da modernização do País, por meio de sua regulação das ordens social e econômica. No entanto, as eleições de 1934 garantiram ao Executivo a maioria parlamentar e por meio de reformas sucessivas do texto constitucional, em 1936 a Constituição já continha três emendas que enfraqueciam sua carta de liberdades e garantias.

O enfraquecimento do Legislativo e o fortalecimento do Executivo, por sua vez, foram guiados pelo temor de organização de um movimento popular, representado pela criação da Aliança Nacional Libertadora (ANL)<sup>83</sup> e pelas greves constantes que vinham ocorrendo. Uma das primeiras reações a esse impacto foi a aprovação da Lei de Segurança Nacional, em 1935<sup>84</sup>. No mesmo ano deflagrou-se um levante comunista em Natal, Recife e Rio de Janeiro, e a « a partir de então, o comunismo tornou-se não apenas um inimigo do governo, mas um perigo à sociedade como um todo, cabendo a esta engajar-se no seu combate, na ação repressiva. »<sup>85</sup>

Entre março de 1936 e julho de 1937 o País foi governado sob o decreto de estado de guerra, considerado uma reação ao « perigo comunista ». Esse período foi marcado por um extenso poder de repressão do governo e pela fragilidade e desmobilização dos parlamentares.

Tendo sido suspenso o estado de guerra, meses depois, o governo divulgou o « Plano Cohen »: um documento forjado pelo próprio Executivo no qual constava o programa de uma ofensiva comunista. A partir dessa justificativa, o governo solicitou o retorno ao estado de guerra, ao que o Congresso apresentou resistências. Em resposta, em

---

<sup>83</sup> Sobre a liderança de Luís Carlos Prestes, Cf. CARONE, Edgard. **A Segunda República** (1930-1937). São Paulo: Difusão Européia, 1973, p. 421-430

<sup>84</sup> A Lei de Segurança Nacional foi lida por alguns sindicatos como uma forma de desmobilização da classe trabalhadora, através de uma investida contra as conquistas operárias. Cf. o documento-manifesto em CARONE, Edgard. **A Segunda República** (1930-1937). São Paulo: Difusão Européia, 1973, P. 415-417. Segundo interpretação de Carone essa Lei serviu, mais tarde, como arma para Getúlio derrubar as oligarquias lideradas por São Paulo. (CARONE, Edgard. **A Segunda República** (1930-1937). São Paulo: Difusão Européia, 1973, p. 58).

<sup>85</sup> GRYSZPAN, Mario e PANDOLFI, Dulce Chaves. Da Revolução de 30 ao Golpe de 37: a depuração das elites. **Revista de Sociologia Política**. Dossiê Estado Novo: 60 anos, nº 9, 1997, p. 14.

novembro de 1937 o Congresso foi fechado e Getúlio anunciou o Golpe, apresentando a Constituição de 1937, elaborada por Francisco Campos.

As interpretações da concentração desses momentos políticos durante a década de 1930 são divergentes. As desenvolvidas antes de 1970 dividiam-se entre as que entendiam o movimento de 1930 como uma revolução das classes médias (entre os autores, Helio Jaguaribe e Guerreiro Ramos) e as que entendiam que aquele período representou a ascensão da burguesia industrial à dominação política (entre os autores, Nelson Werneck Sodré).<sup>86</sup>

Na década de 1970 duas releituras foram produzidas, com os livros « A Revolução de 30 : história e historiografia » de Boris Fausto e « Liberalismo e Sindicato no Brasil » de Luiz Werneck Vianna. Para o primeiro, não se poderia atribuir a existência de uma revolução burguesa ao período de 1930, visto que a burguesia industrial possuía pouca força política a partir da então incipiente industrialização. O que teria ocorrido estava relacionado ao capitalismo imperialista dos EUA, que dependente de novos mercados, enfrentava a oposição da hegemonia paulista que compunha a Primeira República. O resultado da década de 1930, para Fausto, foi a constituição de um « Estado compromisso », que veio a ocupar um vazio de poder decorrente « do colapso político da burguesia do café e da incapacidade das demais frações de classe para assumi-lo, em caráter exclusivo. » Ele foi representado pelo reajuste nas relações internas da classe dominante, e na constituição de uma nova forma de Estado, marcado pela centralização, pelo intervencionismo ampliado e por uma « certa racionalização no uso de algumas fontes fundamentais de riqueza pelo capitalismo internacional. » Do ponto de vista ideológico, ele estaria representado pelo abandono das fórmulas liberais, « considerando-as francamente superadas, não obstante o fato de que o compromisso se instale também neste nível, como se verifica pelos dispositivos da Constituição de 1934. »<sup>87</sup>

Werneck Vianna, por sua vez, inaugurou uma vigorosa narrativa que, posteriormente, desenvolveu-se em seu ensaio « Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira ». Interessa-nos particularmente sua proposta, porque ancorado em uma leitura que toma

---

<sup>86</sup> FERREIRA, Marieta de Moraes e PINTO, Suram a Conde Sá. **A crise dos anos 1920 e a Revolução de 1930**. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **O Brasil Republicano: o tempo do liberalismo excludente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 408.

<sup>87</sup> As citações ao longo do parágrafo são referentes às seguintes páginas, respectivamente: FAUSTO, Boris. **A Revolução de 1930: historiografia e história**. São Paulo: Brasiliense, 1970, p. 113, 110.

de Gramsci e de Lenin chaves de interpretação, desenvolve uma particular compreensão de longa duração sobre o processo de modernização conservadora, que teve seu primeiro ciclo na década de 1930. Sua interpretação também nos permite compreender as forças de modernização social e econômica postas em jogo por uma elite de raízes ibéricas. Indagando a leitura tradicional gramsciana que no imaginário do pensamento social brasileiro, especialmente da esquerda, atribuía ao iberismo uma cultura política patrimonial « dominada pelo quietismo burocrático », representante do « atraso » que deveria ser superada pelo « moderno », ele provoca:

Se assim era, restava então o desafio de explicar o que teria levado uma elite política de genuínas raízes ibéricas, como a dos anos 30, a se empenhar tão vigorosamente em impor rumos americanos para a sociedade brasileira, num duro contraste com o regime de Salazar, para quem a velha ibéria era um fim em si mesmo. Levar Gramsci a sério obrigava, pois, reler as questões clássicas do iberismo e americanismo na imaginação social brasileira, e não mais sob a cediça fórmula de percebê-los formal e abstratamente como ideais contrapostos, (...) a fim de entendê-los em complexa fusão, cabendo ao gênio político da Ibéria abrir e garantir oportunidades de realização para a americanização, fusão esta que indicaria, em mais este registro, a coalizão entre elites de origem cultural e social diversas que veio a conduzir a modernização do país.<sup>88</sup>

Sob a chave da via prussiana de desenvolvimento capitalista proposta por Lenin, reconhecida como uma transição burguesa reacionária<sup>89</sup>, e da categoria de « revolução passiva » utilizada por Gramsci, para tratar da dimensão cultural como « racionalização reflexiva do movimento das forças produtivas », Vianna entende que a década de 1930 inaugurou a passagem à ordem burguesa no Brasil,

---

<sup>88</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 41.

<sup>89</sup> Uma transição marcada pela apropriação do Estado por parte das elites agrárias tradicionais que passam a liderar o processo de modernização sob o signo das formas autoritárias de controle social. Cf. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **Uma reflexão sobre a civilização brasileira** (Prefácio). In: VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 8-10.

iniciada sob os auspícios do Estado Corporativo. Ele parte da compreensão, autorizada pelo desenvolvimento teórico dos autores acima citados, da possibilidade de instauração de uma ordem burguesa sem que a burguesia ganhe o terreno político e ao mesmo tempo, sem que a antiga ordem seja derrotada.

Uma especial articulação brasileira entre Estado e sociedade marcou o processo de modernização progressiva, que passou por dois ciclos autoritários, em 1930 e 1970. A década de 1930, inaugurando uma via reacionária de modernização capitalista, contou com a estruturação de um Estado ampliado,<sup>90</sup> que tentou induzir um americanismo « por cima », racionalizando o mercado de trabalho, utilizando-se de formas autoritárias de controle social (como a estrutura burocrático-autoritária imposta sobre o sindicalismo brasileiro), mantendo os compromissos com a velha ordem social na mesma medida em que permitia a aceleração da acumulação capitalista.

Na década de 1930 se pretendia, em suma, construir uma *nova ordem nacional*, tantas vezes projetada ao futuro pelos intelectuais de fins do XIX e início do XX, e que naquela década deveria se tornar o presente. Uma ordem que era herdeira de um liberalismo que, no Brasil, não havia se convertido em uma ideologia de massa (vez que nunca enfrentou a questão agrária) e havia se confinado « nos quadros políticos das elites, que o souberam dosar a conta-gotas, subordinando, como lembra Maxwell, a matriz do interesse individual às razões do interesse nacional. » Um liberalismo que, enfim, não consagrava a liberdade, mas antes « nascido sob o estigma da ordem e da autoridade, viveu para fornecer sustentação ideal ao estabelecimento do Estado nacional. »<sup>91</sup>

Nas primeiras décadas do século XX o desenvolvimento urbano-industrial tornou as relações de classe mais conflitivas e os novos

---

<sup>90</sup> Conceito compreendido por via gramsciana no qual há uma “identificação entre Estado e sociedade civil operada “por cima””, de modo que “toda a dinâmica social, suas instituições, seu sistema de orientação hegemônico, sua produção legislativa e jurisdicional seriam projeções da esfera estatal, constituindo uma complexa malha democrático-burocrática que não poderia existir sem o protagonismo dos intelectuais” (Cf. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **Uma reflexão sobre a civilização brasileira** (Prefácio). In: VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p.13). A década de 1930 foi marcada internacionalmente pela emergência de regimes políticos nacionalistas, com poderes concentrados, e intervenção numa economia planificada, decorrente da crise capitalista de fins de 1920. Sobre a constituição desse novo quadro político e econômico em perspectiva internacional, cf. HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX**. 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

<sup>91</sup> CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **Uma reflexão sobre a civilização brasileira** (Prefácio). In: VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p.18.

personagens passaram a exigir sua inclusão política naquele modelo de « liberalismo excludente », utilizando-se do próprio texto constitucional como instrumento de legitimação de sua demanda. Na década de 1930 foi aquele mesmo liberalismo o acusado de determinar o atraso da ordem nacional. A solução proposta, ao longo da década 1930, era superá-lo por meio da construção de uma identidade entre Estado e Nação, imersa numa política de alavancagem capitalista,<sup>92</sup> que subordinasse os interesses particulares e locais às forças centrípetas do Estado e à vontade da nação (que representava a vontade geral).<sup>93</sup>

Com o movimento político-militar de 1930, a Ibéria se reconstrói, sem se desprender, contudo, das suas bases agrárias, de onde as elites tradicionais extraem recursos políticos e sociais para a sua conversão ao papel de elites modernas, vindo a dirigir o processo de industrialização. Porque em sua história brasileira, o liberalismo não encontrou quem assumisse com radicalidade a sua representação, a sociedade de massas emergente com a urbanização e a industrialização seria indiferente a ele. Em sua nova configuração, a revolução passiva terá como "fermento revolucionário" a questão social, a incorporação das massas urbanas ao mundo dos direitos e a modernização econômica como estratégia de criar novas oportunidades de vida para a grande maioria ainda retida, e sob relações de dependência pessoal, nos latifúndios.<sup>94</sup>

A modernização organizada por este *Estado ampliado* tomou forma de um modelo de Estado corporativo, subordinando e incorporando os trabalhadores a uma estrutura corporativa e dissipando

<sup>92</sup> A intensificação do processo de industrialização organizado pelo Estado provocou uma nova configuração urbana que, se não estivesse submetida à lógica da ordem nacional, representava para a elite brasileira, fator de grande ameaça. Veja que em termos de ocupação urbana o quadro, durante a década de 1930 mudou drasticamente. "São Paulo receberia somente entre os anos de 1936-1940 mais de 295 mil imigrantes de outros estados, principalmente nordestinos. (TIC, *Estatística de imigração*, Departamento de Imigração e Colonização, Secretaria de Agricultura do Estado de São Paulo, 1961.)". (LENHARO, Alcir. **Sacralização da Política**. 2ª ed. São Paulo: Papyrus, 1986. p.26)

<sup>93</sup> CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **Uma reflexão sobre a civilização brasileira** (Prefácio). In: VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p.21.

<sup>94</sup> Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 48.

sua identidade numa identidade pública, mitigando uma oposição de classes em nome de um imperativo da vontade nacional, concretizada em um modelo de democracia substantiva.<sup>95</sup> Nesse movimento é que os intelectuais tornavam-se centrais como aqueles que interpretariam o espírito do seu tempo e adequariam as reformas necessárias, « organizando as instituições que deveriam fazer avançar o moderno, o racional-legal, o desenvolvimento da infraestrutura material contra o arbítrio e a compreensão de que a sociedade era acometida pela dominação de grupos e indivíduos particularistas. »<sup>96</sup>

Para a realização desse processo peculiar de modernização contou-se com a projeção estatal para uma orientação hegemônica na produção legislativa e jurisdicional. Ambas as instituições (legislativa e judiciária) deveriam contar, a partir de então, com uma extensa malha burocrática, na qual os intelectuais jogavam com um papel importante, ocupados em ser intermediários entre governo e « povo », intérpretes dos interesses da Nação.<sup>97</sup> Nesse campo a *intelligentzia* jurídica jogaria um papel importante, ao ser responsável por fazer cumprir um programa de reformas que elevasse à esfera pública os interesses, subordinando-os aos fins nacionais, e que cumprisse com uma função pedagógica de traduzir os conflitos em termos de harmonia, equilíbrio e colaboração entre as classes.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> No início do século XX, Carl Schmitt, importante teórico para a constituição dos modelos de Estado antiliberais, tratou de dissociar a relação entre democracia e liberalismo. Sua defesa de uma democracia substantiva passava pela crítica ao modelo representativo parlamentar do Estado legislativo e pela proposta última de uma democracia fundada na *identidade* entre governantes e governados, obtida através da homogeneidade (entendida como expressão de um determinado povo) assentada na igualdade substancial. Cf. SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

<sup>96</sup> CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **Uma reflexão sobre a civilização brasileira** (Prefácio). In: VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p.21.

<sup>97</sup> Para Micelli esse processo de cooptação das elites intelectuais pelo Estado é um dado estrutural. Cf. MICELLI, Sergio. **Intelectuais e classe dirigente no Brasil (1920-1945)**. São Paulo: Difel, 1979. Lenharo também trata, em remissão a Micelli sobre a incorporação dos intelectuais à malha burocrática do país. « o Estado munui-se de uma política de burocratização intensiva da intelectualidade – os funcionários escritores e os escritores funcionários, dos quais fala Miceli – com o fim de efetivar a centralização do poder simbólico, um esforço conjunto de homogeneização dos discursos de poder, particularmente o ideológico. » (LENHARO, Alcir. **Sacralização da Política**. 2ª ed. São Paulo: Papirus, 1986, p. 53).

<sup>98</sup> Lenharo, utilizando-se de outra chave interpretativa, também assinala a função pedagógica de se diluir os a classe trabalhadora em uma ideologia *nacional*. “Junto a dispositivos como a ‘proteção trabalhista’, ou a outros menos nobres como a repressão, a delação, a tortura, pretendia-se agora educar o trabalhador de modo a arrancá-lo da sua condição de classe, diluindo-a no corpo nacional, fazendo dele um trabalhador ordeiro e produtivo.” (LENHARO, Alcir. **Sacralização da Política**. 2ª ed. São Paulo: Papirus, 1986, p.38).

O processo modernizador exigia, na mesma esteira da formação dessa *intelligentzia* jurídica, um movimento de racionalização e tecnicização que, com a promoção da Reforma do Ensino instituída a partir do Governo Provisório<sup>99</sup>, estimulavam a formação de um corpo técnico que servisse ao funcionamento das novas instâncias burocráticas do Estado.<sup>100</sup> Seria a partir de uma apologia à técnica e da construção de fundamentos técnicos-legais que a política de Estado constituiria seu discurso de modernização.

Essa remodelação constituiu, de uma parte, um avanço inegável na produção de uma pauta de igualdade, que embora sob signos autoritários, projetava uma narrativa de inclusão cívica às demandas da constituição de uma sociedade urbana e industrial, represadas nas malhas do « liberalismo excludente » da Primeira República. Ela visava instituir uma ação que garantisse a « impessoalidade, a generalidade e o caráter abstrato da *razão nacional*, em um contexto no qual homens e mulheres viviam à mercê do favor pessoal, sujeitos à dependência pessoal e às políticas de clientela. »<sup>101</sup>

De outra parte, o impulso modernizador ocorrido com a manutenção da velha ordem, submeteu a sociedade a modalidades autoritárias de controle, da qual não se ausentou a própria reforma penal da década de 1930. A incorporação dos novos grupos sociais e de suas demandas represadas antes de 1930 não deixou de importar a relação de inclusão/exclusão na nova ordem instituída. Emergia-se um novo universo do mundo do trabalho que viria a ser incorporado juridicamente ao Estado, embora submetido à lógica do interesse da nação, também se estabeleciam os mecanismos de controle dos que não poderiam e não seriam a ele incorporados. Um controle social que pudesse delimitar os que estavam fora e dentro daquela nova ordem do

---

<sup>99</sup> Em 11 de abril de 1931, é criado o Conselho Nacional de Educação e organizado o ensino superior no Brasil, adotando-se o regime universitário. Em 18 de abril de 1931, o Decreto 19.890, dispõe sobre a organização do ensino secundário e ao final de junho do mesmo ano, o Decreto 20.158, organiza o ensino comercial. Neste contexto também ocorre a institucionalização das ciências sociais no Brasil por meio da instituição da Escola Livre de Sociologia de São Paulo e da introdução das ciências sociais nos currículos universitários. Os sociólogos teriam como objetivo integrar o corpo técnico qualificado para tratar dos “problemas nacionais”.

<sup>100</sup> Weber analisa em “Parlamento e Governo na Alemanha reordenada” esse processo, em fins do século XIX, no qual o executivo cooptou as burocracias do Estado, que deviam atender aos fins políticos sob a legitimação de um fundamento técnico-racional. (WEBER, Max.

**Parlamento e governo na Alemanha reordenada.** Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos. Trad. Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993)

<sup>101</sup> CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **Uma reflexão sobre a civilização brasileira** (Prefácio). In: VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p.21.

trabalho, e que se submetesse às exigências da tecnicização e da racionalização burocrática.

Vimos, ao longo dos últimos parágrafos tratando as peculiaridades da modernização brasileira, o que não deixa de, a nosso ver, refletir em peculiaridades para a própria modernização do controle penal. Peculiaridades que se construíram por dentro da transnacionalização dos modelos de controle. O discurso penal do previdenciarismo penal, marcado pelo saber criminológico de fins terapêuticos, ou, como denomina Garland, pelo correccionalismo, constituiu o controle penal também no Brasil, embora não tenha sido acompanhado pela montagem de um Estado de bem-estar social.<sup>102</sup>

Os problemas de ordem a que respondiam as reformulações do controle penal nesse período eram ainda, no Brasil, as patologias clássicas da sociedade de classes industrializada e desigual.<sup>103</sup> Em um contexto em que, entretanto, nos constituíamos a partir de um processo de modernização conservadora, no qual o liberalismo político havia tido seu alcance limitado e sua operação excludente na constituição da República, no qual a constituição de uma sociedade urbana de massas era estimulada ao mesmo tempo em que submetida à uma incorporação estatal e aos « interesses da nação », no qual as forças centrípetas modernizadoras do Estado não se desfaziam das velhas estruturas agrárias e seus signos de autoridade.

A partir dessas especificidades, constituiu-se um saber do controle penal, em um contexto no qual os intelectuais (e os juristas) possuíam um papel de intérprete dos interesses da nação na produção legal. O saber produzido emergia das demandas de ordem daquele contexto, de expansão industrializadora e incorporação, via autoritária, dos trabalhadores.

---

<sup>102</sup> “Os dois princípios contidos no famoso relatório que deu origem à reforma do sistema de proteção social no Reino Unido, em 1946 (e que influenciou decisivamente a implantação do *Welfare State* no mundo desenvolvido), ali estão enunciados: a integração das políticas destinadas a assegurar direitos sociais e o caráter universalista do provimento dos mesmos. Nem um nem outro conheceu existência efetiva em solo brasileiro. » (VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. A nova política social no Brasil: uma prática acima de qualquer suspeita teórica? Praia Vermelha. Política Social e Serviço Social, v.18, ESS/UFRJ, 2008).

<sup>103</sup> Garland compreende essa demanda de ordem como uma demanda de ordem marxista. Segundo o autor o primeiro impulso modernizador do controle penal respondeu a um problema de origem *hobbesiano*, o que motivou o *previdenciarismo penal* foi um problema de ordem *marxista* - a instabilidade social e política causada pelo antagonismo de classes e pela exploração econômica desregulamentada - (...).A forma de Estado, a política social e as relações de classe, das quais o previdenciarismo penal surgiu, eram todas respostas estratégicas para este problema sociopolítico específico. » (GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 119).

Nosso objetivo, daqui em diante, é compreender as tramas da construção desse saber do controle penal da parte dos juristas, e começaremos por entendê-la a partir da própria história da Revista de Direito Penal, como *locus* de produção de cultura.

## 2 A REVISTA DE DIREITO PENAL (1933-1940): UM PROJETO DE MODERNIZAÇÃO DO CONTROLE PENAL

Diante das demandas promovidas pela reorganização social e política do País durante a década de 1930, os juristas, organizados a partir de Associações, Congressos, Encontros e Revistas participaram do projeto de reforma do Estado, como intérpretes dos novos rumos, como técnicos aptos a propor novos documentos legais, como políticos que tomaram parte de alguns debates parlamentares, como cientistas produtores de doutrinas.

Um dos espaços de reunião da comunidade de juristas foi a publicação da única revista especializada em Direito Penal, a Revista de Direito Penal, organizada para participar e debater ativamente da reforma do controle penal e, com isso, produzir e ser parte do processo modernizador em curso.

Buscaremos, neste capítulo, compreender a história dessa Revista durante os anos de 1933-1940, para através dela, aceder a uma primeira compreensão da participação dos juristas na produção da cultura de modernização penal.

### 2.1 HISTÓRIA E CONTROLE PENAL

Ao finalizar um de seus textos produzidos na década de 1980, Roger Chartier, após longa revisão metodológica da produção da história intelectual e da história das mentalidades, afirma:

É (...) uma articulação nova entre ‘estrutura cultural’ e ‘estrutura social’ que é necessário construir sem aí projectar quer a imagem do espelho, que faz de uma o reflexo da outra, quer a da engrenagem, que constitui cada instância como um dos maquinismos do sistema, repercutindo todos eles o movimento primordial que afecta o primeiro anel da cadeia.<sup>104</sup>

Chartier tratava da produção de uma nova história cultural que, sob a dimensão temática, não estivesse diluída em uma história social, e sob uma dimensão metodológica não se resumisse às histórias seriais

---

<sup>104</sup> CHARTIER, Roger. **História intelectual e história das mentalidades**: uma dupla reavaliação. In: CHARTIER, Roger. **A história cultural**. Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro e Lisboa: Bertrand Brasil e Difel, 1988, p.67.

produzidas durante as décadas de 1960 e 1970, atreladas à sociologia da história das ideias e à história das mentalidades.

Aproximar-se, através da história, do saber do controle penal exige estar atento a essas considerações de Chartier já consolidadas em outros campos, como a historiografia literária.<sup>105</sup>

O campo penal, especialmente das histórias das criminologias, entretanto, ressent-se ainda da forte influência althusseriana, que acentua a história social e econômica dos pensamentos e práticas criminológicas e dilui a dimensão cultural em sobredeterminações e engrenagens mecanicistas, ignorando a complexidade e a homologia de tais dimensões.

Nos estudos referentes à América Latina, inaugurou-se na década de 1980 uma história social das ideias ocupada em tratar de sua circulação e difusão social que articulava categorias analíticas como *recepção* em oposição à *produção*. Essa perspectiva teve como fundamento metodológico implícito a ideia de *criação intelectual* em oposição à concepção de *consumo cultural*. Ao ignorar que o consumo cultural é também outra produção e que a obra se reconstrói a partir de outras interpretações e significações, essa perspectiva teórica deixa escapar que "ler, olhar ou escutar são, efectivamente, uma série de atitudes intelectuais que (...) permitem na verdade a reapropriação, o desvio, a confiança ou resistência."<sup>106</sup>

Dispor-se a investigar o campo do saber do controle penal sem reproduzir aquela tradição implica, antes de mais nada, realizar algumas opções metodológicas alinhadas aos debates contemporâneos da história cultural: ocupar-se da descontinuidade, do valor da investigação

<sup>105</sup> Sobre a utilização das teorias da história dos annales à história do direito cf.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009. Cf. Também sobre uma história das ideias para o direito, HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

<sup>106</sup> CHARTIER, Roger. **História intelectual e história das mentalidades: uma dupla reavaliação**. In: CHARTIER, Roger. **A história cultural**. Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro e Lisboa: Bertrand Brasil e Difel, 1988, p.59-60. Na obra já citada de Rosal del Olmo « America Latina y su criminología » (onde fomos colher nossos « pontos firmes » criminológicos) o critério de « recepção » foi entendido a partir da ideia de um consumo cultural de um pensamento apropriado às elites locais. E nessa leitura escapou um tanto da singularidade, descontinuidade e originalidade do saber aqui produzido, a partir de dimensões e categorias alheias aos textos italianos. Recai na "tentação sociológica" que consiste em "considerar as palavras, as ideias, os pensamentos e as representações como simples objectos a enumerar, a fim de reconstituir a sua distribuição desigual" (CHARTIER, Roger. **História intelectual e história das mentalidades: uma dupla reavaliação**. In: CHARTIER, Roger. **A história cultural**. Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro e Lisboa: Bertrand Brasil e Difel, 1988, p.60).

historiográfica qualitativa, da restituição de historicidade de categorias do pensamento comumente tratadas como permanentes<sup>107</sup>, mas que devem ser avaliadas a partir do limite do pensável, das categorias intelectuais disponíveis e partilhadas em determinada época.

Em nosso entendimento a busca por essa descontinuidade, pela historicização das categorias pensadas em seu tempo, tem como objetivo desfazer as vulgatas já construídas sobre o saber penal e criminológico no Brasil. Mais afeitos a avaliações de manuais de introdução ao pensamento penal, as discussões tendem a reproduzir, sem mediações, as teorias penais e criminológicas europeias ou norte-americanas.

Nosso movimento inicial dessa pesquisa esteve voltado para buscar nos textos doutrinários pistas e singularidades para compreensão da nossa cultura do controle penal. Seguimos, de certo modo, o modelo do paradigma indiciário nas ciências humanas, de que nos fala Ginzburg.<sup>108</sup> O paradigma indiciário, segundo o autor, gera formas de

saber tendencialmente *mudas* – no sentido de que, como já dissemos, suas regras não prestam a ser formalizadas nem ditas. Ninguém aprende o ofício de conhecedor ou de diagnosticador limitando-se a por em prática regras preexistentes. Nesse tipo de conhecimento entram em jogo (diz-se normalmente) elementos imponderáveis: faro, golpe de vista, intuição.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Veja a utilização das categorias direito penal *liberal* / direito penal *autoritário* nas análises sobre os Sistemas de Justiça Penal. DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006; AZEVEDO, Rodrigo Guiringuelli e AZEVEDO, Tupinambé Pinto de. **Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas**. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord). **Política Criminal Contemporânea**. Criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Nos ocuparemos especificamente com os sentidos do *liberalismo penal* no Brasil de 1930 no Capítulo 5.

<sup>108</sup> A construção do paradigma indiciário a partir da semiótica, em fins do século XIX, serviu a novos modelos de controle social, adequados a um controle minucioso e qualitativo mais sutil sobre a categoria de indivíduos. Associado ao reconhecimento e identificação de indivíduos criminalizados, surgiram técnicas vinculadas inicialmente ao controle dos reincidentes. Este mesmo paradigma indiciário que serviu ao desenvolvimento de técnicas de controle de uma nova organização de Estado a partir de sua burocratização também nos permite por meio da leitura atenta às pistas, sinais e indícios, « dissolver as névoas da ideologia ». (GINZBURG, Carlo. **Sinais: raízes de um paradigma indiciário**. In: **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Cia das Letras, 1989).

<sup>109</sup> GINZBURG, Carlo. **Sinais: raízes de um paradigma indiciário**. In: **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Cia das Letras, 1989, p. 179.

Essa intuição a que se refere Ginzburg difere-se de uma “intuição alta”, suprassensível, relacionada aos irracionalismos do século XIX e XX. Trata-se de uma “intuição baixa”, que está arraigada nos sentidos. Ocupamos-nos, portanto, de início, em ir aos textos e apreender os movimentos dos debates da cultura jurídico-penal, encontrar na rede de juristas, de suas relações pessoais e institucionais, pistas para a compreensão da apropriação dos saberes penais provenientes de outros contextos.

Entretanto, essa construção que poderia nos levar à produção de uma micro-história ou de pequenas histórias também nos orientou a buscar as conexões, as construções de hipóteses explicativas associadas à história política e social. A buscar, em outras palavras, alguma síntese.

Ginzburg nos fala desse movimento que segue o trabalho do encontro das pistas e indícios.

Se as pretensões de conhecimento sistemático mostram-se cada vez mais como veleidades, nem por isso a ideia de totalidade deve ser abandonada. Pelo contrário: a existência de uma profunda conexão que explica os fenômenos superficiais é reforçada no próprio momento em que se afirma que um conhecimento direto de tal conexão não é possível. Se a realidade é opaca, existem zonas privilegiadas – sinais, indícios – que permitem decifrá-la.<sup>110</sup>

Nosso trabalho será nos desfazermos das categorias *a priori* construídas sobre o saber do controle penal no Brasil, para buscá-las nos textos, e reconstruí-las a partir de algumas escolhas teóricas. Um trabalho de des-significar e res-significar a fim de encontrar novas aproximações analíticas à história do controle penal no Brasil.

Para encontrarmos nosso esforço em formularmos sínteses a partir de nosso trabalho de leitura das fontes nos valeremos da interpretação macrossociológica do controle penal já realizada pela Criminologia Crítica, naquilo que denominamos seus “pontos firmes”: a relação entre a produção do saber do controle com as demandas por ordem de um dado contexto e um aprofundado grau de ilegitimidade do controle penal advindo da incapacidade estrutural de cumprimento da

---

<sup>110</sup> GINZBURG, Carlo. **Sinais: raízes de um paradigma indiciário**. In: **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história**. Trad. Federico Carotti. São Paulo: Cia das Letras, 1989, p.177.

programação discursiva do exercício punitivo (e sua, por consequência, atuação à margem da legalidade).

Dedicaremos-nos em realizar essa aproximação sem ignorarmos, entretanto, as necessidades apresentadas pela história dos conceitos para a produção de uma construção não ingênua de interpretações.

Uma história dos conceitos só é possível de ser pensada sob a premissa teórica de que se realize uma separação analítica entre *Sprachausage* e *Sachanalyse* quando se quer ter a clareza acerca do que se fala. A separação analítica entre cada afirmação linguística presente em todas as fontes textuais e a história concreta, o que deveria ser ou supostamente é, deve ser obrigatoriamente realizada de forma rigorosa do ponto de vista teórico. Só então posso perguntar às fontes textuais o que elas indiciam em relação à história concreta e que qualidades possuiriam para reproduzirem história enquanto textos<sup>111</sup>.

Para tratar dessa necessária separação entre afirmação linguística e história concreta Koselleck exemplifica o problema teórico do uso "canonizado" dos textos de Marx e Engels por partes dos partidos leninistas que, ao enfrentar o "novo" na organização política do fascismo, não contido na linguagem ortodoxa marxista, precisaram acomodar aquela realidade à sua ortodoxia, interpretando-a como um "estágio mais avançado do capitalismo".

A partir deste exemplo, conclui:

O mesmo problema existe para nós, que também usamos os conceitos de forma ingênua, a partir de uma semântica que temos em nossas cabeças como um *a priori*. O mesmo problema, visível de forma talvez contundente em relação ao marxismo, existe portanto para todos aqueles que se utilizam de uma linguagem política ou social e formulam-nas conceitualmente de forma a dar conta (em termos de compreensão) das experiências da vida.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n.10, 1992, p.12

<sup>112</sup> KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos : problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n.10, 1992, p.12.

A aproximação do saber do controle penal a partir dessas referências (a serem reconstruídas durante todo o processo de investigação das fontes) é o objetivo desta pesquisa que tratará da construção do debate doutrinário dos juristas durante a década de 1930. Para essa investigação escolhemos utilizar como *fonte* principal de pesquisa a publicação da Revista de Direito Penal do Rio de Janeiro, única Revista especializada durante a década de 1930 no Brasil. Apesar da escolha dessa única Revista, estamos atentos à necessidade de contextualizar suas publicações no universo das edições e impressões de outros periódicos e trabalhos monográficos da época.

Em um primeiro momento, entretanto, pretendemos traçar uma história *da* Revista<sup>113</sup>, como produtora cultural, com o objetivo de compreendermos a ambiência dos debates e das disputas jurídicas em questão. Aproximamos-nos, para isso, do uso historiográfico das Revistas a partir da referência à história dos livros, das edições e das leituras.<sup>114</sup> Questões relativas a sua materialidade, ao circuito definido entre editores e receptores, às redes sociais que a circundam serão abordadas na medida necessária para nosso objetivo em traçar preliminarmente essa ambiência cultural promovida e co-constituída pela Revista.

### 2.1.1 PARA LER A REVISTA DE DIREITO PENAL (1933-1940)

O gênero Revista como fonte de interpretação e como tema de investigação foi por muito tempo considerado na historiografia moderna insuficiente para compreender aspectos da história cultural. O estudo das Revistas, enquanto produtoras de cultura, foi realizado inicialmente no campo do saber da crítica literária.

No campo do saber jurídico a referência às Revistas como fonte interpretativa da cultura do direito é impulsionada, na Itália,

---

<sup>113</sup> Para apresentarmos esses conteúdos, nos utilizamos da distinção de Tânia Regina de Luca para o uso das Revistas: podemos fazer história *das, nas, por meio dos* periódicos. Em um primeiro momento, apresentaremos um estudo *da* Revista, e posteriormente, faremos uma história *na e por meio da* Revista. (LUCA, Tania Regina de. **História dos, nos e por meio dos periódicos**. In: PINSKY, Carla Bassanezi (org.). **Fontes históricas**. São Paulo: Contexto, 2006. pp. 111-153.)

<sup>114</sup> Roger Chartier, historiador que nos serve de aporte para tratar de questões metodológicas referentes aos estudos da circulação e apropriação das idéias, também foi um dos pioneiros em desenvolver uma história dos impressos, cf. CHARTIER, Roger. **Do livro à leitura**. In: CHARTIER, Roger (org.). **Práticas de Leitura**. São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 77-105.

especialmente a partir dos anos de 1980. Dentre outras iniciativas, em 1983 se realizou em Florença os Atos do Primeiro Encontro de Estudos, organizado pelo Professor Paolo Grossi.<sup>115</sup> O evento visava reunir alguns trabalhos que já se haviam realizado no campo das revistas jurídicas e debater a metodologia e as hipóteses que poderiam ser postas à prova no esforço conjunto dos teóricos em avaliar as Revistas jurídicas a partir de sua dimensão cultural. Entendê-las não apenas como receptoras e divulgadoras de conteúdos técnicos, mas também, como meio e produtoras de cultura jurídica.

Esse Encontro foi o passo inicial para que em 1987 a Revista *Quaderni Fiorentini*, importante publicação no campo da história do direito na Itália, dedicasse integralmente seu número aos estudos das Revistas Jurídicas italianas. Dentre esses estudos, de especial relevância para o trabalho que propomos realizar, Mario Sbriccoli publicou texto sobre o direito penal liberal avaliado a partir das publicações da *Rivista Penale*, dos anos de 1874-1900.<sup>116</sup>

Segundo Grossi seria possível justificar o uso das Revistas como fonte para compreender aspectos da cultura jurídica e dos juristas, a partir de três proposições:

Em primeiro lugar, Colocar a Revista em foco nos permite olhar para o macroproblema por meio de um filtro extremamente concreto, permitindo evitar o uso de discursos tão gerais que podem se tornar genéricos e retóricos.

(...)

Em segundo lugar, porque a Revista, ao menos segundo seu arquétipo perfeito, põe-se como uma comunidade que opera para um fim, como um trabalho munido de um programa, finalidade, autores, trabalhadores perfeitamente coordenados, é um ambiente ideal para uma promoção cultural.

(...)

Em terceiro lugar, porque a revista de direito positivo – em virtude de seu aspecto de uma comunidade de juristas imersa na experiência, laboratório onde as dimensões prática e científica deveriam integrar-se harmonicamente – é o

---

<sup>115</sup> GROSSI, Paolo (a cura di). **La ‘cultura’ delle riviste giuridiche italiane**. Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè.

<sup>116</sup> SBRICCOLI, Mario. *Il diritto penale liberale la ‘Rivista Penale’ di Luigi Lucchini, 1874-1900. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*. *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*. Vol. 16, 1987, p.105-183.

autêntico canal de produção de um pensamento jurídico.<sup>117</sup>

Para colocar à prova tais possíveis positivities no estudo da *cultura das revistas*, Grossi elaborou, naquele encontro, perguntas metodológicas e teóricas, dirigidas previamente aos participantes, historiadores e cultores do direito, para testar as possibilidades de investigação. Tais indagações são também critérios de orientação para, neste trabalho, por a prova a utilização da *Revista de Direito Penal* enquanto fonte de interpretação do saber do controle penal.

É necessário, primeiramente, repropor a avaliação das Revistas a partir de sua historicização e evitar que a *cultura das revistas* torne-se uma categoria apriorística na análise de revistas jurídicas. É necessário, antes de tudo, indagar se a Revista que pretendemos tomar como meio e produtora de cultura, cumpre realmente esse papel num determinado contexto cultural jurídico.

É também apropriado nos perguntarmos sobre o uso que a Revista em análise faz da tradição jurídica interna à disciplina que é seu objeto. Sob o aspecto dos confins e limitações da disciplina jurídica da qual trata a Revista objeto de investigação também é oportuno perguntar-se:

A Revista entendeu oportuno voltar sua atenção a zonas de saberes jurídicos diversos dos setores disciplinares tradicionais? Se sim, isso induziu a uma modificação dos confins e dos conteúdos do campo de análise típico da Revista?<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> *Innanzitutto, perché la messa a fuoco sulla Rivista ci permette di guardare al macro-problema attraverso un filtro estremamente concreto, consentendoci di evitare gli impaludamenti in discorsi tanto generali da diventare generici e retorici. (...) In secondo luogo, perché la Rivista, almeno secondo il suo archetipo perfetto, si pone come una comunità operante ad un fine, come una officina in azione munita di programma, scopo, artefici, operai perfettamente coordinati, è l'ambiente ideale per una promozione culturale. (...) In terzo luogo, perché la Rivista di diritto positivo – proprio nel suo aspetto di comunità di giuristi immersa nell'esperienza, laboratorio dove dimensione scientifica e dimensione pratica dovrebbero armonicamente integrarsi – è l'autentico canale di scorrimento d'un pensiero giuridico.* » (tradução livre) (GROSSI, Paolo (a cura di). **La 'cultura' delle riviste giuridiche italiane**. Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè, p.15-16. Durante este capítulo buscaremos acomodar essas questões apontadas como virtudes dos estudos do pensamento jurídico a partir das Revistas, para entender a Revista do Direito Penal, imersa na produção das revistas jurídicas e em seu papel na dimensão científica e prática do direito.

<sup>118</sup> « La Revista ha ritenuto oportuno volgere la sua attenzione a zone del sapere giuridico diverse dal settore disciplinare tradizionalmente proprio? Se sì, ciò ha indotto una modifica dei

Propomos a aproximação teórica à compreensão da produção cultural das Revistas, revigorando-as como campo de estudo e fonte de interpretação, consideradas a suas mais variadas especificidades, marcadas pela escritura de textos mais curtos, com finalidades de divulgação e vulgarização de um saber, disputas de concepções teóricas e de influências no campo institucional. Um campo que se diferencia das fontes monográficas nas quais os diálogos, os conflitos, e a circulação de ideias não costumam estar em jogo de forma tão plural.

A escolha se aproxima também da afinidade com a produção da história qualitativa, a partir da compreensão de que “qualquer utilização ou qualquer apropriação de um produto ou de uma ideia é um ‘trabalho’ a que só escapa infalivelmente o estudo distributivo.”<sup>119</sup>

As revistas conferem uma estrutura ao campo intelectual por meio de forças antagônicas de adesão – pelas amizades que as subentendem, as fidelidades que arrebanham e a influência que exercem – e de exclusão – pelas posições tomadas, os debates suscitados, e as cisões advindas. Ao mesmo tempo que um observatório de primeiro plano da sociabilidade de microcosmos intelectuais, elas são aliás um lugar precioso para a análise do movimento das ideias.<sup>120</sup>

Desse modo, a reconstituição documental dos textos produzidos pela Revista é também a reconstituição de uma história cultural singular no campo da produção criminológica e penal do mesmo período. Sem o objetivo de traçar um inventário que esgote toda a produção intelectual do período, a reconstituição da história da Revista, tomada ela mesma como objeto de compreensão, na sua dimensão textual e institucional,

---

confini e degli stessi contenuti del campo d’analisi tipico della Revista? » (tradução livre).GROSSI, Paolo (a cura di). La ‘cultura’ delle riviste giuridiche italiane. Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè.

<sup>119</sup> CHARTIER, Roger. **História intelectual e história das mentalidades**: uma dupla reavaliação. In: CHARTIER, Roger. **A história cultural**. Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro e Lisboa: Bertrand Brasil e Difel, 1988, p.50.

<sup>120</sup> SIRINELLI, Jean-François. Os intelectuais. In: RÉMOND, René (org.). **Por uma história política**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ : Editora FGV, 1996 *apud* SILVEIRA, Mariana. As Revistas Jurídicas como objetos e como fontes da história do direito: algumas considerações teórico-metodológicas. **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**. São Paulo, 2011. (no prelo)

visa oferecer um referencial do ambiente cultural da produção no campo do penal.

A opção também está associada a uma tentativa de, sem desconsiderar o trabalho “imaginativo ou conceptual” de “topo” da produção intelectual, abordarmos também o debate dos autores menos importantes e menos articulados teoricamente, mas que permitem aceder ao processo de reinterpretação e “apropriação” das categorias na produção rotineira do direito.

### 2.1.2 A FUNDAÇÃO DA REVISTA E SEU PROJETO DE MODERNIZAÇÃO DO SABER PENAL

Mariana de Moraes Silveira destaca, no Brasil, a ausência de um estudo sistemático da produção das Revistas tomada como objeto de investigação.

No Brasil, esse silêncio também se verifica em grande medida, apesar de serem os juristas os mais antigos detentores de diplomas superiores e atores sociais que, pela própria natureza das funções que exercem, inserem-se profundamente na cultura letrada. A historiografia a respeito da imprensa em geral e das revistas em particular pouco se tem ocupado do direito, muito embora os periódicos jurídicos sejam publicações que há muito existem no país, que por vezes adquirem uma longevidade impressionante e que guardam interessantes relações com outros impressos. Alguns estudos recentes de outros domínios vêm explorando algumas potencialidades dessas revistas como fontes históricas. Os impressos ligados ao direito raramente foram tomados, entretanto, como objetos de uma investigação sistemática.<sup>121</sup>

Silveira cita como exemplos de trabalhos que tomaram as Revistas jurídicas como fonte, as pesquisas de Joseli Maria Nunes de Mendonça sobre Evaristo de Moraes<sup>122</sup>, o estudo de Susann Caulfield

<sup>121</sup> SILVEIRA, Mariana de Moraes. "Um processo de difusão e desenvolvimento cultural excelente": A revista *Direito* e os periódicos jurídicos no Brasil da passagem dos anos 1930 aos anos 1940. In: *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História*. São Paulo, 2011. (no prelo)

<sup>122</sup> MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. *Evaristo de Moraes, tribuno da República*.

Campanas: Editora da Unicamp, 2007.

sobre moralidade sexual<sup>123</sup>, a tese de Jefferson de Almeida Pinto<sup>124</sup> e a dissertação de Henrique Cesar Monteiro Barahona Ramos<sup>125</sup>, ambos orientados de Gizlene Neder. Acrescentamos a essas referências a dissertação de mestrado de Alcidesio de Oliveira Junior<sup>126</sup> e Artur Dalla Cypreste<sup>127</sup>.

Em seu estudo exploratório sobre o mercado editorial das Revistas Jurídicas no Brasil ao fim dos anos 30, Silveira aponta para algumas características comuns às Revistas da época, na quais a Revista de Direito Penal se inclui: a expansão do mercado editorial, com o propósito em discutir e apresentar possíveis soluções para as questões relativas à "nação"; o aprofundamento da relação dos periódicos com outros impressos de grande circulação, como a republicação constante de textos veiculados originalmente nos jornais "Jornal do Comércio" e "A noite"; a publicação de separatas de parte de textos publicados originalmente nas Revistas, com intuito de ganhar um público mais amplo para discussão de determinados temas e influência no debate público; a transcrição de discursos e conferências públicas, especialmente as produzidas pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, e também discursos de teor político.

A Revista de Direito Penal se inclui nessas características gerais dos periódicos de 1930, associada que estava ao movimento de expansão desses editoriais, dispostos a influenciar os processos de reforma legislativa e de codificação em âmbito nacional. A singularidade desse momento, segundo Silveira, está na fundação das Revistas Especializadas, representantes de uma matriz acadêmica do conhecimento jurídico vinculada a um "triunfo da especialização".

---

<sup>123</sup> CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. Campinas: Editora da Unicamp, 2000.

<sup>124</sup> PINTO, Jefferson de Almeida. **Idéias Jurídico-Penais e cultura religiosa em Minas Gerais na passagem à modernidade (1890-1955)**. Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, 2011.

<sup>125</sup> RAMOS, Henrique César Monteiro Barahona. **A Revista O Direito – Periodismo Jurídico e Política no final do Império do Brasil**. Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, 2009.

<sup>126</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Alcides de. **"Penas especiais para Homens especiais": as teorias biodeterministas na Criminologia Brasileira da década de 1940**. Casa de Oswaldo Cruz, História das Ciências, 2005. O autor tomou as publicações da Revista de Direito Penal para tratar do tema da periculosidade e da classificação dos criminosos. Segundo Oliveira Junior, a Medicina Legal ganhou a hegemonia nessas áreas. Discordamos da tese do autor, como demonstraremos nos capítulos seguintes.

<sup>127</sup> CYPRESTE, Artur Dalla. **Crime e Trabalho no Brasil: o controle das drogas entre a Primeira República e Código Penal de 1940**. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, UENF, 2010.

Mas simultaneamente (e ambigualmente) também observamos que a Revista de Direito Penal, em consonância aos editoriais da época, não perde seu caráter abrangente ao dirigir-se a um público profissional, mas também mais geral, ocupado em debater e discutir questões políticas de reformas legislativas e institucionais.

Nesse sentido, estamos de acordo com Silveira, que afirma

Isso se reforça pelas atribuições que os juristas foram, ao longo do tempo, chamados a assumir na construção de projetos de Estado, em sua organização legal e na implantação de políticas públicas, o que torna o conteúdo político dessas revistas um fator que não pode ser negligenciado.<sup>128</sup>

A Revista de Direito Penal surgiu com a proposta de publicações mensais de fascículos que deveriam conter artigos de doutrina, jurisprudência, transcrições de conferências e resenhas bibliográficas. Era formada por um Conselho Técnico e por Colaboradores efetivos de formações e atuações diversas: médicos, psiquiatras, autoridades policiais, mas especialmente juristas, que se ocupavam profissionalmente da advocacia, da docência e também de funções públicas, como era o caso de juízes, promotores, membros dos Conselhos Penitenciários, além daqueles que participavam também de Comissões legislativas, como a Comissão da Reforma da Justiça.<sup>129</sup>

Como órgão divulgador, a Revista representava a Sociedade Brasileira de Criminologia, criada no ano de 1932, a qual tinha como finalidade oficial a “disseminação da cultura científica particularizada em sua denominação”<sup>130</sup>. Tal sociedade foi constituída por iniciativa de um grupo que compunha o “Conselho brasileiro de Hygiene Social”:

---

<sup>128</sup> SILVEIRA, Mariana. As Revistas Jurídicas como objetos e como fontes da história do direito: algumas considerações teórico-metodológicas. In: **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**. São Paulo, 2011. (no prelo)

<sup>129</sup> Silveira acrescenta ainda a circulação dos juristas em redes de sociabilidade intelectual como a Academia Brasileira de Letras e os Institutos Históricos Geográficos (SILVEIRA, Mariana de Moraes. “Um processo de difusão e desenvolvimento cultural excelente”: A revista *Direito* e os periódicos jurídicos no Brasil da passagem dos anos 1930 aos anos 1940. In: **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**. São Paulo, 2011. (no prelo)

<sup>130</sup> Breve notícia histórica. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 209.

Carlos Sussekinde de Mendonça, advogado, membro do Ministério Público e autor especializado; Haekel de Lemos, advogado e, também, autor, que desfrutou da honrosa intimidade de José Ingenieros, o grande filósofo argentino, cujas obras, por incumbência dele, traduziu; José Pereira Lira, advogado, representante do Ministério Público e criminalista de conceito firmado; e Roberto Lyra, advogado, Promotor Público, membro do Conselho Penitenciário do Distrito Federal e de Congresso Técnico, autor de vários livros.<sup>131</sup>

Para fundar a Sociedade Brasileira de Criminologia foram incluídos mais quatro membros, escolhidos segundo a “identificação cultural”.<sup>132</sup> Os novos nomes eram: Antonio Eugenio Magarinos Torres, juiz de direito e presidente do Tribunal do Júri, Heitor Carrilho<sup>133</sup>, psiquiatra e diretor do Manicômio Judicial do Rio de Janeiro, Mario Bulhões Pedreira, jovem criminalista, que em meados da década de 1930 comporia Comissão Revisora do Projeto de Código Penal de Vicente Piragibe, e Narcelio de Queiroz, também jovem penalista, que se tornaria juiz, e em 1939 faria parte da Comissão Revisora do Projeto de Código Penal de Alcântara Machado, que por meio de um decreto viria a ser o Código Penal de 1940.

Foi eleito presidente da Sociedade o juiz Magarinos Torres, que se utilizou da Sociedade e da Revista como meio de divulgação de suas ideias em defesa da instituição do Júri.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Breve notícia histórica. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 209.

<sup>132</sup> Breve notícia histórica. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 210.

<sup>133</sup> Heitor Carrilho, médico psiquiatra, teve papel preponderante na reforma da Justiça Penal, exerceu a atividade de docente nas Universidades de Faculdade Nacional de Medicina e na Faculdade Fluminense de Medicina, foi diretor do Manicômio Judiciário da Capital de 1921, quando da sua criação, até 1954, dirigiu a “Archivos do Manicômico Judiciário”, foi membro do Conselho Penitenciário da Capital, participou dos debates legislativos e políticos no que tocava a participação dos médicos na proposição da nova justiça penal.

<sup>134</sup> Cf. TORRES, Eugenio Magarinos. O Jury e seu rigor contra os passionaes ou o amor no banco dos reos. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933; TORRES, Eugenio Magarinos. O Jury no interior do Brasil. **Revista de Direito Penal**. Vol.2, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933; TORRES, Eugenio Magarinos. Discursos Inaugural da Sessão de Instalação da Primeira Conferencia Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936. Trataremos do debate sobre o Tribunal do Jury e do discurso de M. Torres no Capítulo 6.

Os membros que participaram da fundação dessa Sociedade possuíam relevância no cenário institucional da Justiça Penal no Brasil. Roberto Lyra era um personagem que transitava por diversos grupos e ocupava em cada um deles funções de destaque. Promotor Público na Capital Federal, professor da Faculdade Nacional de Direito, membro do Conselho Penitenciário da Capital Federal, e posteriormente, participante da Comissão de Reforma do Código Penal de Alcântara Machado, que deu origem ao Código Penal de 1940.

Narcelio de Queiroz e Mario Bulhões Pedreira, penalistas, advogados, ocupariam, posteriormente a Comissão Revisora do projeto de Código Penal de Alcântara Machado e Vicente Piragibe, respectivamente.

Na edição do primeiro fascículo a Revista apresentou uma lista de colaboradores, com a ressalva de que aquela ainda não era a lista definitiva. Figuravam oficialmente entre os colaboradores, outros juristas e médicos de importância fundamental na participação das transformações penais do período. Dentre eles: Afrânio Peixoto, professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, que publicou dentre outros livros, um dos Manuais mais utilizados à época, intitulado “Criminologia”, reeditado algumas vezes<sup>135</sup>; Evaristo de Moraes, professor e advogado, membro da comissão revisora do projeto de Código Penal de Sá-Pereira; Alberto Tornaghi, delegado de polícia; Lucio Bittencourt, Candido Mendes de Almeida, Carlos Xavier Paes Barreto, Evandro Lins e Silva, Flaminio Fávero, J.P. Porto-Carrero, Gilberto Amado, J.G. Lemos Britto, Heitor Lima, Leonidio Ribeiro, Nelson Hungria, Vicente Piragibe, Virgilio de Sá-Pereira, entre outros.<sup>136</sup>

Os primeiros textos publicados na Revista são representativos da importância de seus autores no cenário de participação do debate de reforma da Justiça Penal. A duplicidade de funções, intelectual e política, oferecia um movimento especial à circulação das teses acadêmicas e às propostas de reformas efetivadas.<sup>137</sup>

<sup>135</sup> OLMO, Rosa del. **América Latina y su Criminologia**. 2ed. Mexico: Siglo Veintiuno, 1984

<sup>136</sup> Além daqueles nomes, constavam na lista inicial de colaboradores: Aloysio de Carvalho Filho, Ary Franco de Azevedo, Boaventura Nogueira da Silva, Clovis Dunshee de Abranches, Edgard Costa, Edgard Ribas Carneiro, Gaspar Guimarães, João Romeiro Neto, Jayme Praça, Luiz Lyra, Mario Gameiro, Mario Ribeiro Pereira, Paes Barreto Filho, Paulo Pinheiro Viveiros, Pedro Vergara, Stelio Galvão Bueno e Telles Barbosa.

<sup>137</sup> Publicam no primeiro fascículo: Roberto Lyra, Nelson Hungria e Narcelio de Queiroz (que representam quase a totalidade dos membros que compõem a revisão do projeto de Código Penal de Alcântara Machado, que se tornará, através de um decreto, o Código Penal de 1940),

Esse trânsito dos juristas, entre doutrinadores, magistrados, políticos, ativos participantes das Comissões Técnicas de Reforma da Justiça dimensionam a Revista de Direito Penal ao ambiente cultural de seu tempo. A *intelligentzia* jurídica era essa comunidade de atores que vinha sendo requisitada para participar do processo de racionalização e modernização do Estado e como intérprete dos interesses da Nação substanciada nos documentos legais, na produção da *ciência* e nas decisões judiciais.

### **Uma Revista para a especialização e para a reforma.**

Justamente nesse lugar dos juristas nas reformas de 1930 é que a Revista de Direito Penal se acomodou. Em seus editoriais, auto-intitula-se como uma “tribuna livre”, que tem como finalidade divulgar as mais variadas contribuições para o “desenvolvimento científico do Paiz.”<sup>138</sup> É na esteira, pois, de contribuir com o processo modernizador, que envolvia a construção de novos saberes técnicos para a racionalização do poder punitivo, que a Revista se apresentava ao seu público. Um público que *estava em construção* do que se depreende da proposta do periódico : construir um saber especializado para um público a se especializar.

Segundo o editorial, a Revista surgiu em decorrência da “falta, sensível, de uma publicação especializada na matéria”<sup>139</sup>. Tal ausência teria sido percebida em razão da edição do primeiro Curso de Extensão Universitária de Criminologia, realizado no ano anterior ao início da Revista, promovido pela Faculdade de Direito do Rio de Janeiro. Naquela ocasião o grupo teria se apercebido da falta da reunião de informações sobre o “movimento criminal” no Brasil. O que indica a pretensão de que a Revista se tornasse um meio de divulgação e comunicação aglutinadora do pensamento penal e criminológico dos “estudiosos espalhados em todo o Paiz”<sup>140</sup>.

---

desembargador Vicente Piragibe (responsável pela realização da Consolidação das Leis Penais, de 1932), Mario Bulhões Pedreira e Evaristo de Moraes (que participaram da Comissão de Revisão do projeto do Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, objeto de discussão no Congresso Brasileiro de Criminologia, em 1936), juiz Magarinos Torres (presidente da Sociedade Brasileira de Criminologia, e o principal defensor político da manutenção do Tribunal do Júri), Leonídio Ribeiro (principal articulador das instituições da polícia judiciária, fundador e presidente do Instituto de Identificação do Rio de Janeiro), Candido Mendes de Almeida (promotor público na Capital Federal, presidente do Conselho Penitenciário, e representante em importantes Congressos Penitenciários internacionais), entre outros.

<sup>138</sup> Breve notícia histórica. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 211.

<sup>139</sup> CONDE, Bertho. Detalhes. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 10.

<sup>140</sup> CONDE, Bertho. Detalhes. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 10.

Esse propósito vinha contextualizado em um movimento de reformas institucionais do País desde a "revolução liberal de 1930". A especialização dos saberes e a profissionalização de agentes das instituições estatais eram objetivos do novo período político que visava "modernizar-se" por meio de uma burocratização que atendesse à complexificação social e à incorporação de novas demandas às políticas estatais.

Na Revista, observamos que essa tecnicização e especialização se intensificaram em fins de 1930, já durante o Estado Novo e em virtude das discussões do anteprojeto de Código proposto por Alcântara Machado, que acabaram por concentrar vários textos em torno de questões técnico-dogmáticas.

Em consonância à nossa observação Silveira constata que os editoriais das outras revistas jurídicas também se consolidavam com uma discussão mais técnica, vinculada às novas necessidades políticas.

O estabelecimento das reformas legislativas como um programa governamental possibilitou uma aliança de grande amplitude entre o governo e os profissionais do direito, na medida em que representou uma oportunidade excepcional para consolidar em termos práticos, na letra da lei, as reivindicações pela prevalência da técnica na escrita das normas que, cada vez mais, fortaleciam-se nesses círculos.<sup>141</sup>

Entretanto, se ao mesmo tempo em que os juristas eram chamados a contribuir teoricamente com o desenvolvimento de um saber específico, eles também se propunham a influenciar politicamente a Reforma Penal, na esteira da interpretação dos interesses da Nação. Para tanto, o editorial da Revista explicitava sua preocupação em participar e influenciar o debate da reforma da justiça penal, seja sob o aspecto legislativo de produção de um novo Código Penal<sup>142</sup>, seja na

---

<sup>141</sup> SILVEIRA, Mariana de Moraes. "Um processo de difusão e desenvolvimento cultural excelente": A revista *Direito* e os periódicos jurídicos no Brasil da passagem dos anos 1930 aos anos 1940. In: *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História*. São Paulo, 2011. (no prelo)

<sup>142</sup> O debate em torno das modificações a serem apresentadas pelo projeto de Código de Sá-Pereira fizeram parte constante dos textos da Revista, culminando na publicação do 1 Congresso Brasileiro de Criminologia de 1936 para a discussão específica do anteprojeto (**Revista de Direito Penal**. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936.) O primeiro fascículo apresentou, por sua vez, texto de Vicente Piragibe, o responsável pela Consolidação das Leis Penais de 1932, no qual discutia o projeto de Sá-Pereira, e uma resenha editorial sobre o projeto de Código chileno e sobre os Códigos da

reformulação de instituições da execução da pena, do tribunal do Júri e dos manicômios judiciários.<sup>143</sup> E nesse aspecto, ampliava seu público, ao dirigir-se também ao debate político reformista.<sup>144</sup>

O núcleo formador da Sociedade Brasileira de Criminologia decorreu do Conselho Brasileiro de Hygiene Social (CBHS). Tal Conselho foi criado em 1926, liderado por Roberto Lyra, que se opunha, junto a outros juristas, às absolvições decorrentes dos crimes passionais, normalmente caracterizados pelo assassinato de mulheres em *defesa da honra*. Não por coincidência, o primeiro debate promovido na Revista de Direito Penal tratava do assunto com a publicação de teses de Roberto Lyra, Magarinos Torres, Evaristo de Moraes, reunidas sob o título “O amor no banco dos réus”. Essa campanha foi responsável por mobilizar a reforma do Tribunal do Júri, como veremos no Capítulo 5. Como ela, a Revista reafirmava sua proposta de servir como uma tribuna de debate disposta a influenciar a produção do direito e do controle penal naquele período.

Mais do que um instrumento imparcial de registros dos conteúdos pertencentes ao saber jurídico a Revista representou uma política cultural orientada e definida. Apesar de os textos, os pareceres e as decisões judiciais, não estarem organizados rigorosamente a partir de critérios claros de hipóteses de trabalho, a Revista apresentava uma unicidade. Ela surgia com dois propósitos: influenciar as transformações e a reorganização da Justiça Penal e construir um espaço de debate para disseminar as “modernas teorias” penais e

Polônia e de Vaud, um dos cantões suíços. (PIRAGIBE, Vicente. Códigos Penais. **Revista de Direito Penal**. Vol.I, Fasc.II, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, maio 1933, p.140-143.)

<sup>143</sup> Essa característica parece enquadrar o momento do saber penal e criminológico na chamada penalística civil, termo utilizado por Sbriccoli para denominar a penalística italiana do fim de 1800, vinculada a idéias de reformas, possuidora de uma concepção aberta de ciência penal e convicta que “il sistema penale eserciti una grande influenza sulla società (talvota è illuminista abbastanza da non essere altrettanto convinto dell’inverso)”. (SBRICCOLI, Mario. **La penalística civile**. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia Unita. In: SCHIAVONE, Aldo (a cura di). **Stato e Cultura Giuridica in Itália dall’Unità allá Repubblica**. Laterza, 1990, p. 147-232.) No entanto, avaliando a produção ao longo do período (1933-1940), observamos que a Revista acompanhou a formação do debate sobre o tecnicismo jurídico, que visava abordar o saber penal sob um viés cientificista. Ademais, a perspectiva reformista dos penalistas também não pode ser diretamente vinculada à concepção de controle penal provenientes do período iluminista, como observaremos no Quarto Capítulo.

<sup>144</sup> Até então já vinham se desenvolvendo mudanças no saber penal e no controle, com debates concentrados no Rio e SP. O Governo de 1930 e sua centralização visavam criar uma reforma de caráter *nacional*. Antes, algumas mudanças vinham sendo produzidas pontualmente: projeto de lei (proposto por A. Machado) e aprovação, em 1927, para criação de manicômio Judiciário em SP.

criminológicas. Um propósito político reformista e um teórico de formação de um campo e vulgarização de suas ideias.

A tradicional distinção entre o jurista formado no debate reformista da Criminologia, disposto a influenciar e a interferir na política-criminal e nos ideais de justiça e o jurista formado na especialização do tecnicismo jurídico, que se ausentava do debate da reforma para submeter-se à especialização do estudo exegético e dogmático da lei, era condensada na proposta da Revista.<sup>145</sup>

**Um apelo nacional : a função uniformizadora e cívica.** Desde sua fundação, a Revista apresentou uma vocação para representar de modo mais amplo possível o debate nacional em torno das questões relativas ao controle penal. Apesar de concentrar inicialmente seus fundadores e sócios no Distrito Federal, na publicação de seu primeiro fascículo dedicou uma nota especial<sup>146</sup> à cooperação firmada com a Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, criada em 1921, e que teve fundamental importância na formação do campo científico e institucional da Medicina Legal no estado de São Paulo.<sup>147</sup> Contava com a participação de Flamínio Fávero, médico e professor da Faculdade de Direito de São Paulo, e participante ativo dos debates e transformações da função da medicina na reformulação da Justiça Penal (foi diretor da Penitenciária do Estado de São Paulo e membro do Conselho Penitenciário), e com o também professor de Medicina Legal na Faculdade de São Paulo e posterior elaborador do projeto de Código Penal, Alcântara Machado. A primeira contribuição proveniente dessa aliança foi o envio de um parecer formulado por Flamínio Fávero ao Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo, que veio a ser publicado no segundo fascículo.

Observamos que, entretanto, a centralização da Revista entre os juristas do Rio de Janeiro foi capaz de revelar as suas tensões com os

<sup>145</sup> Sergio Micelli faz uma alusão ao período de institucionalização das Ciências Sociais no estado de São Paulo, na década de 1930, formadora de uma profissionalização dos setores médios em ascensão e sua coalizão com o projeto iluminista das elites locais. (MICELLI, 1989, p.84-5 apud VIANNA, Luis Werneck. **A institucionalização das Ciências Sociais e a reforma social: do pensamento social à agenda americana de pesquisa.** In: VIANNA, Luiz Werneck. *A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil.* 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.)

<sup>146</sup> Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo. **Revista de Direito Penal.** Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 212-213.

<sup>147</sup> SALLA, Fernando e MARINHO, Maria Gabriela S. M. C. **Medicina legal e perícias médicas em processos criminais. Constituição de saberes e aplicação de procedimentos médico-legais. Campo, personagens e práticas periciais:** São Paulo e Bragança. Anais do XIX Encontro Regional de História: Poder, Violência e Exclusão. ANPUH/SP – USP. São Paulo, 08 a 12 de setembro de 2008. Cd-Rom.

grupos de juristas da Faculdade de Direito de São Paulo. Além das poucas contribuições dos paulistas à Revista, em 1936, após a promoção do debate acerca do anteprojeto de Código de Sá-Pereira, revisado pelos juristas que atuavam no Rio de Janeiro (Bulhões Pedreira e Evaristo de Moraes), a Congregação da Faculdade de São Paulo publicizou um parecer que criticava o anteprojeto. Esse parecer foi publicado pela Revista, organizada então por Magarinos Torres, com notas de repúdio ao manifesto dos paulistas.<sup>148</sup> Em 1938, com a apresentação do anteprojeto do Código Penal por Alcântara Machado, e a posterior escolha de uma Comissão Revisora composta por juristas atuantes no Rio de Janeiro (Roberto Lyra, Nelson Hungria, Narcelio de Queiroz e Vieira Braga) – que não foi bem recepcionada pelo autor primeiro do anteprojeto- mais uma vez as tensões se revelavam.<sup>149</sup>

Ainda em 1933, além da cooperação formalizada com São Paulo (que, como vimos era mais reveladora das tensões do que propriamente das alianças), a Revista apelava para que magistrados e representantes do Ministério Público de todo o país enviassem à Revista cópias de julgados, decisões, alegações e pareceres. Ressaltava o caráter “nacional e nacionalista” da publicação e tratava como um dos seus objetivos específicos ser órgão de divulgação do estado atual da jurisprudência criminal dos diferentes estados da federação.

Um franco caráter de órgão de uniformização da produção do direito era, assim, apresentado, em consonância aos projetos de reforma do Governo. Uniformização que envolvia a concentração, na Revista, da atividade jurídica de várias partes do País, mas que também garantisse a maior abrangência de temas possíveis.

Além das propostas legislativas discutidas em relação às reformas e projetos de Código Penal, e das peças e decisões judiciais, a Revista

---

<sup>148</sup> Parecer sobre o projecto de Código Criminal dos Estados Unidos do Brasil. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. II, fev. 1936.

<sup>149</sup> A escolha de Alcântara Machado, professor de Medicina Legal na Faculdade de São Paulo, pode ser especulada como uma forma de aproximação de Getúlio ao grupo paulista, em um de seus jogos políticos de cooptação e alianças. Alcântara Machado havia feito parte da oposição à Getúlio durante a Revolução Constitucionalista de 1932, tendo sido inclusive afastado de sua função de professor por algum período. Essa aproximação, entretanto não se concretizou, na medida em que o grupo de juristas do Rio de Janeiro foi nomeado como “Comissão Revisora” e acabou por constituir um novo projeto de Código Penal. Sobre a atuação política de Alcântara Machado, cf. MOTA, Carlos Guilherme. **Para uma visão de conjunto: a história do Brasil pós-1930 e seus juristas**. In: MOTA, Carlos Guilherme et al. **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**. 1930-dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010. Sobre o descontentamento de A. Machado com o resultado da comissão revisora e com o encaminhamento da revisão por Francisco Campos, cf. MACHADO, Alcântara. Para a história da Reforma Penal Brasileira. **Revista Direito**, Vol. VIII, março-abril, 1941, p. 9-42.

revelava intenção em ocupar-se também da execução das penas, ao abrir o debate às questões relativas à incorporação institucionalizada dos médicos e à incorporação dos Manicômios Judiciários ao controle penal e ao publicar pareceres dos Conselhos Penitenciários em seção especial, onde discutia o tema do livramento condicional e suas condições de execução<sup>150</sup>. Também participavam da Revista, autoridades policiais às quais seria destinada uma seção a partir do segundo fascículo que recebeu o nome de “Crônica Policial”.

O projeto de servir como veículo de uniformização de temas e divulgação concentrada da produção do direito ocorrida no País era acompanhado da justificativa cívica de afirmar a vocação *nacionalista* da Revista. Se a Nação passava a ser, no discurso político, associada ao Estado enquanto uma *unidade* que deveria suplantar os regionalismos e localismos da Primeira República, aos juristas incumbiria sustentar parte dessa unidade por meio da produção cultural de um direito uniforme que fosse capaz de substancializar as reformas adequadas à *realidade nacional*.<sup>151</sup>

O editorial manifestava-se bastante aderente à reforma política de 1930, compreendida como um progresso liberal diante da política regionalista anterior.<sup>152</sup> Era, sob esse aspecto, revelador da adesão dos juristas às políticas do Estado, que se confirmaria ainda mais tarde, com a permanente participação deles nas Comissões técnicas de Reforma da Justiça.

---

<sup>150</sup> No primeiro fascículo da Revista, Bertho Conde, então secretário da Sociedade Brasileira de Criminologia, publicou um texto para tratar dos objetivos da Revista, no qual solicitava que fossem enviados à redação os pareceres dos Conselhos Penitenciários (nos quais participam integrantes iniciais e posteriores da SBC, como é o caso de Roberto Lyra, seu fundador), que seriam publicados nesse número inicial. (CONDE, Bertho. Detalhes. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.10).

<sup>151</sup> É possível encontrar uma certa mimetização entre os discursos dos juristas e do Governo, nesse aspecto. Veja-se, por exemplo, em texto que propagandeia a representação política de Getúlio Vargas, sob as bases em que se realizava a crítica à Constituição de 1891 e se justificava a necessidade de imposição de uma nova ordem jurídica e política. “A nova Constituição se fez ao sabor das teorizações do liberalismo europeu e das sugestões do federalismo norte-americano, sem se consultar a *necessidades específicas e orgânicas da existência brasileira*. Em vez de se ajustar ao *molde político da Nação*, impôs-lhe a contingência de moldar-se ao seu feitio. (O presidente Getúlio Vargas e a sua obra. In: SCHWARTZMAN, Simon (org.). **Estado Novo, um Auto-retratato** (Arquivo Gustavo Capanema). Brasília, CPDOC/FGV: Universidade de Brasília, 1983, p. 21).

<sup>152</sup> Em alguns incidentes específicos, os juristas publicavam na Revista críticas ao Governo, mas era pontuais. Cf. PEDREIRA, Mario Bulhões. Defesa dos ex-senadores no caso da Paraíba. **Revista de Direito Penal**, Vol.2., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933.

Excetuava-se, entre 1933-1937, a postura mais crítica e independente dos juristas em relação à intensificação da repressão aos crimes políticos como política do Governo. A Lei de Segurança Nacional, de 1936, foi alvo de intensas desaprovações, publicadas na Revista e apoiadas pelo editorial. Independência e crítica que não persistiram após a instituição do Estado Novo, contando com o apoio, ao menos silencioso, de boa parte dos juristas que, revelavam assim, suas intrincadas relações com o governo.<sup>153</sup>

**A delimitação epistemológica do campo do penal.** A adesão do programa da Revista às propostas de reforma controle penal foi acompanhada de um debate acerca dos limites epistêmicos do saber penal e criminológico. A modernização do controle penal deveria se orientar pela modernização do saber.

A Revista de Direito Penal, entre os anos de 1933 e 1936 não parecia ter clara a delimitação entre disciplinas jurídico-penais e criminológicas. A tênue delimitação entre esses campos sugere a representação do estado do saber da época, visto que as teorias jurídico-penais ainda estavam envoltas no *debate* entre a preponderância da sociologia penal e o tecnicismo jurídico, introduzido lentamente no debate durante a década de 1930, a partir, inicialmente, da proposta de Franz Von Liszt e Adolph Prins.<sup>154</sup>

É curioso observar o jogo de delimitações das disciplinas por meio das denominações do campo de saber penal durante a fundação da Revista.

Na história que antecedeu e originou a criação da Revista de Direito Penal, o *Conselho Brasileiro de Hygiene Social* fundou uma Sociedade Brasileira de *Criminologia* a qual criou, como seu órgão divulgador uma Revista de *Direito Penal*. Tal aparente confusão, entre a sociedade de *criminologia*, que possuía como órgão de divulgação uma revista de *direito penal*, expressa-se exemplarmente na passagem do editorial do primeiro fascículo:

Facil nos foi encontrar animadores à iniciativa de pôr em circulação a REVISTA DE DIREITO PENAL, publicação reclamada pelo

---

<sup>153</sup> Trataremos dessa postura dos juristas, sob a dimensão de seu conteúdo político, no Capítulo 5.

<sup>154</sup> Temos, em 1899, um livro de Litz “Direito Penal Alemão”, publicado no Brasil, traduzido por José Hygino Pereira (LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. e coment. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899); em 1915 temos o livro “Ciência Penal e Direito Positivo”, em edição portuguesa, que circulava no Brasil.

desenvolvimento dos *estudos de criminologia* no nosso paiz.<sup>155</sup> (grifo nosso).

Em outra passagem, no mesmo fascículo, Magarinos Torres, ao introduzir a Revista, na qualidade de presidente da Sociedade Brasileira de Criminologia, refere como objetivo da Sociedade, da qual a Revista é o órgão oficial, “fomentar o estudo das questões científicas de Direito Penal, Psiquiatria e Medicina Publica.”<sup>156</sup>

Essa indistinção entre o tema criminológico, penal e médico legal representava no período inicial da Revista a prevalência da corrente sociológica do direito penal, sem uma vinculação estrita à Escola Positiva, mas uma aproximação de vulgatas ecléticas do saber penal ainda muito vinculado ao debate político-criminal e à discussão das funções da pena e da necessidade de defesa social.

Ao fim de 1930 o debate metodológico em torno dos limites epistêmicos do saber penal e criminológico surgiu com mais intensidade a partir da apropriação de uma vulgata do modelo tecnicista jurídico e da promoção de debates técnico-dogmáticos, consentâneos à discussão do anteprojeto do Código de 1940 e à instituição política do Estado Novo.

A Revista de Direito Penal acompanhava durante a década de 30 o projeto de reforma política e social do País. Ela se constituiu em espaço de debate sobre as reformas e de formação de um campo do penal, tornando-se de um lado um veículo de reunião dos juristas e de outro uma produtora de cultura jurídica. Sua importância era relevada ainda em virtude das condições especiais daquele período. Com o Congresso Nacional fechado em boa parte daquela década, as associações profissionais, os periódicos, os congressos, tornavam-se instâncias de discussão que ofereciam certa legitimidade ao processo de modernização orientada pelo Estado.

O projeto da Revista transcendia a organização e divulgação interna de ideias de uma categoria profissional. Sua proposta possuía uma aderência significativa às orientações da política nacional, assim como era reveladora da forte aderência dos juristas às instituições estatais. Sua especialização e profissionalização que estavam em curso naquele período significavam também uma intensa inclusão nas malhas burocráticas em formação do Estado. Isso implicaria na produção de um saber vinculado às demandas da nova ordem que estava sendo instituída.

---

<sup>155</sup> Um apelo. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 214.

<sup>156</sup> TORRES, Eugenio Magarinos. Introdução. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.9.

Três temas atravessaram a discussão dos três momentos editoriais que marcaram a Revista durante os anos 1930 : o debate sobre os crimes passionais (razão da fundação da Sociedade que deu origem à Revista), o debate sobre a reforma do Tribunal do Júri e o debate sobre a pena de morte. O debate sobre crimes passionais (e o temor à desordem marcado pelas absolvições *generalizadas*) desdobrava-se na discussão sobre a legitimidade de uma Justiça leiga (e a reforma do Júri). O debate sobre a pena de morte pautava o jogo de forças entre liberdade e a ordem na reorganização das justificativas punitivas.

Esses três temas organizavam permanentemente o eixo da legalidade na reforma modernizadora do controle penal : de um lado, estava a dimensão política da legalidade, determinada pela relação entre liberdade e ordem, de outro, sua dimensão técnica, determinada pela relação entre lei, ciência e decisões judiciais (ou, em outras palavras, determinada pela dimensão da legalidade na doutrina e na interpretação jurisprudencial). Atravessando aqueles três campos temáticos, a Revista representou em seus três momentos editoriais as mudanças relativas à delimitação epistemológica do campo penal, ao debate teórico e profissional entre médicos e juristas, às justificativas e limites do poder punitivo e a ambígua relação dos juristas com o projeto político reformista.

## 2.2 FASES EDITORIAIS DA REVISTA DE DIREITO PENAL

**Primeira Fase. A construção do debate sobre o Júri e a pena de morte.** De 1933 a 1935 a Revista esteve sob direção de Bertho Condé e era distribuída para seus sócios (cerca de 100 sócios, com algumas variações durante os três anos) e vendida para os demais leitores. Segundo informava o " Contracto de aquisição da 'Revista de Direito Penal' pela Sociedade Brasileira de Criminologia ", a Livraria Jacintho, responsável pelos primeiros volumes da Revista (de 1933 a 1934), produzia habitualmente mil exemplares de cada.<sup>157</sup>

O foco da Revista se organizava em torno das demandas de reforma do controle penal. A abordagem abrangente e a variação dos temas das diferentes seções da publicação deram um acento um tanto genérico e superficial para as discussões promovidas nos dois primeiros anos.

Em discurso proferido em reunião da Sociedade Brasileira de Criminologia, Magarinos Torres, então presidente da Sociedade,

---

<sup>157</sup> *Revista de Direito Penal*, vol. VIII, jan. 1935, p. 63-65.

afirmava : " a nossa tarefa, amplíssima, abrange desde a organização da Justiça Nacional, até as minúcias de seus problemas fundamentais de ciência penitenciária e de polícia e dactiloscopia como de medicina e psiquiatria e eugenia. " <sup>158</sup>

O debate epistemológico sobre o campo penal estava ausente, representando o domínio da retórica criminológica na discussão dos temas das diferentes sessões. O tecnicismo jurídico estava timidamente presente, seja na rara escolha de temas dogmáticos, seja na rara discussão metodológica sobre o direito penal. Era o discurso reformista que predominava nas páginas da Revista e nos temas dos juristas.

Em ata da sessão do Conselho Técnico da Revista reunido em agosto de 1933, comentou-se com vagar e apoio as ideias apresentadas na exposição promovida por Gilberto Amado, no qual exaltava o ecletismo doutrinário e o combate às causas da criminalidade através de políticas não penais:

entre nós, é possível a aproximação de indivíduos com idéas e doutrinas radicalmente opostas, circunstancia fundamental para a esperança que alimenta de ver, mais rapidamente, integradas ao nosso sistema penal as grandes conquistas da ciência, no que dizem com a política criminal. (...) Põe em relevo como quasi inúteis se têm apresentado os sistemas repressivos dos diferentes povos na luta contra o crime para dizer de quanto maior confiança se pode depositar em uma política sociológico-criminal que, removendo as causas da criminalidade, maior tranquilidade conferiria aos que a praticassem. <sup>159</sup>

Tampouco estava em elaboração o debate sobre os limites da intervenção médica e jurídica no campo da reforma penal. Juristas e médicos publicavam seus textos e pareceres, mimetizando seus discursos e acenando para uma vigorosa apropriação retórica do debate criminológico por parte dos juristas. As divergências ainda não se apresentavam como pauta de disputa profissional ou de organização do saber. As manifestações dos juristas no sentido de defenderem seu campo profissional das " invasões " dos médicos se mostrarão com mais

---

<sup>158</sup> Noticiário. Reunião do Conselho Técnico. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, fasc.I, julho 1933, p.213

<sup>159</sup> Ata da sessão do Conselho Técnico. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, Fasc.II, agosto 1933, p. 395.

intensidade na Segunda Fase editorial da Revista (1935-1938), quando do debate sobre o Projeto de Código Penal de Sá-Pereira<sup>160</sup>, que será o objeto da Primeira Conferência Brasileira de Criminologia, em 1936.

Os três temas que percorreram a história da Revista na década de 1930, e por dentro dos quais se desenvolveram as disputas ainda não organizadas em torno da delimitação epistemológica do saber do controle penal, da disputa profissional entre médicos e juristas e da justificativa e limitação do poder de punir, se organizaram desde os primeiros volumes do periódico.

A Revista foi inaugurada com a seção "O amor no banco dos réus", no qual Magarinos Torres, Roberto Lyra, Mario Bulhões Pedreira e Heitor Carrilho<sup>161</sup> discutiam os fundamentos da absolvição dos passionais no Tribunal do Júri. A discussão continha em si um projeto de crítica mais amplo dirigido à Instituição do Júri e à sua concepção de Justiça Leiga.

O Tribunal do Júri, desde então, tornou-se objeto de defesa da Revista de Direito Penal, representada desde aquele tempo pelas publicações entusiasmadas de Magarinos Torres, então presidente do Tribunal da Capital.

O apoio em defesa da instituição também foi manifestado pelo então presidente da Revista, Bertho Condé. Em nota na qual comentava a publicação do livro do Desembargador J. A. Corrêa de Araujo, "Os novos horizontes da justiça criminal", Condé declara o apoio do periódico à manutenção da Instituição, "a respeito da qual não é difícil conhecer a nossa opinião pelos trabalhos de diversa natureza que já no primeiro dos nossos fascículos inserimos<sup>162</sup>, como doutrina de nossa publicação".<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Aproveitar o momento para apresentar cronologicamente os projetos de Código Penal apresentados durante a década de 1930.

<sup>161</sup> CARRILHO, Heitor. Psicopatologia da paixão amorosa e seu aspecto medico-legal. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, julho de 1933b, p. 52- 71; CORREA, L. Moraes. Amor e Crime. *Revista de Direito Penal*. Vol. IV, Fasc. I, II, III, jan-março, 1934, p. 179- 187; LYRA, Roberto. O amor no Banco dos Reus. **Revista de Direito Penal**. Vol.I, fasc.II, maio 1933a.

<sup>162</sup> Refere-se aos textos : « O juri e seu rigor contra os crimes passionais ou o amor no banco dos réus », de Magarinos Torres, e « É mantida a instituição do Juri », de Ary de Azevedo Franco. Ambos publicados no primeiro volume e primeiro fascículo da Revista, em 1933.

<sup>163</sup> CONDE, Bertho. Detalhes. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933. Bertho Conde era advogado e escrevia nos jornais "O Diário da Manhã" e "O Comercio" em defesa do operariado. Redigiu em 1925 o Manifesto do Partido Evolucionista do Brasil, em São Paulo, tendo sido um dos núcleos constitutivos do Partido Democrático. Em 1934 ele deixa a presidência da Revista de Direito Penal e Magarinos Torres,

Se for certo que o periódico tinha o propósito de participar ativamente da reforma penal daquele período, foi no tema e na defesa do Juiz leigo que a Revista conheceu sua maior derrota.<sup>164</sup> Em fins de 1938, o Tribunal teve suas competências drasticamente reduzidas e sua soberania limitada. Sua derrota foi também a representação do espaço crescente do processo de tecnicização e dogmatização do direito penal.

Na primeira fase deu-se início ao debate sobre a pena de morte, incitada pela proposta à Assembleia Constituinte de 1934. As manifestações em torno ao repúdio à aplicação da pena de morte continham em si uma disputa sobre as justificativas e limites do poder de punir e estiveram presentes durante toda a década de 30, representando um campo importante de ambiguidades dos posicionamentos dos juristas em relação às reformas do Estado.<sup>165</sup>

**Segunda Fase. A dupla função da Revista : pedagógica e técnica.** De 1935 a 1938 a Revista esteve sob direção de Magarinos Torres.<sup>166</sup> A direção anterior, demonstrando sua precária condição de

seu sucessor na Revista faz referências nada elogiosas à sua saída, que parece ter sido pouco negociada.

<sup>164</sup> No segundo fascículo do Vol. XX da Revista, Torres publicou um texto intitulado « A nova lei do Jury », no qual apresentou a nova regulamentação do Tribunal do Júri (dec-lei 167/1938). TORRES, Magarinos. A nova lei do Jury. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc.II, fev. 1938. A publicação desse decreto representou para Torres uma derrota política e jurídica, em virtude do seu conteúdo explicitamente contrário à Instituição, tendo diminuído suas competências e subtraído sua soberania. Tal derrota política de Torres parece ter influenciado inclusive os rumos das discussões promovidas pela Revista.

<sup>165</sup> Essa ambigüidade será manifesta na discussão sobre a aplicação da pena de morte aos crimes políticos. Trataremos exemplificadamente dessa relação institucional entre juristas e poder político no Capítulo 5.

<sup>166</sup> Em 1936, M. Torres faz um pedido de exoneração da presidência da SBC, fundado nas dificuldades de trabalho e na exaustão provocada pela organização da Conferência Brasileira de Criminologia. « Tenho sido, como sabeis, presidente, tesoureiro, bibliotecário, escripturário da Sociedade ; e bem assim, director, redactor chefe, gerente, thesoureiro, e revisor de provas da Revista de Direito Penal. » (Sociedade Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, vol. XVI, fasc.I-II, jan-fev., 1937, p.75.) Em resposta, os fundadores da sociedade e membros técnicos da Revista escreveram uma carta solicitando a permanência de Torres. Assim, Magarinos Torres reelegeu-se presidente da Sociedade Brasileira de Criminologia e elegeram-se os novos cargos de primeiro e segundo vice-presidentes, ocupados por Heitor Carrilho e Lemos Britto, respectivamente. (Sociedade Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, vol. XVI, fasc.I-II, jan-fev., 1937, p.75-86.) Após a publicação dos anais da Primeira Conferência Brasileira de Criminologia, na qual se discutiu o projeto Sá-Pereira, apresentado pela Comissão Revisora constituída por Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, nos últimos fascículos de 1936, os volumes XVI, XVII, XVIII, apresentaram poucos textos relevantes. Pela qualidade dos textos e das jurisprudências selecionadas pode-se entender que o M. Torres encontrava dificuldades em organizar e coletar material nesse período. Do ponto de vista organizacional, Magarinos Torres parecia contar com pouco apoio do Conselho Administrativo, de modo que em alguns discursos ele sugere que todas as atividades para elaboração da Revista estavam sob seu encargo. Isso se pode sentir na

organização, havia publicado apenas os quatro primeiros volumes referentes ao ano de 1933, contendo cada um, três fascículos. Quando Magarinos Torres assumiu a Revista, em janeiro de 1935, ele publicou retroativamente o volume V-VI referente ao ano de 1934. O contrato foi rescindido com a Livraria Jacintho e Bertho Condé, e a Revista foi comprada e administrada pela Sociedade Brasileira de Criminologia.<sup>167</sup>

No segundo semestre de 1934, Magarinos Torres noticiou que a Sociedade Brasileira de Criminologia contava então com 119 sócios<sup>168</sup>. Mas nessa fase os antigos assinantes da Revista vinculados à Livraria Jacintho (cerca de 200), não foram transmitidos pela Livraria à Sociedade. Financeiramente, nessa segunda fase, a Revista contou com o apoio das Livrarias Calvino Filho e Livraria Alves e o comprometimento da própria Livraria Jacintho da compra de 100 fascículos mensais pela metade do preço, além da contribuição da Sociedade Brasileira de Criminologia na aquisição de exemplares para seus sócios. No restante a editoração da Revista contaria com o dinheiro dos anúncios e de novos assinantes diretos.<sup>169</sup>

Deu-se continuidade às discussões a respeito da pena de morte, proposta na Assembleia Nacional Constituinte de 1934, e acentuaram-se as discussões sobre o Tribunal do Júri.

Alguns textos foram publicados em crítica à proposta e à lei de Segurança Nacional. A Revista parecia guardar, nesse sentido, um discurso homogêneo na defesa dos direitos individuais nos casos de crimes considerados políticos. Posicionamento que sofreu uma reversão na terceira fase editorial da Revista, já sob os auspícios do Governo Estado-Novista, e que demarcou a relação de ambiguidade entre juristas e poder político.

distribuição dos temas, que não obedeciam uma linha editorial, mas pareciam em alguns volumes preencher a necessidade de publicação, sem critério na escolha do autor<sup>166</sup>; na editoração da Revista, com uma série de erros e improvisos; e nas chamadas constantes de Torres para apresentação de colaborações e para o pagamento da anuidade (Sobre as notícias de dificuldades financeiras e organizacionais, ver TORRES, Magarinos. Relatório do 1. Semestre de 1935. **Revista de Direito Penal**, Vol. X, fasc.III, set.1935, p.197-200); TORRES, Magarinos. Relatório do 2. Semestre de 1935 da Sociedade Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. III, março, 1936, p.191-195.)

<sup>167</sup> Ver o Contracto de Acquisição da Revista de Direito Penal pela Sociedade Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, jan. 1935, p. 63-65.

<sup>168</sup> Em julho de 1935, durante a prestação de contas da SBC noticiam-se 128 sócios. (TORRES, Magarinos. Relatório do 1. Semestre de 1935. **Revista de Direito Penal**, Vol. X, fasc.III, set.1935, p.199.)

<sup>169</sup> TORRES, Magarinos. Relatório e Contas do Segundo Semestre de 1934. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, fev-março, 1935, p.223.

No tocante ao debate epistemológico do campo penal, predominava ainda o discurso criminológico, mas já se anunciava a disputa elaborada entre médicos e juristas no campo teórico e profissional. Surgiam, sem titubeios, os posicionamentos dos juristas preocupados com a "invasão" dos médicos no campo da punição.

Foi exemplar o discurso de M. Torres, na inauguração de uma Seção denominada "Odontologia Legal", que teve a curta duração de apenas um volume. No ato de inauguração, M. Torres anunciou:

Assim foi que, notada a influencia atribuível aos dentes sobre o caracter e o systema nervoso do individuo (these entre nós, salientada por Luiz Silva, de S. Paulo), cuidamos aqui de examinar até que ponto a justiça penal deve attender a essa causa de anomalias na conducta humana.<sup>170</sup>

M. Torres ressaltava que o objetivo era avaliar "até que ponto a justiça penal deve attender a essa causa de anomalias na conducta humana". Era esse o ponto de discussão: os limites entre o saber e atuação de médico e juristas (que ainda estava por se definir).

Acentuou-se também uma orientação da Revista para uma ideia de "educação das massas", acompanhada por uma noção "pedagógica" do direito, muito vinculada às concepções do novo diretor da Revista, M. Torres.

Ele afirmava que a tarefa da Revista era "educar o povo, por meio de theses geraes, como a dos Crimes de Amor, a da Pena de Morte, a do Julgamento de Hauptman (...)". E seguia afirmando: "Só a assistencia individual e a educação das massas póde realizar o milagre da preservação delinquencial, de que as leis são incapazes."<sup>171</sup>

De um lado esse discurso da educação das massas era cultivado em seu espectro de uma auto-imagem dos juristas, que se reconheciam como elite necessária ao processo civilizador da Nação. De outro, o discurso político-penal da educação das massas como forma de contenção delinquencial e defesa da sociedade encontrava-se com a organização do discurso político antiliberal que ganhava forças ao longo da década de 1930. Ele impunha-se a partir de uma identificação entre povo e Nação, na qual os interesses dos primeiros deveriam ser

<sup>170</sup> Sessão de 25 de maio de 1935. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, fasc. III, junho, 1935, p. 194.

<sup>171</sup> Sessão de 27 de abril de 1935. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, abril-maio, 1935, p. 54-55.

interpretados pelas elites burocráticas. Um povo incapaz de conviver com as estruturas políticas liberais, precisava ser tutelado para que acompanhasse a modernização em curso do País.

Mas ao mesmo tempo, a Revista começava a construir um outro sentido para sua função educacional. Se M. Torres encarnava a proposta da educação das massas, Roberto Lyra<sup>172</sup> introduzirá no debate a função da Revista em contemplar um público especializado e responsabilizar-se por sua formação técnica. Por esse canal, se iniciava a consolidação de um processo de dogmatização do direito e de uma preocupação cada vez mais acentuada de formar um corpo técnico de juristas.

A partir, então, do sentido educativo atribuído como função da Revista, mas agora com acento não aos leigos, mas à formação de um corpo técnico, inaugurou-se em 1935 uma "sessão universitária", proposta por Roberto Lyra, para colaboração de estudantes à Revista, com abatimento no preço,

"mas também com o encargo de zelar pelo bom êxito e a eficiência da actuação desta Sociedade, na applicação aos estudos e na frequência aos 'cursos especiaes de direito e psychiatria' e visitas a prisões e manicômios, que em breve serão instituidas."<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> Apesar de Roberto Lyra se apresentar nesse contexto com a preocupação de formação de técnicos, ele não deixará de manifestar sua concepção de "povo" marcada por esse fundamento político antiliberal em compreende-lo como uma "massa incivilizada" dependente de um Estado forte e interventor para sua "educação". Aliás, sugerimos que essa seja a concepção primordial dos juristas, marcados pela sua formação de "elite ilustrada" em oposição a uma população de ignorantes que merece a sua atenção/intervenção benevolente (marcada pela formação de um Estado ampliado e corporativo). Concepção essa partilhada também pelos juristas ocupados com a tecnicização do direito. Cf. (LYRA, Roberto. A lei penal e o casamento religioso. **Revista de Direito Penal**, vol. XVII, fasc.I, abril, 1937, p. 1-10.) O texto trata da nova lei n.379/jan.1937 que regula o casamento e equipara a cerimônia religiosa ao casamento civil. O documento interessa por trazer a concepção de « povo » de Roberto Lyra. Ele o compreende como inculto e atrasado, e para referendar sua compreensão apresenta uma citação de Getúlio Vargas.

<sup>173</sup> Sessão de 25 de maio de 1935. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, fasc. III, junho, 1935, p. 195. Essa seção subsistiu em outros volumes. No volume seguinte se noticiam 28 sócios da seção. No volume XI há extenso relatório sobre as atividades dessa seção organizada por Roberto Lyra, tais como visitas ao Instituto de Identificação, ao Hospital Nacional dos Alienados, participação em debate sobre a pena de morte, com apresentação de Nelson Hungria e Mario Gameiro. Todas as atividades foram noticiadas pela imprensa escrita, nos jornais « A noite », « Jornal do Commercio », « Gazeta de Noticias » (Secção Universitária. **Revista de Direito Penal**, vol.X, fasc. I – II, julho-agosto, 1935, p. 69-70 ; Secção Universitária. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc.I-II, out-nov, 1935, p.85-96).

A seção universitária e sua preocupação com a formação técnica dos juristas seguiu sua existência durante a década de 1930 na Revista. Mas conviveu, durante este tempo, com a função da Revista como órgão de educação das massas. Não houve uma sobreposição de funções nas perspectivas da formação do público da Revista, mas antes uma complementariedade. Estava delimitada a dupla função do jurista : uma função pedagógica de traduzir os interesses nacionais em termos de equilíbrio e composição de classes e de domesticar uma massa considerada incapaz e não à altura da modernização; e um papel técnico, de oferecer a constituição de um saber técnico-racional capaz de uniformizar e constituir a programação racionalizadora de uma sociedade complexa.

A tecnicização do direito passou a ser, nesse período, um campo de importantes transformações. Em 1936 a Revista e a Sociedade Brasileira de Criminologia promoveram a Conferência Brasileira de Criminologia para debater o projeto de Código Penal de Sá Pereira, revisado por Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira. Desde então, o debate sobre a codificação e a necessidade de um rigor técnico na construção legislativa tornou-se ordenador dos debates, ampliando a discussão entre o saber criminológico e a dogmatização do direito, por um lado, e refletindo na pressão pela tecnicização da Justiça.

A discussão entre saber criminológico e dogmático se revelou na eleição do primeiro sócio-correspondente da Revista, em 1938 : Eduardo Coll. O jurista foi quem elaborou o projeto de Código Penal argentino, considerado um documento legal que radicalizava as propostas de reforma da Criminologia Positiva, propondo a ausência do conceito de responsabilidade no controle penal<sup>174</sup> e a crítica à " escola " técnico-jurídica.<sup>175</sup> Se já observávamos nesse período uma tentativa de organização de uma proposta técnico-jurídica para o direito penal<sup>176</sup>, a escolha de Coll como primeiro representante internacional denunciava uma tensão editorial da Revista em torno às concepções científico-penais e criminológicas.

**Terceira Fase. O debate sobre a codificação penal e ambiguidade da Revista com o governo.** Após a promulgação do

<sup>174</sup> COLL, Jorge Eduardo. Teoria de la responsabilidad social. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. I, janeiro, 1938, p. 7.

<sup>175</sup> COLL, Jorge Eduardo. La tecnica juridica de la Peligrosidad en el proyecto de Código Penal Argentino. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. II, fev. 1938, p.134.

<sup>176</sup> É representativa a publicação do texto de Nelson Hungria intitulada "Tecnicismo Jurídico-Penal" que representava não só a abertura da Revista a uma tensão mais explícita no campo do debate da ciência penal, mas também uma virada teórica do autor. HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc.I-III, julho-set, 1938<sup>a</sup>.

decreto de 1938 e o texto de Torres, no volume posterior, o jurista anunciou sua saída da direção da Revista e da presidência da SBC. Em seguida, tendo como novo diretor Haeckel de Lemos, e com uma participação mais ativa do Conselho Administrativo, do qual participavam praticamente todos os integrantes da então Comissão Revisora do Projeto de Código de Alcântara Machado, a tônica principal da Revista foi o debate da Codificação e a algumas críticas ao tratamento severo dado aos crimes políticos.

No terceiro fascículo do Volume XX, de março de 1938, no qual M. Torres anunciou a sua saída, em retrospectiva dos 5 anos de existência da Revista e da SBC, M. Torres anunciou ter havido uma boa relação da Revista com o Governo:

As relações della com o Governo foram, durante o anno, as mais lisonjeiras, quer no regimen constitucional, em que o Sr. Ministro da Justiça, Dr. Macedo Soares, se dignou de presidir a sessão ordinaria de 28 de agosto de 1937, quer no regimen vigente, em que, da administração policial tem a Sociedade obtido prompta permissão prévia para as sessões que realiza.<sup>177</sup>

Entretanto, essa relação era marcada por uma ambiguidade maior do que o discurso de M. Torres faz parecer. Havia inegavelmente uma relação institucional preservada entre a Revista e o Governo. Na Primeira Conferência Brasileira de Criminologia, promovida pela Sociedade Brasileira de Criminologia e pela Revista de Direito Penal, representantes do Governo se fizeram presentes na abertura, encerramento e alguns debates. Na Sessão de encerramento do ano de 1937, foi proferida uma apresentação intitulada "Biographia de Oscar Macedo Soares", então Ministro da Justiça.

Mas, por outro lado, nos primeiros anos de Governo Provisório, a defesa da Instituição do Júri, a crítica ao tratamento destinado à repressão aos crimes políticos denunciavam divergências político-penais entre juristas e governo. A postura do Governo pareceu, por outro lado, buscar a composição e a legitimação de suas reformas penais na comunidade dos juristas. A reforma do Júri, por exemplo, em 1938, contou com uma Comissão composta, dentre outros, por Nelson Hungria e M. Torres. Se o primeiro era um dos mais entusiasmados defensores

---

<sup>177</sup> Relatório e contas do ano 1937. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. III, marco, 1938, p. 309.

do fim da justiça leiga, M. Torres era reconhecido por sua defesa da Instituição do Júri. Ele era, entretanto, representante de um discurso entre os juristas cada dia menos prevalente : do direito entendido como justiça e da decisão judicial entendida como bom senso e experiência. Ainda assim, ele também foi convocado para redigir a reforma que originou o desmonte do Tribunal do Júri, garantindo desse modo a legitimação que, se estava suprimida em sua instância representativa política do Legislativo, contava com a legitimação dos *técnicos* e intelectuais.

Posteriormente, durante a vigência do Estado Novo, encontramos a produção de textos mais técnicos e encontramos um silêncio relativo à repressão dos crimes políticos<sup>178</sup>. A ambiguidade da relação dos juristas na Revista com o novo Governo se dava porque, se na sessão doutrinária, os jurista já não se manifestavam como reformistas da Justiça Penal, mas tão somente como técnicos, na seção "Cronica Forense" não se poupavam críticas às políticas do Governo. Referiam-se, inclusive, ironicamente, ao golpe como o "ciclone" ou o "tornado".

Sussekind de Mendonça, redator das Cronicas Forenses, relatando um incidente no qual o desembargador Vicente Piragibe recusou-se a empossar um juiz indicado pelo Presidente Getúlio Vargas, e conseguiu assim com que Governo anulasse o ato de investidura do cargo, desfia suas críticas ao Governo:

Numa hora em que a Justiça se mostra entorpecida, sem animo de discutir os atos menos regulares das mais bisonhas autoridades policiais, em que se vê depositários intangíveis da Autoridade Publica e sustentáculos poderosos da propria Ordem Politica e Social vigente, o se insurgir seu chefe contra um decreto governamental estava a reclamar-lhe um nicho no Palácio ou no Prêtorio ou sua imediata internação num hospital.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> No mesmo volume em que a Revista publica a nova regulamentação (dec- lei 474/1938) para o Tribunal de Segurança Nacional, instituído pela lei 244/1936, na qual são violadas garantias e liberdades dos presos políticos, um texto de Evandro Lins e Silva sobre o *sursis* e o crime político posiciona-se de modo contrário à política do Estado Novo, e defende em sentido inverso à política de Getúlio, a maior proteção legal ao tratamento desses crimes. (SILVA, Evandro Lins e. O "sursis" e o crime político. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIII, fasc. I-III, out-dez, 1938, p. 17-24.)

<sup>179</sup> MENDONÇA, Carlos Sussekind de. Crônica Forense do Distrito Federal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIII, fasc. I-II-III, out-dez, 1938, p. 8.

De resto, nos dois anos seguintes, a Revista se ocupa principalmente com o debate a respeito da Codificação Penal. Alcântara Machado, Prudente Siqueira, Costa e Silva, Nelson Hungria, Galdino Siqueira, reúnem o debate técnico-dogmático que é entendido pelos juristas como uma questão de patriotismo, no mesmo tom discursivo do regime político. Nesse sentido, afirmava Costa e Silva : " A elaboração de um código criminal é assunto que interessa toda a nação. Todos devem concorrer, na medida de suas forças. É questão de patriotismo. "<sup>180</sup>

A preocupação com o debate sobre a delimitação epistemológica, em vista da codificação, se intensifica,<sup>181</sup> debatendo-se os juristas entre as concepções de ciência penal, entre as quais prevalecerá, já na década seguinte, o tecnicismo jurídico proposto por Hungria, elaborado em tons retóricos e intuitivos pelos doutrinadores<sup>182</sup>.

.....

A história da Revista de Direito Penal ao longo da década de 1930 nos indicou a forma como ela promoveu o debate entre os juristas. Sua adesão às políticas de reforma do controle penal se estruturou por meio da proposta de servir como veículo para uniformizar a doutrina e a jurisprudência no campo penal e de, com isso, cumprir sua função cívica em prol da modernização do País.

Ao mesmo tempo, a Revista se estruturou de modo a transbordar os limites políticos da reforma e construir um campo de debate epistemológico. A delimitação epistemológica do campo do penal, se por um lado confluía com as necessidades de tecnicização e especialização do saber na reorganização política do Estado, por outro

---

<sup>180</sup> COSTA E SILVA, A.J. O novo projeto de Código Criminal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc. I-III, julho-setembro, 1938, p. 79.

<sup>181</sup> Publicam textos sobre o tema Nelson Hungria (O tecnicismo jurídico, vol. XXII, fasc. I-II-III, junho, agosto, setembro, 1938), Roberto Lyra (O projecto de código penal argentino, vol. XXI, fasc. I-II-III, abril, maio, junho, 1938); Lemos Brito (A elaboração científica do Direito Penal, vol. XXI, fasc. II-III, maio, junho, 1938); Haeckel de Lemos (A cultura filosófica e a ciência penal, vol. XXII, fasc. I-II-III, junho, agosto, setembro, 1938; Haeckel de Lemos (A sociologia, sua concepção filosófica e a ciência penal, vol. XXIII, fasc. I-III, out-dez, 1938).

<sup>182</sup> Como apresentaremos nos próximos capítulos, a observação do tom retórico do discurso dos doutrinadores não cabe, em nosso trabalho, como um recurso depreciativo e nem se detém no estilo linguístico dos textos da época. Antes, é uma observação que nos revela a precária capacidade analítica e de sistematização que os juristas apresentavam em seus estudos.

gerava efeitos concretos na própria constituição das disciplinas criminológicas e jurídicas.

Sua história também nos serviu para colhermos em seu trajeto a indicação das disputas que definiram as concepções de modernização do controle penal. De um lado, já nos parecia claro que a reestruturação política e sua apologia à técnica estimulavam o processo de especialização do saber e de formação de um corpo técnico de juristas, de outro, a construção da malha burocrática estatal também dependia do papel do jurista como intelectual que fosse responsável pela intermediação entre povo e Nação, na construção das ideias de unidade e equilíbrio, a serem consubstanciadas na produção doutrinária e jurisprudencial. Essa dupla função do jurista, pedagógica e técnica se confirmava nas propostas da Revista.

Mas o periódico também nos permitiu aceder às questões específicas do campo do penal, que estavam em jogo na demanda por modernização do controle. Três temas que atravessaram a década condensaram as questões em jogo. O debate acerca da pena de morte mobilizou o discurso dos juristas em torno aos fundamentos, limites e justificativas do poder de punir, concretizando o debate sobre o eixo da legalidade em sua dimensão política. O debate acerca dos crimes passionais e do Tribunal do Júri atraiu para si as questões relativas às dimensões doutrinárias e jurisprudenciais da legalidade, traduzidas nas discussões acerca da submissão dos juristas e magistrados à autoridade da lei, no debate referente à justiça técnica e na inclusão do arbítrio do juiz técnico na avaliação da periculosidade.

Se, de um lado, esses temas foram atravessados pela concretização do debate acerca do eixo da legalidade em suas dimensões política, doutrinária e jurisprudencial, também foram neles em que se organizou o eixo da utilidade e da defesa social.

Caberá nos próximos capítulos indagar sobre essas especificidades do campo do penal. Organizaremos nossa exposição em dois momentos.

No primeiro momento, nos ocuparemos nos capítulos 2 e 3 da reconstrução do saber do controle penal. No Capítulo Segundo trataremos da narrativa do "debate entre Escolas" sob o projeto político de defesa social. No Capítulo Terceiro trataremos da constituição do saber dos juristas, representados nas suas campanhas contra a medicalização e contra a sociologização do direito e na centralidade da repressão como conteúdo da defesa social.

No segundo momento, já reconstituído o campo do saber penal promovido pelos juristas, nos dedicaremos a compreender a constituição

do eixo da defesa social na dupla dimensão da legalidade a partir do conteúdo dos debates temáticos. No Capítulo Quarto trataremos da dimensão política da legalidade no debate sobre a pena de morte, fundada na discussão sobre os limites e justificativas do poder de punir, definidora da relação entre liberdade e ordem. No Capítulo Quinto, a partir do debate sobre os crimes passionais e o Tribunal do Júri, abordaremos a dimensão técnica da legalidade, em sua perspectiva doutrinária e jurisprudencial.



### 3 A NARRATIVA DO “DEBATE DAS ESCOLAS”: A CONSTRUÇÃO DO PROJETO POLÍTICO-PENAL DE DEFESA SOCIAL

Ao reconstituir o modelo de saber penal moderno, Vera Andrade trata da convivência do discurso da garantia individual e da defesa social, e atribui essa possibilidade ao aparente antagonismo das escolas. Ela afirma:

Se essa convivência é possível, é porque o antagonismo escolar é mais aparente do que real; ou melhor, é porque se dissolve na ‘prática’ do controle penal, a luta ‘teórica’ entre as Escolas que, conseqüentemente, não se explica nos limites de seus elementos gnoseológicos internos.<sup>183</sup>

Nessa história italiana do saber penal um debate entre a Escola Clássica e a Escola Positiva italiana se resolveu por meio de um modelo integrado entre Criminologia e Direito Penal, modelado, esse último, a partir do tecnicismo jurídico. A existência da Escola Clássica era, nessa narrativa, atribuída a apenas uma unidade política reformista-iluminista, que não encontrava uma constituição de Escola no mesmo sentido da Escola Positiva, organizada a partir de critérios metodológicos uniformes.<sup>184</sup>

O revisionismo sobre a história do saber do controle penal no Brasil costuma se apropriar dessas referências sobre as Escolas e suas disputas para explicar a constituição de nosso saber durante as décadas de 1930 e 1940, que estaria representada na elaboração do Código Penal.

Por meio da leitura dos debates da década de 1930 questionamos esse revisionismo histórico que costuma compreender o período a partir da lupa das “Escolas”. Ao invés de utilizarem das Escolas como objeto de análise para o entendimento das disputas político-penais, tomam-nas como categorias analíticas, e assim obscurecem as próprias avaliações.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Ilusão de Segurança Jurídica**, 1997, p. 73.

<sup>184</sup> Vera Andrade sustenta que haveria entre os autores da Escola Clássica uma unidade metódica e ideológica, mas que ela não estaria organizada em torno de concepções homogêneas sobre o delito e a pena e tampouco foi resultado de uma organização entre autores, que provinham de regiões diferentes e não se conheciam. (Ibidem, p. 45).

<sup>185</sup> Marisa Correa já havia alertado para esse problema em seu texto “As ilusões da liberdade”. Ao analisar o caso da “Escola Nina Rodrigues” procura entender como se constituiu o grupo e

A literatura revisionista costuma se dividir em duas teses principais. Alguns defendem que as ideias da Escola Positiva prevaleceram durante o debate de 1930 e se consolidaram no Código de 1940. Outros sustentam que o tecnicismo-jurídico, recebido durante essa década, mitigou as teses antiliberais da Escola Positiva.<sup>186</sup>

Apesar dos esforços em constituir no Brasil uma “Escola Positiva”, como encontramos em Moniz Sodré e Viveiros de Castro (para tratarmos apenas dos juristas), não se consegue vislumbrar a consolidação de uma Escola em termos de unidade metodológica ou política. A começar porque não encontramos entre os séculos XVIII e XIX um pensamento liberal-reformista clássico<sup>187</sup>, para se contrapor à produção de um pensamento vinculado aos pressupostos da Escola Positiva.

Na década de 1930 já não se reconhecem adesões, entre os juristas, a uma Escola ou outra. Ao contrário, esse período é marcado pela disposição em produzir reformas legislativas e, para isso, fazer concessões a princípios teóricos rígidos em nome de um “ecletismo” aceito como fundamental.

quais eram seus objetivos. Não a tomou a partir da autoimagem de seus componentes, mas antes compreendeu o uso da imagem da “escola” como pretexto “para enunciar essa unidade entre médicos e juristas que se estabelecia em outras bases que não apenas a lealdade a seus princípios metodológicos ou teóricos (...)” (CORRÊA, Mariza. **As ilusões da liberdade:** a Escola Nina Rodrigues e a Antropologia no Brasil. 2ª ed. Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco 2001, p.220)

<sup>186</sup> Nos deteremos na análise das teses do revisionismo histórico sobre o saber do controle penal no Capítulo Quarto, ao tratarmos da dimensão política da legalidade e autoimagem liberal dos juristas. Por ora, apontaremos os autores que utilizam-se do filtro das Escolas na análise do debate penal e criminológico e na constituição da legislação: RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 2003; CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência.** Brasília: UnB, 1994; ZAFFARONI, Raul Eugenio, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003; DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos:** a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006; AZEVEDO, Rodrigo Guiringuelli e AZEVEDO, Tupinambé Pinto de. **Política Criminal e Legislação Penal no Brasil:** histórico e tendências contemporâneas. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord). **Política Criminal Contemporânea.** Criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>187</sup> Uma leitura sobre os limites de um liberalismo reformista penal limitado às demandas de ordem do século XIX, cf. NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal-luso-brasileiro:** obediência e submissão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/ Freitas Bastos, 2000. Em uma análise mais ampla, que aborda o medo das elites em relação às revoltas populares, Vera Malaguti também traça os limites estruturais da apropriação de um liberalismo durante o século XIX. BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro:** dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, em especial, p. 131-145.

Isso, entretanto, também não significou que os conteúdos propostos pelo saber criminológico das primeiras décadas do século XX não tivessem sido apropriados pela doutrina penal no Brasil. Eles foram, mas não sob o viés de projetos de Escola. Como se verá, o ideário criminológico já estava consolidado no Brasil durante a década de 1930.

Aquela época não encontramos um “debate entre Escolas”, de modo que possamos sustentar que a Escola Positiva tenha vencido ou sido derrotada pela Escola Clássica. Como sustentaremos adiante esse suposto debate foi resultado de uma narrativa *ad hoc* produzida pelos próprios juristas, como forma de justificar as opções político-criminais do Código de 1940, fundadas na ideia de “equilíbrio” e “conciliação”.

Durante esse período a maioria dos juristas produziu no campo penal textos vinculados ao saber criminológico, ocupados com questões relativas ao criminoso e às funções da pena. Essa adesão não se dava por meio de uma organização de Escola restrita aos autores italianos. Ao contrário, a construção desse saber era promovida por meio de uma retórica criminológica que aceitava contribuições teóricas de correntes diversas, como a psicanálise, a sociologia francesa, entre outros.

As propostas mais radicais advindas da Escola Positiva já haviam sido mitigadas no debate de 1930 pelos próprios juristas afinados com o saber criminológico, preocupados que estavam em se ocupar de propostas politicamente exequíveis. De modo que não foram as formulações tecnicistas, de fins de 1930, que modelaram e mitigaram as propostas criminológicas.<sup>188</sup>

Não havia, tampouco, durante os debates promovidos pela Revista de Direito Penal uma defesa organizada dos princípios liberais penais vinculados a uma concepção iluminista-reformista do direito penal. A generalidade dos debates se vinculava às investigações sobre criminalidade e pena. Os princípios liberais surgiam diluídos no debate penal.

### **3.1 AS TENTATIVAS DE ELABORAÇÃO DE “ESCOLAS” ANTERIORES À DÉCADA DE 1930**

No final do século XIX no Brasil alguns juristas e médicos se apropriaram dos saberes criminológicos que eram objetos de discussão na Europa. Tratou-se de uma apropriação mediada pelo contexto político

---

<sup>188</sup> E ainda, como veremos no Capítulo Terceiro, ao investigarmos a constituição do saber penal e criminológico, o tecnicismo elaborado pelos juristas possuía inflexões antiliberais que garantiam à sua proposta pouco vigor na mitigação dos conteúdos autoritários dos saberes criminológicos.

de fim da Monarquia e do escravismo e pela construção jurídica de uma ordem liberal.

Segundo Carvalho<sup>189</sup> nesse período se definiram os dispositivos legais responsáveis por garantir aos senhores o acesso à propriedade e seu *status* para a transição política, como a Lei de Terras de 1850 e a abolição da escravatura, que marcou a formação do mercado de trabalho livre.

Os juristas eram um dos responsáveis por abordar estas transformações a partir da mudança do estatuto jurídico. Schwarcz<sup>190</sup> reconhece neles um prestígio advindo de uma forte carga simbólica e política que os coloca no lugar dos responsáveis por encaminhar a construção da Nação.

Antonio Candido os apelidou de “juristas filósofos”, precursores de uma sociologia brasileira.

Coube aos juristas papel social dominante no Brasil oitocentista, dadas as tarefas fundamentais de definir um Estado moderno e interpretar as relações entre a vida econômica e a estrutura política. Foi a fase de elaboração das nossas leis, aquisição das técnicas parlamentares, definição das condutas administrativas. O jurista foi o intérprete por excelência da sociedade, que o requeria a cada passo e sobre a qual estendeu o seu prestígio e maneira de ver as coisas.<sup>191</sup>

O desafio político-jurídico daquele momento era a necessidade de conciliação, de um lado, da proposta de uma ordem de igualdade dentro das estruturas republicanas, e de outro, da garantia e justificação da desigualdade trazida do contexto político-social monárquico e escravocrata.

Para essa tarefa o saber da Criminologia Positiva foi importante no processo de apropriação e elaboração de um pensamento jurídico e criminológico no Brasil.<sup>192</sup> O pensamento da Escola Positiva italiana

<sup>189</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Cia das Letras, 1987, p.43

<sup>190</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

<sup>191</sup> CANDIDO, Antonio. *A Sociologia no Brasil*. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**. v 18, n. 1. São Paulo: Editora da USP, 2006, p. 272.

<sup>192</sup> No continente europeu, como já afirmamos na Introdução, ao tratarmos do modelo de saber penal moderno, o debate proposto pela Escola Positiva italiana, em meados do século XIX, foi

serviu como forma de propor a conciliação entre a proposta igualitária republicana e a manutenção das estruturas de desigualdade sociais.

Uma das justificativas encontradas para tal antinomia foi a utilização de argumentos científicos de bases biologicistas predominantes na época, como aqueles apresentados pelo darwinismo social, que fundamentavam uma noção natural de desigualdade. Ou seja, a ordem política não instituiria nenhuma desigualdade política, apenas reconheceria as desigualdades existentes aprioristicamente.

Essa *solução* tomada a partir de critérios *científicos* sugere um desafio no campo jurídico: construir um sistema no qual se definam critérios para se “tratar desigualmente os desiguais” (ALVAREZ, 2003, p. 219-239), consolidando no plano jurídico a hierarquização da cidadania.<sup>193</sup>

A apropriação do debate italiano não aconteceu como forma de uma simples transferência de conhecimento. Sua mediação com o contexto político e cultural brasileiro exigiu que se desse atenção a aspectos que não eram relevantes no contexto europeu.

Por exemplo, a miscigenação conduzia o debate biologicista a tergiversações culturais para que a *viabilidade nacional* fosse possível. Sylvio Romero foi um jurista que apostou no tipo próprio brasileiro a fim de que o *tipo híbrido*, diverso do europeu, pudesse encontrar uma perspectiva de futuro em uma nova sociedade política que se anunciava.<sup>194</sup>

Tobias Barreto, por sua vez, foi um dos primeiros juristas a discutir os temas apresentados pela antropologia lombrosiana. No debate

influenciado por teorias evolucionistas e deterministas biológicas, como parte de um contexto de emergência de um Estado de caráter intervencionista política e socialmente, como reação a um modelo clássico de combate do delito. Lombroso, Ferri e Garofalo foram seus principais representantes. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997; BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juárez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999; PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. 7 ed. Trad. Ignacio Muñagorri. México: Siglo Veintiuno, 1999.)

<sup>193</sup> BARBOSA, Mario Davi, PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **Homens de ciência e a desigualdade como desafio**: a apropriação da criminologia em Tobias Barreto. Inédito.

<sup>194</sup> ROMERO, Sylvio. **O Brasil Social e outros Estudos Sociológicos**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

filosófico sobre os fundamentos do direito de punir, fez críticas à “*theoria romântica do crime-doença*”, preocupado em se transformar, através dela, a justiça penal em um reduto médico; acusou o pensamento criminológico italiano em não se desfazer das armadilhas metafísicas, as quais pretendia superar através de um *status* científico.<sup>195</sup>

No debate dogmático sobre o instituto da imputabilidade mostrava-se bem menos refratário às propostas criminológicas, aderindo à necessidade de tratamento diferenciado para pessoas que apresentassem uma desigualdade biológico-constitutiva. Mas não abandonou de todo o tom crítico, dirigido especialmente à Lombroso e aos seus “exageros” apresentados em sua tese “*L'uomo delinquente*”.<sup>196</sup>

Não havia em sua discussão uma proposta de vulgarização e construção de uma Escola do pensamento criminológico no Brasil, como o foi na Itália. Mas existia a disposição em discutir os institutos que viriam a ser elaborados para o novo Código de 1890.

A Codificação do início da República teve, entretanto, pouca influência das propostas da criminologia italiana, mantendo os institutos penais vinculados à perspectiva do classicismo penal. Mas desde o início de sua vigência o Código foi alvo constante de críticas por parte de juristas e médicos que aderiam total ou parcialmente às propostas da Escola Positiva.<sup>197</sup>

Logo após a elaboração do Código Criminal de 1890, as críticas fundadas nos pressupostos da Escola Positiva circulavam entre juristas e médicos. Dentre eles, em 1894, Aureliano Leal, que veio a se tornar chefe da polícia no Rio de Janeiro durante as greves de 1917, desenvolveu sua crítica legislativa, e Paulo Egydio o fez no estado de São Paulo, onde se tornaria um dos responsáveis pelas propostas de reformulação do sistema penitenciário do estado.<sup>198</sup>

<sup>195</sup> BARRETO, Tobias. **Fundamento do direito de punir**. In Estudos de Direito. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

<sup>196</sup> BARRETO, Tobias. **Menores e loucos em direito criminal**. Campinas. Romana, 2003.

<sup>197</sup> De acordo com a tese de Alvarez, Salla e Souza, apesar das críticas constantes ao Código, durante toda a Primeira República ele não foi alterado e não recepcionou os institutos provenientes da Criminologia Positiva. Seu canal de implementação não foi a legislação penal codificada, mas as políticas públicas vinculadas à segurança, e as instituições como a polícia, as prisões e os manicômios. (ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A Sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v.3, n.6, 2003).

<sup>198</sup> ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A Sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v.3, n.6, 2003.

Interessa-nos, nesse período, conhecer as tentativas que surgiram em organizar a fundação de uma Escola no modelo da Escola Positiva italiana.

Evaristo de Moraes, em texto publicado em 1939, na Revista Forense, propôs-se a fazer uma espécie de inventário dos autores brasileiros que aderiram às ideias da Escola Positiva. Em sua investigação associou a Escola especialmente às teses de Lombroso, e atribuiu a João Vieira Araújo um dos papéis pioneiros na adesão às ideias lombrosianas<sup>199</sup>, por meio de publicação de artigos e reconhecimento no exterior de suas tentativas de formação de Escola.<sup>200</sup>

Como veremos adiante, esse esforço de Evaristo em encontrar e inventariar os adeptos e “simpatisantes” da Escola Positiva no Brasil, esteve associado um reagrupamento de autores em torno das noções de Escola como forma de constituir uma narrativa para a história do saber do controle penal.

Roberto Lyra também publicou, em 1936, um texto intitulado “as Novas Escolas Penaes”, no qual realizou um pequeno ensaio sobre o pensamento brasileiro, com o título “Uma Escola Brasileira?”. Esse ensaio deu origem posteriormente a um artigo publicado em 1940, revisado e com muitos acréscimos, no qual ele *respondia* à pergunta anterior dando o nome ao texto de “A Escola Penal Brasileira”<sup>201</sup>. Se em 1936 a organização de autores em torno a uma ideia de Escola surgia como uma pergunta, em 1940, Lyra apresentava uma relação de juristas ao qual agregava uma unidade de Escola, ainda que admitidamente variada.

Contextualizados os textos de E. Moraes e Roberto Lyra nos debates e interesses da época, escolhemos dois textos significativos na

---

<sup>199</sup> Evaristo de Moraes se refere também a um autor esquecido, João Marcolino Fragoso, e ao promotor público, Ciro de Azevedo.

<sup>200</sup> O texto mais associado a João Vieira de Araújo foi sua publicação “Comentário Filosófico-científico ao Código Criminal”, de 1889. (MORAES, Evaristo de. Primeiros Adeptos e Simpatizantes, no Brasil, da chamada “Escola Penal Positiva”. **Revista Forense**, set. 1939, p. 147). Evaristo de Moraes realizou esse inventário movido pelo interesse de trazer à tona nomes não muito reconhecidos que foram responsáveis pela divulgação das idéias da Escola no Brasil. Tal interesse decorreu, em suas palavras, do preparo de uma palestra sobre Tobias Barreto e suas críticas à Lombroso. Essa palestra foi publicada na Revista de Direito Penal, e segundo nossa tese, tem relação com o momento de vincular a fundação da idéia de Direito como Ciência à Tobias Barreto, visto que aquele era o momento, em fins da década de 1930 em que se intensificaram os debates em torno da cientificização do Direito, liderados pelas concepções do tecnicismo jurídico-penal. Roberto Lyra também associará em seus textos a Tobias Barreto a fundação científica do pensamento penal no Brasil, e em seu esforço de pensar uma “Escola Brasileira”, anunciará Tobias Barreto como “o chefe da Escola Crítica Brasileira”. (LYRA, Roberto. **Novas Escolas Penaes**. Rio de Janeiro: Canton e Reile, 1936, p. 77).

<sup>201</sup> LYRA, Roberto. Escola Penal Brasileira. **Revista Forense**, julho, 1940.

tentativa de consolidação de Escola no Brasil. A eleição destes textos se fundou na perspectiva que tiveram em apresentar uma espécie de popularização das ideias que chamaram de “Nova Escola Penal” e no objetivo de oferecer uma espécie de manual de acesso aos estudantes de então.

Os textos publicados em 1894 e 1907 foram exemplares na proposta de organização e vulgarização de uma *cartilha* de princípios apresentados a partir de um ideário de propagação e contrário a toda ordem de ecletismo. São os livros “A nova escola penal” de Viveiros de Castro, de 1894 e “As tres escolas penaes” de Moniz Sodré, de 1907.

Em 1894 foi publicada no Brasil a primeira obra dedicada a divulgar as ideias da “Nova Escola Penal”, posteriormente reeditada em 1913. Por Nova Escola Penal Viveiros de Castro compreendia as ideias dos italianos da Escola Positiva, Lombroso, Ferri e Garofalo e também a sociologia francesa de Gabriel Tarde e Lacassagne. Na Itália, reunia autores que não aderiam abertamente aos princípios da Escola Positiva, como era o caso de Turatti.

Castro apresentou sua obra a partir da reverência à Tobias Barreto, seu professor da Escola de Recife. Ele reforçava o mito que se construía desde aquela época de Tobias como o fundador de uma perspectiva científica do Direito. E dava seguimento a essa *linhagem de juristas* com a apresentação de uma abordagem *científica* sobre o Direito Penal vinculada à Sociologia Criminal de fim do século XIX desenvolvida especialmente em Itália e França. Apesar de ele se apresentar como continuidade à crítica de Tobias Barreto ao Direito metafísico, esse último em verdade não partilhava das ideias da antropologia criminal lombrosiana, o que confirmava o uso de Barreto como mito fundador do direito como ciência, do qual proviria uma *linhagem de juristas cientistas*.

O teor da obra de Viveiros de Castro era logo advertido na apresentação: uma divulgação, simplificação, propaganda de um ideário, muito menos *científica* do que o tom de suas críticas poderia fazer supor. Castro não hesitava em declarar: “Este livro é uma vulgarização das ideias e dos principios da nova escola penal, obra de propaganda e de combate.”<sup>202</sup>

---

<sup>202</sup> CASTRO, Viveiros de. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Livraria Domingos de Magalhães, 1894. Evaristo de Moraes, em texto acima referenciado, faz inclusive críticas ao texto de Viveiros de Castro, por conter os artigos feitos de modo “ligeiro” para publicação na imprensa. (MORAES, Evaristo de. Primeiros Adeptos e Simpatizantes, no Brasil, da chamada “Escola Penal Positiva”. **Revista Forense**, set. 1939, p. 148).

Seu sentido de ciência só era construído em oposição à geração de juristas que reunia as seguintes características:

Educada na philosophia ecclética de Cousin, no romantismo litterario de Victor Hugo, está corroída até a medula pela rhetorica, pelo gosto do palavriado inane, balofo, frívolo. A sciencia moderna positiva, exacta, fria, irrita-lhe os nervos.<sup>203</sup>

Referindo-se à “mocidade”, fazia alusão à sua perspectiva científica do Direito

Anima e alenta seu espirito o methodo da observação, a investigação conscienciosa dos factos, sem hypotheses metaphysicas, sem syntheses precipitadas. Ávida de luz, procurando soffregamente a verdade, alistou-se no batalhão daquelles que nas sciencias physicas dão a explicação mechanica do universo e no mundo moral constituíram pelo methodo da filiação histórica a sociologia como sciencia.<sup>204</sup>

Contrários a esse modelo de ciência estavam os juristas de então, assim descritos:

Os juristas, a grande classe superficial e pedantesca, rhetoricae frívola, dos bacharéis em direito, receiam que a nova escola penal acabe com o direito criminal, reduzindo-o a um domínio da medicina, a um ramo das sciencias naturaes. É rebaixar a sciencia, gritam elles, que foi a honra de Beccaria e é hoje a gloria de Carrara. Mas o que é hoje o direito criminal, como o ensinam os professores nas nossas academias e o applicam os magistrados nos nossos tribunaes, senão uma sciencia parva e ridicula, que deve ser varrida da intellingencia como um lixo imprestável ?

Contra o Direito compreendido como “bom senso, boa razão e equidade”, erigia-se o Direito resultado da ciência moderna

---

<sup>203</sup> CASTRO, Viveiros de. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro : Livraria Domingos de Magalhães, 1894, p.11-12.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 13.

experimental. Contra o bacharel em direito reprodutor de uma “retórica frívola”, um corpo técnico capaz de avaliar cientificamente o melhor tratamento ao criminoso, quer seja ele médico ou formado por novos juristas.

Questionava os modos de punição considerados “gastos e desmoralizados”, vulgarizando as críticas às prisões e apresentando em consequência a necessidade de individualizar a resposta penal a cada delinquente a partir do fundamento da defesa social.

O homem honesto, que vive do seu trabalho, não se preocupa de discussões meta-physicas, inúteis e palavrosas. O que elle deseja é que o Estado lhe garanta a vida e a propriedade, sequestrando e eliminando os indivíduos perigosos. Os actuaes meios de repressão estão gastos e desmoralizados.<sup>205</sup>

À “dinamica physica repressiva” propunha a substituição de uma “dynamica moral preventiva”, para a qual faz referência aos substitutivos penais propostos por Ferri, compreendendo a reforma da ordem econômica, política, científica, legislativa, administrativa, religiosa, familiar e educativa.<sup>206</sup>

Reproduzia de modo simplificado a oposição entre uma Escola Clássica nos moldes inventados pela Escola Positiva italiana, responsável pelo aumento da criminalidade, e as propostas da Nova Escola, compreendidas as escolas italianas e francesas, principalmente.

Vejamos :

Ora, se os dois fundamentos em que a escola clássica repousa o conceito do crime são falsos, se a justiça não é um principio eterno e imutavel, mas um producto da evolução mental do homem, variando, segundo o nivel ethico das civilizações, se a conducta humana não tem este illimitado livre arbítrio, mas obedece á determinação do motivo mais forte, convém procura rem outras bases o fundamento do direito de punir.

---

<sup>205</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 78.

A nova escola penal encarou resolutamente o problema e deu-lhe pelo órgão de Garfalo a solução verdadeira.<sup>207</sup>

Iniciou também a campanha, que se seguirá nas próximas décadas, contra o Tribunal do Júri, tributário de todas as concepções *ultrapassadas* de Direito, vinculadas à justiça *leiga e sentimentalista*.

Hoje, nos paizes de raça latina, em França, na Hespanha, na Itália, o jury é combativo como uma das causas mais poderosas do augmento da criminalidade, como tribunal anachronico, reminiscência atávica do direito feudal, dominado de uma sentimentalidade mórbida e decidindo inconscientemente as mais graves questões, que exigem profundos estudos de legislação, de psiquiatria, de physio-psycobiologia, de moral. Augmenta todos os dias o numero dos que o atacam e, quando uma instituição tem como adversários homens de alto valor científico de um Tarde e de um Garfalo, é licito duvidar da prosperidade de seu futuro, das vantagens que justificam sua conservação.<sup>208</sup>

Tratando de um discurso reproduzido dos autores da “nova escola penal” referente à benevolência do Júri em relação aos criminosos passionais, Castro afirmava sem hesitações (e sem comprovações):

O que porém tudo domina como nota característica é a piedade mal entendida, a perversão deste nobre sentimento. As sympathias do jury não são pelos que morrem, são pelos que matam. E torna-se assim, sem o querer, uma causa poderosa do augmento da criminalidade, porque os crimes crescem á medida que enfraquece a repressão em puni-los.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 239. Na revisão bibliográfica dos autores da “nova escola penal” referente às críticas ao Júri, Viveiros de Castro começou citando um autor francês, Loubet, que fazia uma crítica alusiva à “moleza” do Tribunal, especialmente nos casos dos conhecidos “crimes passionais” (CASTRO, Viveiros de. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro : Livraria Domingos

É importante ressaltar que o que Viveiros de Castro propunha como “Nova Escola Penal” não era, do ponto de vista teórico, a filiação integral às teses da Escola Positiva Italiana. Castro tentou fundar no Brasil o ideário de uma Escola que abrangia posicionamentos menos estritos, vez que agregava autores que guardavam distâncias teóricas dos criminólogos positivistas italianos. Embora todos apresentassem como semelhança a tentativa de abordar *cientificamente* o estudo da criminalidade a partir das ciências experimentais e sociológicas. A que denominaremos, de modo genérico, os *saberes criminológicos*, fundados naquilo que a Criminologia Crítica chamam de *paradigma etiológico*.

A outra obra em que podemos reconhecer também esse esforço em constituir “Escola” no Brasil foi publicada pela primeira vez em 1907 por Moniz Sodré de Aragão. O livro foi reeditado ao menos quatro vezes, nos anos de 1917, 1928, 1938, 1955, 1958 e tinha o objetivo de se tornar um Manual sobre as Escolas Penais para estudantes e criminalistas.

Roberto Lyra, na primeira versão do texto, publicado em 1936, em que pretendia inventariar uma “escola penal brasileira”, referiu-se a essa obra como “o nosso melhor trabalho de vulgarização”, no qual “o autor se revela positivista aparelhado de cabedal jamais acumulado por qualquer outro no Brasil”.<sup>210</sup>

Manual que, entretanto, fazia um comparativo entre três escolas, mas defendia explicitamente os “princípios científicos” de uma delas, a que denominou Escola Antropológica e que era representada por Lombroso, Ferri e Garofalo. O que se convencionou chamar Escola Clássica, o autor denominava como Escola Tradicionalista, e uma terceira escola, representada por Liszt, a que denominou Escola Crítica.

O objetivo explícito do autor era apresentar os “princípios básicos” de cada Escola, sem se deter em autores ou obras específicas. A partir de quatro questões formuladas, relativas ao conceito de crime, de criminoso, da pena e o fundamento da responsabilidade pena, Moniz Sodré apresentou, capítulo a capítulo o conjunto de ideias que reforçavam um sentido de Escola.

A “escola tradicionalista” era representada a partir do discurso promovido pela Escola Positiva em seu embate político na Itália.

---

de Magalhães, 1894, p. 219). Esse debate e esse argumento será reproduzido no Brasil e se intensificará durante a década de 1930, como veremos no Capítulo 6 referente ao debate dos passionais e do Tribunal do Júri.

<sup>210</sup> LYRA, Roberto. **Novas Escolas Penais**. Rio de Janeiro : Canton e Reile, 1936, p. 78.

Os classicos, pois, architectavam theorias no ar, brilhantes por vezes, porém falsas e mentirosas como as dôces miragens do Saharah.

A escola anthropologica, ao contrario, baseia-se no methodo positivo. A observação rigorosa e exacta dos factos é a fonte unica e o fundamento racional das suas conclusões inductivas.<sup>211</sup>

A terceira escola era representada especialmente por Franz Liszt, além de enumerar nessa escola Lacassagne e Tarde. Essa era uma Escola compreendida como eclética, em seu esforço de conciliar a responsabilidade moral e social das duas escolas anteriores. E esse *eclétismo* é criticado pelo autor que, em seu objetivo de apresentar princípios *científicos* que oferecessem base à ciência penal, repudiava qualquer transação que sacrificasse os critérios da ciência.

A escola critica é insustentavel e illogica ; filha da timidez mental, ella foi um fructo pecco do espirito de transacção e, como todos os productos hybridos, é esteril no seu eclétismo, além de extravagante no seu programma infecundo de impossiveis e absurdas conciliações.<sup>212</sup>

Em 1899 já havia sido traduzida no Brasil uma das obras de Liszt, “Tratado de Direito Penal Allemão”, de forma que podemos suspeitar que o debate sobre as fronteiras das disciplinas de direito penal, sociologia criminal, política criminal já era acessível aos juristas. Entretanto, ele parece ter sido ignorado por um longo período. Como veremos, mesmo na doutrina da década de 1930, quando já não se observava um debate propriamente de Escolas, quando o *eclétismo* já não representava um óbice às reformas políticas e à *cientificidade* do Direito Penal, a discussão sobre a autonomia do direito penal, sobre suas fronteiras disciplinares só se acentuou em fins desta década.

Não era estranho, pois, no início do século XX, à literatura a que tinham acesso os juristas no Brasil, o argumento da independência da ciência jurídico-penal produzida por meio de um método técnico-jurídico. E Moniz Sodré, em seu Manual, revelava essa apropriação,

---

<sup>211</sup> ARAGAO, Antonio Moniz Sodré de. **As tres escolas pnaes**: classica, anthropologica e critica. 2 ed. Rio de Janeiro : Ribeiro Gouveia, 1917, p.18.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 314.

referindo-se ao método técnico-jurídico proposto por Liszt, na construção da ciência do direito que deveria

tratar como methodo technico juridico, baseando-se na legislação, os crimes e as penas como generalisações ideaes, desenvolver, elevando-se até aos princípios fundamentaes e ás idéas ultimas, as disposições da lei de modo a formar um systema completo.

Naquele momento, entretanto, esse debate entre o direito penal como objeto de uma ciência autônoma (proposta de Liszt) ou como sociologia do direito (proposta de Ferri) foi compreendido pelo autor como uma “méra questão de palavras”. Ele *resolveu* o conflito esforçando-se em não reconhecer entre as duas propostas uma diferença ontológica. Em uma acrobacia retórica concluía em favor das propostas da “escola anthropologica”.

Considere-se o direito penal uma sciencia independente e autonoma, tendo por auxiliares as outras ciencias criminologicas, ou considere-se apenas uma das partes da sociologia ciminal, e o resultado será o mesmo desde que se reconheça ser indispensavel ao criminalista moderno, além do conhecimento dos principios doutrinarios que regem o crime como phenomeno juridico, o estudo aprofundado e minucioso da pessoa viva do delinquente, das causas multiplas e complexas que determinam e produzem a criminalidade, bem como dos meios mais efficazes de prevenil-a e reprimil-a em beneficio da conservação social.<sup>213</sup>

Segundo Alvarez, Salla e Souza (2003) o modo de implementação dos “princípios” da escola, aqui denominada por Moniz Sodré como “escola anthropologica” não se deu por meio da legislação penal, mas sim através das políticas de segurança e das instituições manicomiais e prisionais. Essa perspectiva não passou despercebida pelo Manual de Sodré que via na “criação de Instituições” um canal de realização das ideias da Escola.

Podemos observar nesses dois textos a proposição de temas que foram desenvolvidos nos debates dos anos 1930 e que encontraram um

---

<sup>213</sup> Ibidem, p. 312.

importante ponto de condensação nas reformas penais de então : a crítica à Justiça leiga (Tribunal do Júri) e a defesa de um corpo técnico para atuar na Justiça Penal; a defesa de uma cientificização do direito penal (que no fim da década de 1930 se fez na concorrência entre a ciência da criminologia e a ciência do tecnicismo jurídico) ; o “ perigo da medicinização do Direito ”<sup>214</sup>; a finalidade do controle penal voltada para o tratamento do delinquente. O que nos permite perceber que foi a pauta definida pelo saber criminológico que vigorou e definiu o debate penal até a reforma de 1930.

Não pretendemos encontrar uma simples linha evolutiva de continuidade. Os contextos nos quais se produziram os sentidos desses documentos não nos permitem transportar os debates ao longo das décadas sem incorrerem em uma forçosa interpretação histórica. O que nos preocupa aqui acentuar é a perspectiva presente nesses documentos em dar corpo doutrinário a uma proposta de Escola, reunindo e uniformizando princípios, rejeitando manifestações de ecletismos e buscando um denominador comum para autores diversos.

### 3.2 A DILUIÇÃO DO "DEBATE ENTRE ESCOLAS" E A NARRATIVA AD HOC DAS "ESCOLAS"

Em 1935 afirmava Lyra:

A razão está com Prudhomme, que nega a possibilidade de escolas diversas e acrescenta que, falar de escolas diversas no Direito Penal é tão absurdo como dizer que existem duas Arithmeticas e duas Logicas.

No Brasil, já se acham vulgarizadas as chamadas escolas até o pragmatismo de Saldaña.<sup>215</sup>

**1933-1937. A ausência da polarização do debate.** Os debates apresentados na Revista de Direito Penal durante os anos de 1933 a 1940, compreendidas em conjunto com as publicações monográficas do

---

<sup>214</sup> A disputa do campo do direito penal entre médicos e juristas se resolveu ao longo da década de 1930. O termo “medicinização do Direito” foi usada diversas vezes por Roberto Lyra, em defesa da competência profissional dos juristas para operar o direito penal. Trataremos desse tema no Capítulo 4.

<sup>215</sup> LYRA, Roberto. **O ensino do direito penal e a Doutrina Contemporanea**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1934, p.29.

mesmo período, revelam uma tecitura bastante diferente de um debate entre Escolas Penais conforme observamos no início do século XX.

Encontramos, entre 1933 e 1937, na doutrina rotineira do direito penal entre os juristas, o agrupamento de vulgatas de pensamentos penais e criminológicos, utilizados retoricamente como recurso para influenciar as reformas penais. Podemos reconhecer proximidades, principalmente com os saberes criminológicos (pensamentos da sociologia criminal italiana e francesa, do socialismo penal, da psicanálise), mas também referências ao tecnicismo jurídico-penal alemão e italiano. Eles estavam diluídos nos debates relativos às reformas da justiça penal, diferentemente da história do pensamento penal italiano em que se reconhece a constituição de “escolas” como recurso para disputar concepções de direito e justiça penal.<sup>216</sup>

A maior parte dos textos publicados nos primeiros volumes da Revista tratavam das teorias penais e criminológicas a partir de debates vinculados às discussões sobre as instituições penais, de modo que a produção dos saberes se vinculava diretamente à sua aplicação institucional no contexto da reforma da Justiça Penal, seja em relação ao Tribunal do Júri, à Codificação Penal, ao tratamento legal dado ao crime político.

De outra parte, juristas que costumavam oferecer um aprofundamento maior às discussões teóricas, como Roberto Lyra e Nelson Hungria, tampouco propunham a aliança a uma “escola” específica. Na maioria dos debates, apresentavam-se bastante dispostos a defender ideias teoricamente *contraditórias*. Os autores, orientados por um modelo de *modernização* da legislação e das instituições penais, poucas vezes demonstraram estar abraçados a concepções absolutas de uma Escola criminológica ou penal.

Eram *tecnicistas-jurídicos* que acreditavam na periculosidade, “como critério de orientação racional”, nas palavras de Hungria. Eram *positivistas* que relativizavam as propostas mais radicais que afrontavam a noção formal de legalidade.<sup>217</sup>

---

<sup>216</sup> Para uma leitura que historiciza e matiza esse debate italiano ver SBRICCOLI, Mario. **Caratteri Originari e Tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)**. In: **Storia del diritto penale e della giustizia**. Tomo I. Milano : Giuffrè, 2009.

<sup>217</sup> Se nos referimos aqui aos “tecnicistas” e “positivistas” é porque os “classicistas” (entendidos como aqueles que aderiam ao debate a partir dos ideais iluministas reformista) não encontravam-se sequer diluídos nos debates de então.

Nelson Hungria, penalista referenciado pela cultura jurídico-penal brasileira como um *liberal-conservador*<sup>218</sup> defensor do tecnicismo jurídico, não opunha, nos textos do período de 1933-1937 da Revista, óbice absoluto em torno ao critério da periculosidade. Em texto publicado em 1933 sustentava abertamente uma proposta da Escola Positiva ao sugerir a aplicação de medida de segurança para os casos de “delicto putativo de erro de fato” fundada no critério da periculosidade do agente, de acordo com o direito penal de “Mussolini”<sup>219</sup>, e na Conferência Brasileira de Criminologia, em 1936, apoiava a classificação dos delinquentes como critério orientador do direito penal.<sup>220</sup>

Roberto Lyra, criminólogo referenciado pela cultura jurídico-penal brasileira como divulgador das ideias da Escola Positiva, não admitia, por exemplo, que se aplicasse pelo Tribunal do Júri uma dirimente fundada na maior ou menor periculosidade do réu, que não estivesse prevista formalmente na lei penal, reproduzindo assim um discurso eminentemente tecnicista.<sup>221</sup> Sua adesão a um *positivismo* criminológico era fundada na ideia de que a justaposição de propostas diferenciadas era, na verdade, um aperfeiçoamento das teses da Escola Positiva. Segundo a leitura de Lyra, todas as concepções que estavam em voga eram fruto daquela Escola, inclusive o dualismo dos Códigos era positivista. O inicial método indutivo da Escola, inclusive, para o autor abria espaço para o dedutivismo na concepção da técnica jurídica. Era pois, um positivista que, para manter sua adesão, abria-se para teorias e métodos diversos.<sup>222</sup>

A crítica de Lyra ao ecletismo era revelador, paradoxalmente, da inexistência na doutrina brasileira de uma polarização de grupos de juristas organizados em Escolas. Para ele, “uma revoada de ecleticos ambiciosos cobriu o campo do Direito Penal”. Referia-se ao debate

---

<sup>218</sup> Trataremos um pouco mais sobre o posicionamento político-penal de Hungria no Capítulo 4 e 5.

<sup>219</sup> HUNGRIA, Nelson. O delicto putativo. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p. 100.

<sup>220</sup> Oitava Sessão Ordinária. Primeira Conferência Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**. Vol. XV, Rio de Janeiro, out-dez, 1936.

<sup>221</sup> LYRA, Roberto. O amor no Banco dos Reus. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, maio 1933.

<sup>222</sup> LYRA, Roberto. **Novas escolas pnaes**. Rio de Janeiro: Canton e Reile, 1936. A postura teórica de Lyra merece ainda uma investigação cuidadosa para revelar a sua extensa cultura jurídica e criminológica sob a perspectiva das disputas relativas às concepções de ordem e liberdade. Sua simpatia pelo socialismo penal de Turatti pode render ainda um estudo sobre as críticas não eficientistas ao controle penal em Roberto Lyra.

italiano e à emergência de “escolas ecléticas” e explicava essa “praga” a partir do contexto do debate na Itália

Ali, o iniciado nas actividades criminaes, os candidatos á advocacia, á magistratura e, sobretudo, ao professorado, eram obrigados a definir-se. De outra foram, soffreriam o silencio e a indiferença ou ficavam entre dois fôgos. (...) Assim, na Italia, os pretendentes a um papel nas letras penaes, por astucia ou commodismo, tomavam posição equidistante das potencias em pugna e, para fugir ao fogo, de um lado ou de outro, viviam a correr entre as duas trincheiras, conforme os incidentes de cada jornada.<sup>223</sup>

Assim, na Itália, onde o debate se polarizava em Escolas surgiam, por questões política e de conveniência, os autointitulados ecléticos. Do que depreendemos que, no Brasil, por inexistir tal polarização, o ecletismo não precisava ser utilizado como recurso político. Não é à toa que ele dizia-se *positivista*, mesmo que para tanto precisasse incluir nesse rol “escolar” entendimentos variados.

Nenhum desses autores do “topo” orientou, nesse período, um debate a partir de uma polarização entre Escolas, embora não possamos obscurecer totalmente suas diferenças e preferências. A cultura penal brasileira em 1930 não estava, pois, orientada por um “debate entre escolas”. Elas se encontravam diluídas no debate, nos textos doutrinários, e nos debates dos demais juristas que com suas teses menos elaboradas teoricamente sequer podiam anunciar uma adesão à Escola, utilizando-se, no mais das vezes, da reunião de argumentos e justificativas de correntes diversas.

Entretanto, afirmar que o debate dos juristas não esteve organizado em torno de agrupamentos em defesa de ideais de Escola, não significa que todas as propostas reformistas jogassem com um mesmo peso nos debates da Revista e nos registros monográficos. É de se reconhecer que os princípios liberais classicistas encontravam-se dispersos nos debates temáticos, sem figurarem-se como critérios estruturadores do corpo doutrinário. De outro lado, os fundamentos predominantes da doutrina estavam muito próximos do saber criminológico e das propostas de controle penal vinculados à defesa da sociedade/coletividade em relação à perigosidade dos criminosos. O

---

<sup>223</sup> LYRA, Roberto. **Novas escolas penaes**. Rio de Janeiro: Canton e Reile, 1936, p.63.

tecnicismo-jurídico, por sua vez, só veio a se afirmar em fins de 1930 quando os principais fundamentos criminológicos já haviam se tornado pontos pacíficos e inquestionáveis.

**1938-1940. A narrativa póstuma das organizações dos juristas em Escolas.** A partir de 1938 um corpo teórico-doutrinário começava a ser enunciado de modo aparentemente mais fechado em termos metodológicos. Nelson Hungria se ocupou em elaborar teoricamente a proposta de um tecnicismo-jurídico<sup>224</sup>, enquanto Costa e Silva realizou suas análises sobre o anteprojeto de Alcântara Machado a partir de uma afinidade com o método tecnicista.<sup>225</sup>

E é justamente a partir desse período de formulação do Código Penal que a retórica das escolas começa a se reagrupar. Evaristo de Moraes, por exemplo, publicou seu texto, já citado anteriormente, “Primeiros adeptos e simpatisantes, no Brasil, da chamada “Escola Penal Positiva”, no qual procurou enumerar os autores que foram responsáveis pela adesão e vulgarização das ideias daquela Escola.<sup>226</sup>

Mas foi principalmente após a promulgação do Código que o debate doutrinário começou a arrumar-se em divisões mais definidas. Ao menos retoricamente mais definidas.

A retórica das escolas ressurgiu após a promulgação do Código, como um argumento *ad hoc*, para justificar o clima **conciliatório** do documento legal. Era repetido incansavelmente o trecho da Exposição de Motivos no qual Francisco Campos referia-se à conciliação legal entre a Escola Clássica e a Escola Positiva, muito embora no debate doutrinário não possamos identificar juristas que aderissem a uma suposta Escola Clássica na década de 1930.

Todos os textos que comentaram a estrutura do Código, publicados na Revista em 1941, reproduziram o discurso de Francisco

---

<sup>224</sup> HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico. **Revista de Direito Penal**, 1938. Em seu texto de **inauguração** da abordagem explícita do tecnicismo, Hungria ressaltava que “**não possui pretensão de apresentar-se como Escola**”. Se tomarmos, entretanto, tal declaração como uma tentativa de apresentar-se como a superação aos modelos de ciência apresentados anteriormente, especialmente pela **escola positiva**, podemos compreender que também o tecnicismo de Hungria, com sua proposta metodológica, disputava um espaço na retórica das escolas.

<sup>225</sup> Costa e Silva já havia publicado seu livro em 1930, no qual apresentava um nível técnico-dogmático apurado em suas análises, embora não tenha ali desenvolvido um texto de elaboração teórica sobre a dogmática penal. COSTA E SILVA, Antonio J. da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

<sup>226</sup> MORAES, Evaristo de. Primeiros Adeptos e Simpatisantes, no Brasil, da chamada “Escola Penal Positiva”. **Revista Forense**, set. 1939, p. 147.

Campos, como forma de justificar o progresso do documento. E assim tornavam-se propagandistas do Código e da política Estado-novista.<sup>227</sup>

Alguns juristas começaram a compreender-se **dentro** de uma Escola específica, como não costumavam fazer até então. Astolpho Rezende, ao comentar o Código recém promulgado, diz-se “sectário” da Escola Positiva. E apresentou uma narrativa sobre o pensamento penal e criminológico que deu ao passado um movimento linear construído a partir de uma disputa entre Escolas.

Iniciou a narrativa a partir da Escola Clássica, representada por Carrara, que teria seus méritos porque

toda sua obra foi um esforço de reação contra o regimen tenebroso da Idade Media. Equiparado ao animal, tratado com mais crueldade que este, o homem era apenas um ser físico, uma força de que a classe dominante se servia como instrumento de poder.

Afirmou que o Brasil foi dominado até então por essas ideias da Escola.

Como já ficou dito no começo destes Comentários, o Brasil tem vivido, até agora, sob o domínio das ideias e dos princípios da escola metafísica, geralmente conhecida pelo nome de Escola Clássica, representada principalmente pelo famoso CARRARA, que foi o seu verdadeiro fundador (...).<sup>228</sup>

E que, no entanto,

começaram, porém, ha pouco mas de 50 anos as críticas a essa escola, principalmente depois dos estudos de LOMBROSO, que deram oportunidade á criação da Antropologia Criminal. Essas críticas culminaram na obra de ENRICO FERRI, a

---

<sup>227</sup> Cf. REZENDE, Astolpho. Parte Geral: título III, art. 22 a 24. **Revista de Direito Penal**, vol. XXXIII, fasc.II-III, maio a dezembro, 1941, p.193-233 ; LYRA, Roberto. Segundo Congresso Latino-americano de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, vol.XXXIII, fasc. II-III, maio-dezembro de 1941, p. 110 ; SIQUEIRA, Galdino. Código Penal Comentado. **Revista de Direito Penal**, vol. XXXIII, fasc.I, 1941, p. 20.

<sup>228</sup> REZENDE, Astolpho. Parte Geral : título III, art. 22 a 24. **Revista de Direito Penal**, vol. XXXIII, fasc.II-III, maio a dezembro, 1941, p.223.

*Sociologia Criminal*, ou Escola Positiva Italiana.”<sup>229</sup>

A sequência narrativa, que culmina na produção do Código como o resultado conciliador das ideias, é exemplar ao reconstruir a história do pensamento penal e criminológico no Brasil como uma sucessão de Escolas que agruparam os juristas em torno de disputas de espaços de poder na reforma penal e que, ao fim, garantiram, ambas, seu lugar no documento legal mais significativo da reforma. Interessantemente, em sua *história*, as referências autorais eram da história italiana, e não brasileira.

Mas essa foi uma sequência *póstuma*. Foi uma tentativa de dar um sentido linear, evolutivo e conciliatório às ideias penais que se desenvolveram nas primeiras décadas do século XX. Ela se aproximou de uma história contada pelos italianos, que viveram com intensidade as disputas políticas das “escolas”.<sup>230</sup>

O equilíbrio, a conciliação, o compromisso entre as classes sociais, eram os recursos de justificação da política centralizadora e estatista então promovida. Tentavam assim responder às demandas por ordem marxista (nas palavras de Garland). Expansão urbana, intensificação da industrialização, organização e reivindicação de direitos das classes trabalhadoras, eram as pautas sobre as quais se desenvolvia as escolhas políticas e econômicas. E, diferentemente da Primeira República, que praticava o seu *liberalismo excludente*, a política de 1930, estruturada em um modelo de Estado Corporativo, buscou organizar a vida social, orientando-a para o desenvolvimento econômico, para a inclusão de novos grupos sociais urbanos, sem no entanto possibilitar a eclosão de mobilizações urbanas entendidas como pontos de “desequilíbrio”. Uma nova ordem de inclusão/exclusão se estabelecia, a partir da lógica do trabalho e da centralização estatal, que dependia de um homogêneo discurso do equilíbrio e da conciliação. No controle penal os juristas interpretaram a “conciliação” como um compromisso entre “escolas” opostas (clássica e positiva), representado

<sup>229</sup> REZENDE, Astolpho. Parte Geral : título III, art. 22 a 24. *Revista de Direito Penal*, vol. XXXIII, fasc.II-III, maio a dezembro, 1941, p. 198-200.

<sup>230</sup> Muito embora a historiografia atual demonstre também os equívocos em se reduzir os debates da época à uniformização e reducionismo de grupos de juristas fechados em torno de propostas e métodos para o direito penal e para a política penal. Cf. SBRICCOLI, Mario. *La penalistica civile*. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita. In: COSTA, Pietro (et alii). *Stato e Cultura Giuridica in Itália Dall'Unità all'á Republica*. Roma-Bari: Laterza e Figli, 1990.

na figura simbólica de um Estado disposto a atender as demandas e equilibrar as disputas internas.

O discurso da “conciliação” das Escolas assumido pela doutrina organizava-se a partir de um projeto político definido nos anos 1930: o projeto da construção de um direito penal eficaz na defesa da sociedade.

### **3.2.1 O PROJETO POLÍTICO DO DIREITO EFICAZ EM DEFESA DA SOCIEDADE**

Em comemoração aos dez anos de Reforma Penal inaugurados na década de 1930, Roberto Lyra, que à época estava finalizando a elaboração do novo Código Penal, que seria assinado em dezembro de 1940, apresentou as razões para o seu entusiasmo.

No decênio que se completa êste ano, impôs-se, desde logo, a ordem, com a consolidação de todas as leis vigentes, antes dispersas. Não só o ensino, o estudo, a consulta, a aplicação lucraram, pois a concentração das normas, facilitando a difusão serve à eficácia de sua ação intimidante e educativa. Além disso, o quadro legal, assim completo e acessível, revelou as contradições entre os fatos e os textos, as discordâncias entre os recursos e as necessidades de defesa social, provocando, baseando, orientando, as reformas.

Lyra atribuiu à Consolidação das Leis Penais, realizada em 1932 por Vicente Piragibe, o fato que impulsionou a produção das Reformas Penais. Em fim de 1940 seria promulgado o novo Código Penal, e nos anos sucessivos, a Lei de Contravenção Penal e Código de Processo Penal, responsável pela unificação do processo até então de competência estadual. Nesse contexto, o jurista entreviu a orientação de tais reformas : a defesa social, concretizada como a organização *eficiente* na defesa da prevalência do interesse público e coletivo em relação aos direitos individuais.

(...) quem fixar o conjunto das leis sobrevindas há de reconhecer o crescente primado do interesse coletivo. A sujeição do individual ao social, do particular ao geral, do privado ao público, sob todos os aspectos vai incorporando nossa evolução jurídica ao ritmo contemporâneo. O

Tribunal Especial não se limita a defender a estrutura política, mas dedica as armas legais mais enérgicas e mais prontas ao patrocínio da economia popular, convertendo-se em órgão da justiça social. Expõe-se o Estado, direta e fundamentalmente, respondendo pela eficiência, pela segurança, pela presteza da ação contra a fraude extensiva. O Estado cedeu ao povo o instrumento de sua própria preservação (...).<sup>231</sup>

A prevalência do coletivo sobre o individual foi explicada por Lyra através da justificação do Tribunal de Segurança que, em 1937, tornou-se tribunal permanente (dec-lei 88/1937) e que, suspendendo um elenco de direitos e garantias individuais, e prevendo a aplicação da pena de morte<sup>232</sup> (Lei constitucional 1/1938), passou a ter competência sobre os crimes político-sociais e os crimes contra a economia popular (Lei 869/1938).

A *defesa social* que orientou as reformas penais não se resumiu, entretanto, ao exemplo de um tribunal político de exceção, e esteve também presente nos critérios de definição da nova codificação penal, destinada aos considerados *crimes comuns*.

No debate referente aos crimes comuns a defesa social surgiu como o ponto de contato entre as propostas das *escolas penais*. Se na década de 1930 já não estava presente um debate reformista a partir de critérios de *escolas*, a fundamentação da codificação penal, no debate doutrinário, se baseou no objetivo comum de se construir uma legislação exequível e capaz de realizar a defesa social eficientemente. A justificação da codificação penal centralizou-se na concepção de um *ecletismo de escolas, de uma conciliação entre extremos*.

**O arranjo político do ecletismo.** Mesmo juristas que se formaram sob as referências dos saberes criminológicos, que se ocuparam das reformas penitenciárias, que não reconheceram uma autonomia metodológica da ciência penal em relação às ciências criminais, encontravam em seus posicionamentos formas de revelar sua adesão ao *equilíbrio e à conciliação*.<sup>233</sup>

<sup>231</sup> LYRA, Roberto. Um decênio de Reformas Penais. **Revista Forense**, dez. 1940, p. 201.

<sup>232</sup> Sobre o debate doutrinário a respeito da pena de morte aplicada aos crimes comuns e políticos, trataremos no Capítulo 5.

<sup>233</sup> Há duas exceções também exemplares ao discurso da *conciliação*. Lemos Brito, que aderiu metodologicamente e politicamente as propostas da Criminologia Positiva (cf. BRITO, Lemos. A elaboração científica do direito penal. **Revista do Direito Penal**, vol. XXI, fasc. II-III, maio-junho, 1938), e Roberto Lyra, que possuía uma concepção aberta sobre as ciências criminais. Para Lyra o próprio positivismo criminológico já havia, ele mesmo, se aberto a novos métodos

Cesar Salgado, colaborador da Revista no estado de São Paulo foi um exemplo. A transcrição de uma conferência promovida em 1932 ganhou o título “Rumos da Criminologia” e se orientou na defesa das codificações *ecléticas*.

Salgado entendia que a Criminologia era uma disciplina que abarcava todas as ciências do delito e da repressão, desconhecendo desse modo a autonomia das diversas ciências criminais, subordinando-as todas à sociologia criminal.

Mas apesar dessa perspectiva metodológica frente às ciências penais, Salgado julgava positivo o *eclétismo* das concepções sobre a organização do controle penal que vigoraram nos Códigos promulgados depois da primeira guerra mundial. Referia-se que todos mantiveram princípios da escola clássica e adotaram postulados da escola positiva, especialmente no que se refere à questão da responsabilidade moral e legal, respectivamente<sup>234</sup>.

Na sua adesão ao que denominou de eclétismo, fundado na vulgarização das concepções do que o autor aceita como *dados* da Escola Clássica e Positiva, ele concluiu: “a lei penal não deve ser expressão sectária de qualquer escola, mas o reflexo das grandes idéas moraes, predominantes na consciência colectiva, em determinado momento histórico.”<sup>235</sup>

É exemplar o modo como esse autor manejou as questões e postulados das ciências criminais de seu período. Afirmava-se uma adesão clara ao *método* sociológico da criminologia, não fazia o mesmo quanto às propostas político-penais do controle penal, preferindo, nesse caso, o que chamava de *eclétismo das escolas*.<sup>236</sup> O que vinha a reforçar, por sua vez, a inexistência da organização em torno de Escolas, na

---

(como o método dedutivo para a organização da técnica jurídica) e a propostas político-criminais conciliatórias. Em consequência, Lyra se opunha ao discurso do *eclétismo* de escolas, por entender que não era preciso fazer alianças com outras teorias e métodos, visto que o positivismo criminológico, ele mesmo, oferecia as respostas conciliatórias (cf. LYRA, Roberto. O projecto de Código Penal Argentino. **Revista de Direito Penal**, vol.XXI, fasc. II-III, maio-junho, 1938; <sup>233</sup> LYRA, Roberto. **Novas escolas penaes**. Rio de Janeiro: Canton e Reile, 1936).

<sup>234</sup> O autor entende, polemicamente, que o Código Russo não aderiu exemplarmente aos postulados do modelo de Justiça Penal propagado por Ferri. Para tal defesa, cita o art. 11 do referido Código no qual faz menção ao conhecimento das próprias ações como critério de responsabilidade. Entretanto, tal artigo interpretado sistematicamente com os demais não sustenta o princípio da responsabilidade moral e o substitui pelo critério da periculosidade.

<sup>235</sup> SALGADO, César. Novos rumos da criminologia. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.250.

<sup>236</sup> O arranjo de César Salgado também confirmava a inexistência de uma luta articulada entre escolas na década de 1930, pois mesmo os autores que aderiam aos pressupostos do saber criminológico não se posicionavam politicamente a favor da adesão integral às suas propostas.

medida em que mesmo os autores que aderiam a uma proposta dos saberes criminológicos, não se posicionavam politicamente favoráveis à adesão integral de seu projeto de controle penal.

**A unidade do ecletismo: um controle penal eficaz.** Do ponto de vista da possibilidade de execução de algumas propostas, especialmente as advindas do projeto criminológico centradas na avaliação do delinquente, não era incomum, nos textos da época, que os autores se referissem à sua interessante proposta teórica, mas à sua impossibilidade de execução em virtude da falta de pessoal técnico qualificado e de recursos materiais e construções apropriadas. Pairava naquele momento uma defesa de um pragmatismo da legislação organizada em torno das ideias de defesa **eficaz** da sociedade contra a criminalidade.

Nelson Hungria, jurista que operou em meados da década de 1930 a gravitação do debate penal político-criminal promovido pelos saberes criminológicos ao debate relativo à ciência do direito penal promovido pelo tecnicismo jurídico, tratou em 1934 do *pragmatismo* nas ciências jurídicas, como forma de sustentar a orientação político-criminal da doutrina que se fundava na utilização das propostas variadas das *Escolas*.<sup>237</sup>

A partir da apresentação da tese de filósofos norte-americanos sobre o pragmatismo, utilizou de uma compreensão vulgarizada para justificar o uso de propostas de Escola Penais diversas na legislação penal.<sup>238</sup>

Por meio de afirmações referenciadas no pragmatismo filosófico, propôs sua compreensão a respeito da *melhor* política criminal: “só é verdade o que na prática se revela *eficiente e útil*”; “qualquer idéia, antes de verificada sua *operabilidade*, não passa de uma hipótese. A hipótese que opera *eficazmente* é a hipótese certa.”; “o pragmatismo se volta para

---

<sup>237</sup> Roberto Lyra, como já afirmamos em nota anterior, não aderiu discursivamente às concepções de ecletismo, convencido que estava, durante a década de 1930, de que a “luta das escolas” já tinha se resolvido a favor da Escola Positiva. Nesse mesmo sentido, admitia o “pragmatismo” desde que sob bases científicas. Entendia que os princípios deveriam ser compatibilizados com os pressupostos da *ciência*, aqui entendida como as ciências sociológicas e da natureza. (LYRA, Roberto. O projecto de Código Penal Argentino. **Revista de Direito Penal**, vol. XXI, fasc. II-III, maio-junho, 1938, p. 139-143).

<sup>238</sup> Hungria inicia o artigo apresentando as bases do *pragmatismo* de Pierce, James, Diwey e Shiller. Trata-a apenas a partir de sua oposição ao racionalismo e espiritualismo. Mas não convoca essa teoria para tratar da antítese com o positivismo jurídico a que adere para tratar da ciência penal, alguns anos mais tarde. Utiliza-a para justificar uma orientação político-criminal que deve ser eclética e não se fiar em *verdades absolutas* das Escolas. (HUNGRIA, Nelson. **Pragmatismo e Direito Penal** (1934). In: **Questões Jurídico-Penais**. Rio de Janeiro : Livraria jacinto, 1940.

a *ação eficaz*, rompendo, uma vez por todas, com as teorias artificiais, com o pretendido carácter teleológico da verdade.”<sup>239</sup>

A partir dessa concepção afirmava que o pragmatismo chegara às ciências jurídicas.

Também no campo do Direito se proclama a necessidade do rompimento definitivo com as idéas apriorísticas, substituída pelos dados ou sugestões da experiência social. Não mais a *lógica pura* do espiritualismo, mas tão somente a lição variável e palpitante dos fatos.

Não mais o direito *justo*, mas o direito *eficaz*.<sup>240</sup>

Hungria sustentava a adequação do critério de responsabilidade legal apresentada pela Escola Positiva, fundada na anormalidade do delinquente.

A Escola Positiva, com a sua formula de *responsabilidade legal*, aliada ao critério da *temibilidade*, atende muito mais eficazmente ao colimado objetivo da defesa social, legitimando não só a amplitude da órbita da repressão como a multivariabilidade da *prevenção*.<sup>241</sup>

Na segunda metade da década de 1930, Hungria se aproximou do tecnicismo jurídico-penal e refutou, dali em diante, ao menos teoricamente,<sup>242</sup> muitas das ideias antes defendida, entre elas a *cientificidade* das concepções da Escola Positiva.<sup>243</sup> Mas entendemos que suas ideias apresentadas em 1934 retrataram o encaminhamento que se manteve nos anos seguintes em relação à orientação político-criminal.

<sup>239</sup> HUNGRIA, Nelson. **Pragmatismo e Direito Penal**. In: **Questões Jurídico-Penais**. Rio de Janeiro : Livraria Jacintho, 1940, p. 145-147-150.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>242</sup> Afirmamos “ao menos teoricamente” porque a despeito de suas posteriores críticas à falta de cientificidade de critérios da sociologia positiva (Cf. HUNGRIA, Nelson. O Código Penal e as novas teorias criminológicas. **Revista Forense**, agosto, 1942a ), Hungria não se furtou a justificar opções da codificação que trouxeram o criminoso como centro de análise, através do uso da periculosidade, enquanto herança das propostas por ele criticadas em outras ocasiões. Cf. HUNGRIA, Nelson. Critérios para aplicação da pena. Em Notas e Comentários. **Revista Forense**, janeiro, 1941, p. 213.

<sup>243</sup> Ver, por exemplo, o texto HUNGRIA, Nelson. O Código Penal e as novas teorias criminológicas. **Revista Forense**, agosto, 1942a.

Quando Hungria aderiu ao tecnicismo jurídico já estavam sedimentados na doutrina penal brasileira os critérios de temibilidade/periculosidade orientados para uma defesa social eficaz a partir dos desdobramentos do saber criminológico.

**Os fundamentos da defesa social na Conferência Brasileira de Criminologia de 1936.** Antes da formulação do Código de 1940, ainda nos debates de 1936 em torno do projeto Sá-Pereira revisado por Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, já se consolidavam as perspectivas da eficácia da defesa social voltada para as propostas pragmáticas de codificação penal.

Ela era adequada para justificar o ideal político do “meio-termo” propagado à época pelo Governo Provisório e consolidado no Estado Novo. Era o discurso da “fuga dos extremos” e da adequação à “realidade nacional” no plano político que encontrava seu correspondente no debate do pragmatismo da codificação que deveria seguir o “meio-termo” das propostas das “escolas”.

Evaristo de Moraes apresentou o projeto, na abertura da Conferência Brasileira de Criminologia, como resultado da adesão às ciências modernas a partir de uma perspectiva pragmática de não tratar do código como uma versão de uma doutrina ou escola, mas sim como resultado de adaptações de escolas diversas. Citando o autor do projeto submetido então à revisão, Sá Pereira, Moraes justificava:

o ecletismo nem sempre é evitável num código, visto como ‘o código constitui um instrumento de política social, manejado pelo Estado, e cuja eficiência depende do grau da sua adaptabilidade às condições do povo a que se tem a aplicar.’ Foi essa a ideia que nos serviu de guia.<sup>244</sup>

Muito embora essa afirmação tenha sido feita, o projeto apresentou mudanças significativas filiadas às propostas da criminologia positivista, procurando se inteirar, como ele mesmo enumera “das modernas aquisições jurídico-penais, no concernente à individualização, à indeterminação das penas, às medidas de segurança, à tipicidade criminal e ao conceito de periculosidade”.<sup>245</sup>

---

<sup>244</sup> MORAES, Evaristo de. Discurso do Orador Oficial. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I – III, out-dez, 1936, p. 22.

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 19.

A periculosidade, através da orientação da defesa social, surgia, nessa proposta, como tema central de discussão dentre as inovações do projeto.<sup>246</sup>

Tanto quanto possível, mantivemos uma systematica rigorosa, inspirando-nos no principio basico da defesa social, por meio da repressão das actividades criminosas e da prevenção dos actos nocivos á existencia collectiva.

Se é certo que não nos adiantámos até o extremo de estabelecer sancções para o *estado perigoso antes do commettimento, pelo individuo, de qualquer delicto*<sup>247</sup>, também é indubitavel que, no instituir de varias sancções, foi tomada em consideração a periculosidade revelada pelos delictos.<sup>248</sup>

Bulhões Pedreira, também membro da comissão revisora do Projeto Sá Pereira, reforçou os temas antes tratados por Evaristo de Moraes. Apresentou a adesão do projeto a um modelo de “ecletismo pragmático” orientado pela defesa social:

é de elogiar-se o Projecto Sá Pereira pelo ecletismo pragmatico de sua orientação, não se subordinando aos dictames de uma escola, servilmente, mas colhendo de todos os systemas os melhores ensinamentos, ao serviço das realidades sociaes. Merece, pois, a cooperação constructora dos technicos, afim de que, conservando-lhe a architectura e escoimando-o de defeitos de forma e de fundo, atinja a essa relativa perfeição propria de nossa cultura e das exigencias da defesa social.<sup>249</sup>

<sup>246</sup> O projeto do Código se orientou também sob uma perspectiva da lei entendida em sua finalidade pedagógica, “ Entendemos que a lei tambem encerra um factor de educação collectiva ; que a norma de conducta por ella imposta tambem reflecte, até certo ponto, sobre os costumes (...).” MORAES, Evaristo de. Discurso do Orador Oficial. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, 1936, p. 21.

<sup>247</sup> Diferentemente da previsão do projeto de Sá Pereira, o Código Penal de 1940 previu, indiretamente casos de sanção (medida de segurança) pré-delituais, como no caso da tentativa inidônea, na qual se identificar a perigosidade do agente (art. 76).

<sup>248</sup> MORAES, Evaristo de. Discurso do Orador Oficial. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, 1936, p. 22.

<sup>249</sup> PEDREIRA, Bulhões. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, 1936, p. 25.

Em seu estudo sobre a estrutura do projeto realizou uma crítica à formalização dos capítulos enumerados em apenas dois institutos jurídicos: o crime e a pena. Segundo Bulhões Pedreira, apesar de eclético, a estrutura do projeto foi marcado profundamente por sua vertente subjetivista advinda da escola antropológica, e portanto, tem no delinquente seu cerne.

O homem, com sua constituição bio-psychica, suas tendencias, suas paixões, seus antecedentes sociaes e familiares, com todo o complexo das suas condições individuaes, é que constitue o eixo central da actividade preventiva e repressiva do Projecto. O conhecimento da personalidade do delinquente condiciona-lhe o criterio punitivo, assim quanto á natureza como quanto á medida da pena.<sup>250</sup>

Era um ponto pacífico entre os juristas que um Código deveria estar atento aos movimentos e propostas de diferentes escolas, sem que se filiasse radicalmente a apenas uma, a fim de promover a adaptação das leis à *realidade nacional*. Aderente ao projeto político do “compromisso”, Carlos Xavier transpunha o clima *conciliatório* do projeto Sá- Pereira à gramática da política do seu tempo: “fugiu dos extremos, procurando o equilibrio entre o espiritualismo e o materialismo, entre o individualismo e o solidarismo, entre a democracia e o Estado totalitario.”<sup>251</sup>

Mas o clima *conciliatório* continha um projeto *específico* de defesa social.

Podemos encontrar nos textos dos penalistas classicistas considerações sobre a função de defesa social do controle penal. A vulgarização de um pensamento classicista subordinava a defesa da sociedade ao fundamento contratualista que fazia gravitar sua perspectiva política na ideia de indivíduo.<sup>252</sup> Mas não foi com esse

<sup>250</sup> PEDREIRA, Bulhões. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, 1936, p. 29.

<sup>251</sup> Decima Terceira Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 190).

<sup>252</sup> Sem desconsiderarmos a heterogeneidade da tradição jurídico-penal iluminista, o método racionalista e a ideia contratual estiverem presente em grande parte de seus representantes. A perspectiva de *defesa social* também. Encontramos referencias em Feuerbach, e uma concretização mais explicita em Romagnosi. Mas o seu fundamento a partir do critério de *indivíduo* fundado no contrato social oferece ao mesmo tempo que a legitimação do poder de punir, os seus limites. (Sobre a heterogeneidade da “tradição iluminista” e a especificidade de Feuerbach e Romagnosi, cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos**

projeto político que as propostas da doutrina do campo penal fizeram suas conciliações. Sua perspectiva de defesa social era o desdobramento dos fundamentos do positivismo criminológico : da sociedade entendida como organismo social, que possuía sua própria existência coletiva, a quem deveriam se subordinar seus membros, diferenciados sob os critérios de desigualdade biológica, cultural ou social.

A reforma legislativa encontrava na doutrina a justificativa de atender aos interesses da “vida colectiva”<sup>253</sup>, aos quais era preciso subordinar os membros da sociedade, enfrentando assim os excessos das doutrinas políticas fundadas no *fetichismo individualista*.

Para cumprir com esse objetivo, o importante não era que as reformas penais fossem o resultado de um projeto de Escola, ou, nas palavras de Lyra, que fossem “monumentos legislativos inhabitáveis”, mas sim que fossem úteis à política de defesa social delineada e já consolidada no debate doutrinário dos anos 1930.

O *compromisso* fundado no pragmatismo, era menos um compromisso entre Escolas (que nunca se constituíram como projeto definido no debate doutrinário), e mais um compromisso com a organização do controle penal que o tornasse eficaz diante das demandas de ordem advindas da formação de uma sociedade e massas e dos temores das elites diante de um povo que ainda lhes parecia incapaz e inadequado às adaptações das novas estruturas modernas de Estado.

Um compromisso que se mimetizava com a conjuntura política na qual a coletividade ganhava predominância sobre os *excessos do individualismo*, mas que também representava a especificidade do campo penal na doutrina brasileira : a consolidação da perspectiva da defesa social como desdobramento do positivismo criminológico.

.....

O debate doutrinário entre os juristas na década de 1930 não revelou uma organização em torno de referências fechadas de propostas de Escolas. O domínio de uma retórica criminológica, a precária articulação de um classicismo penal e a proposta, em fins de 1930, do

---

**criminológicos.** Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 180-188).

<sup>253</sup> Narcelio de Queiroz, que compôs a Comissão Revisora do projeto de Alcântara Machado, manifestou-se nesse sentido nas reuniões da Conferência Brasileira de Criminologia: “Uma obra de reforma legislativa não pôde obedecer a abstractas cogitações philosophicas e theoreticas, mas aos reaes interesses da vida colectiva, correspondendo às exigencias sociaes e guardando as oportunidades e conveniencias politicas.” (QUEIROZ, Narcelio (relatório). Segunda Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p.37).

desenvolvimento de um tecnicismo jurídico foi o campo onde se desenvolveu o projeto político-penal da reforma penal.

O arranjo de uma narrativa que importava uma suposta “luta entre escolas” se desenvolveu especialmente durante e após a elaboração do Código Penal de 1940. Ela marcou, em nosso entendimento, a construção de um discurso *conciliatório* e de *compromisso*, que pressupunha uma anterior tensão entre propostas político-penais divergentes.

O que observamos, entretanto, é que esse campo de tensão não se encontrava presente no debate de 1930. A justaposição de argumentos de correntes teóricas diferenciadas, a tônica do discurso sobre o pragmatismo das reformas penais, garantiam uma adesão a um projeto político-penal único: a defesa da coletividade/sociedade. Tratava-se de um projeto específico no campo penal que não obedecia aos desdobramentos reformistas-iluministas da centralidade do indivíduo, mas antes fazia sobrepôr a importância da “existência coletiva”, que deveria ser eficazmente defendida contra os membros daquela coletividade que de algum modo (biológico, social ou culturalmente) se revelassem inadaptados às suas novas estruturas modernas.

Assim, do ponto de vista político-penal, a despeito da imagem “conciliatória”, predominava no campo da reforma um discurso defensivo que possuía seus fundamentos no positivismo criminológico, disseminado no que chamaremos no próximo capítulo, em uma retórica criminológica apropriada pelos juristas.

A eficácia do controle penal dependia, entretanto, no processo modernizador da reforma penal de um direito penal eficaz que se resolveria na medida em que se conquistasse a uniformização de sua aplicação, a ser obtida por meio da tecnicização do direito e de seus operadores.

Para compor essa reforma, em fins de 1930, se organiza um momento relevante na constituição do saber do controle penal: a aproximação ao tecnicismo-jurídico e à dogmatização do direito penal, ocupado em uma aplicação *eficaz* das normas repressivas.

Os dois planos da eficácia: do controle penal na defesa da coletividade e do direito penal na aplicação de suas normas, eram reciprocamente dependentes, e se constituíram a partir da preponderância do eixo legitimante da defesa social no debate doutrinário de 1930.

No próximo capítulo, nos deteremos na compreensão da acomodação desses dois saberes do controle penal: o domínio da retórica criminológica e a dogmatização do direito penal.



#### 4. SABER PENAL E CRIMINOLOGICO: AS CAMPANHAS CONTRA A « MEDICINIZAÇÃO » E A « SOCIOLOGIZAÇÃO » DO DIREITO PENAL

Encontramos na década de 1930 a consolidação da retórica criminológica apropriada pelos juristas na definição do criminoso a partir de critérios de desigualdades definidos pelo saber médico e sociológico. Apenas a partir de meados da década de 1930 podemos observar uma preocupação maior nas publicações da Revista em um debate epistemológico acerca do Direito Penal. Surgia com maior nitidez a proposta do tecnicismo jurídico, que ganhou mais espaço após a realização da Primeira Conferência Brasileira de Criminologia em 1936.

A despeito desse novo espaço de debate não entendemos que ele tenha inaugurado um novo perfil de jurista, de um jurista *cientista*. Se, de um lado, havia uma reconfiguração institucional no poder de dizer o direito, que se transferia aos espaços das universidades, revistas e instituições na figura de um dizer *científico* do direito. Por outro, ainda se desenvolvia um modo específico de produção de saber no debate rotineiro da doutrina, na forma da apropriação retórica de padrões de cientificidade.

Esse jurista percorreu ao longo de 1930 uma trama de defesa profissional e teórica do campo penal. Suas reivindicações de competência profissional para agir no controle penal e de competência teórica para escrever um direito penal autônomo constituíram uma integração entre a retórica criminológica e a dogmatização do direito penal. Essa integração, além de definir questões de ordem profissional (no debate entre médicos e juristas) e teórica (nas delimitações metodológicas das disciplinas criminológicas e jurídicas), consolidou uma legitimação da defesa social em seu conteúdo repressivo, garantido pela prevalência do lugar do jurista na produção do saber penal.

##### 4.1 O JURISTA ELOQUENTE NO DEBATE DOUTRINÁRIO

Galdino Siqueira, em 1924, referia-se ao estado da cultura penal no Brasil parodiando a incipiente indústria nacional:

Mandam estes últimos (indústria nacional) vir do estrangeiro um por um dos elementos de que se compõe determinado produto, inclusive o invólucro: reúnem e colam esses elementos, e

metendo-os no invólucro referido, os expõem à venda como *produto nacional*. *Mutatis, mutandis*, é o que praticam os anotadores. Apanham aqui e recortam ali as lições de uns juristas e as decisões de uns tribunais. Reúnem e colam tudo isso e metem depois num livro, que fazem publicar. Põem na lombada o seu nome de *autor*, e nesse nome circula e é 'citado o livro'.<sup>254</sup>

Eram alvo de sua ironia, os juristas glosadores, ou como ele os chamava, os juristas "anotadores". Aqueles que se utilizavam de recorrentes citações de autores estrangeiros com o objetivo de reproduzir bordões com o fim de enfeitar suas falas, sem uma finalidade explícita de produzir uma sistematização e uma autonomia das ciências jurídicas a partir do estudo do direito positivo.

Nelson Hungria, em 1948, em seus "Comentários ao Código Penal" resgatou o texto de Galdino Siqueira para retratar o *antigo* estado da arte das ciências penais. Em suas narrativas memorialísticas aquele quadro dos juristas-anotadores teria começado a mudar com a qualidade do livro da autoria do próprio Galdino, em 1924 e, finalmente, em fins de 1940 teria havido uma mudança significativa no papel dos juristas, que teriam deixado para trás um modo de fazer direito típico dos Tribunais do Júri.

Sem avançarmos pela década de 1940, época da afirmação de Hungria, podemos tratar da cultura jurídico-penal dos anos de 1930, momento fundacional de uma integração do saber do controle penal.

De um lado, a afirmação de Hungria pode se entendida como a descrição de uma mudança de objeto na produção da doutrina: a lei começava efetivamente a ser tomada como referência dos estudos, inaugurando uma técnica jurídica que buscava orientar as decisões judiciais. O que, por outro lado, também demonstrava o quão precária ainda era a centralidade da lei como fonte da produção doutrinária e jurisprudencial nos anos 1930, revelando a precariedade mesma do legalismo instituído durante o século XIX.

Entretanto, esse deslocamento não garantia que a produção doutrinária do direito penal durante a década de 1930 tivesse modificado seu padrão de exercício retórico e eloquente.

---

<sup>254</sup> SIQUEIRA, Galdino *apud* HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, (1948) 1977, p. 55.

O debate sobre o jurista eloquente esteve marcado historicamente na Espanha e Itália<sup>255</sup> pela análise da modernização do controle penal, vinculada à autoridade da lei e do Estado e da formação do jurista cientista. Representava a passagem do advogado e sua retórica marcada pela oralidade e pelo discurso emotivo para a figura do jurista que teria no registro escrito e nos critérios de cientificidade a marca de seu saber.

Sob esses aspectos, da vinculação do jurista à produção escrita e a padrões de cientificidade, e do repúdio da figura do advogado, como o representante de um discurso decadente, emotivo e não-técnico, podemos considerar que temos a formação de um jurista-cientista. A especialização do saber penal, com o impulso do tecnicismo-jurídico de fins de 1930, a formação prática e profissionalizante promovida pela reforma do ensino e pelas exigências de exercício profissional, a limitação da competência e da soberania do Tribunal do Júri (representante maior da retórica dos “rábulas”) nos leva a entender, sob o aspecto da reestruturação institucional do direito a passagem do jurista eloquente ao jurista cientista.<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> PETIT, Carlos. Discurso sobre el Discurso. **Oralidad y Escritura en la Cultura Jurídica de la España Liberal**. Huelva: Universidad de Huelva, 2000 ; BENEDEUCE, Pasquale. **Il corpo eloquente**: identificazione del giurista nell'Italia liberale. Bologna: Il Mulino, 1996.

<sup>256</sup> No Brasil, Ricardo Sontag (SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, UFSC, Florianópolis, 2009) escreveu um importante trabalho sobre essa passagem a partir dessas três referências: o ensino do direito, a ciência do direito e a jurisprudência. Ricardo Marcelo Fonseca (FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini**, 2006, p. 365-371) também se ocupa do tema. Sontag o recupera para tratar do processo de tecnicização do direito em Nelson Hungria, e Fonseca se refere a fins do século XIX.

Para Fonseca, a formação da cultura jurídica brasileira transferiu-se paulatinamente, em fins do século XIX, do modelo de “jurista eloquente” a “jurista cientista”, e conseqüentemente, diminuiu o peso retórico e da oralidade e centrou-se nas publicações e nos argumentos científicos.

Para sustentar sua hipótese construiu sua análise a partir do percurso teórico de Tobias Barreto, considerando-o como aquele que realizou a transição entre o jurista eloquente e o jurista cientista, tendo em vista seus recursos argumentativos à *cientificidade* do Direito.

Observamos que a Revista de Direito Penal, disposta a *modernizar* o direito penal a partir das *modernas ciências*, reverencia Tobias Barreto em diversas publicações biográficas. Tobias Barreto serve como uma espécie de *fundador* do direito como ciência. Ao menos, ele é assim construído na narrativa dos juristas.

Anteriormente, Viveiros de Castro, como já demonstramos, também fazia essa referência à Tobias Barreto. Ele reforçava o mito que se construiu desde aquela época de Tobias como o fundador de uma perspectiva científica do Direito. E dava seguimento a essa *linhagem de juristas* com a apresentação de uma abordagem *científica* sobre o Direito Penal vinculada à Sociologia Criminal de fim do século XIX desenvolvida especialmente em Itália e França.

No entanto, a partir da avaliação da produção do saber penal e criminológico da década de 1930, observado a partir das produções não apenas do “topo”, mas do debate doutrinário rotineiro, propomos uma outra leitura para este corte a respeito do jurista eloquente.

Entendemos que a formação do corpo técnico e da tecnicização do saber penal e criminológico não se afastou da figura do jurista eloquente, no sentido de não termos abandonado um saber pautado pelo uso retórico da palavra, em que as referências a autores estrangeiros, as citações, davam-se por meio de aproximações grosseiras e serviam mais a um enfeite para seus argumentos.<sup>257</sup>

Se institucionalmente quem representava o direito não era mais o rábula, o advogado eloquente, também podemos afirmar que o jurista cientista, que tinha no espaço da universidade, das revistas e dos institutos, o seu lugar de saber, *levou consigo um modo peculiar de produção de saber: a apropriação retórica dos padrões de cientificidade.*

Constatamos o esforço em constituir uma cultura jurídica que estabelecesse como fonte de legitimação da produção doutrinária a lei, e que construísse um método autônomo e *científico* para a produção do direito durante a década de 1930, e especialmente na segunda metade.

A vinculação à lei por parte das análises doutrinárias, da produção jurisprudencial e do ensino do direito era ainda bastante precária naquele período. A despeito de uma legalidade existente no direito positivado, ela não exercia, em sua dimensão técnica (como fonte de produção doutrinária e jurisprudencial) um poder centralizador.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> Os textos, quando não eram transcrições de apresentações orais, ainda assim continham essas características. É reconhecível em todos os textos da Revista de Direito Penal a despreocupação com a apresentação de referências relativas às citações diretas ou indiretas. Nenhum dos artigos traziam dados para além do nome do autor a que se referiam. Eram mais autores usados como recurso de argumentos de autoridade. Os textos, comumente, não obedeciam uma regra acadêmica como já o faziam os textos da Revista Archivos Judicarios no campo da Medicina Legal, conforme notícia SILVEIRA, M. M. . Entre doutores e bacharéis : a medicina legal no Brasil dos anos 1930. In: **Encontro Nacional de Pesquisadores em História das Ciências**, 2010, Belo Horizonte. **Anais do I Encontro Nacional de Pesquisadores em História das Ciências** / ENAPEHC, 2010.

<sup>258</sup> Na produção doutrinária da Revista sobre o direito penal observamos que os juristas vinculavam-se ainda muito pouco à lei para realizar suas argumentações. Essa aproximação de sua função interpretativa a partir da lei estatal, abandonando assim seu papel de reformistas político-criminais, será uma das metas da produção do tecnicismo jurídico. Por outra parte, percebemos, por meio das publicações das decisões jurisprudenciais e pela notícia dos próprios juristas, que as decisões penais não reconheciam na lei penal sua fonte de legitimidade, utilizando-se com frequência de recursos doutrinários para fundamentar suas decisões (Trataremos disso no Capítulo Sexto). Da parte do ensino do direito, durante a década de 1930, os currículos começaram a ser reformulados a fim de definir para a disciplina de penal o

O objetivo de tornar a autoridade da lei uma fonte primordial dessas atividades foi parte de um projeto de modernização do sistema penal na década de 1930, no sentido de promover a centralização e racionalização do controle penal. E foi esse deslocamento do debate, de onde surgiu a ocupação com a técnica e a especialização do direito penal, que iniciou um processo de dogmatização do direito penal e garantiu, a partir de suas articulações com o saber criminológico, um lugar para o saber do jurista no controle punitivo.

#### 4.2 A AMEAÇA DA ‘MEDICINIZAÇÃO DO DIREITO’ E A RETÓRICA CRIMINOLÓGICA

No dia em que, nas Faculdades de Direito, se fizer a especialização biológica e psiquiátrica, os bachareis não precisarão dos médicos, sequer, para peritos. Eis o absurdo a que conduz o excesso, a tendência de todo técnico para invadir a seara alheia e estender a infalibilidade de seus dogmas até à salvação do mundo.<sup>259</sup>

Essas são palavras que Lyra utilizou para falar aos estudantes em seu discurso de nomeação para professor de Direito Penal na Faculdade Nacional de Direito. Suas palavras faziam parte de uma campanha que Lyra empreendeu em seus textos e na Revista de Direito Penal contra a “medicinização do Direito”. Com esse termo ele se referia à necessidade de proteger as fronteiras profissionais e científicas que delimitavam as ocupações dos médicos e juristas.<sup>260</sup>

Em texto publicado em 1938, ao analisar o projeto de código penal argentino, Lyra referia-se à sua *luta*, na qual incluía o embate contra a “medicinização do direito” e contra o tecnicismo jurídico.

---

exclusivo estudo da lei, visto que até então, predominavam debates acerca de temas como a política-crime e as “escolas penais”. Ricardo Sontag produziu um importante trabalho sobre o tema da tecnicização do direito em Nelson Hungria, no qual abordou os três aspectos: ciência penal, jurisprudência e ensino. Cf. SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria, 2009.

<sup>259</sup> LYRA, Roberto. **O ensino do direito penal e a doutrina contemporânea**, 1935 p. 26.

<sup>260</sup> Interessante que Roberto Lyra é lido como um representante da Escola Positiva no debate penal brasileiro. Aliás, ele mesmo declarou sua filiação a essa Escola. Todavia em sua luta contra a “medicinização do direito” e pela autonomia da ciência jurídica em relação às ciências médicas, ele demonstrava menos afinidade pelo ideário de *Escola* do que se pode supor nas leituras simplificadas de seus posicionamentos.

Eu mesmo venho, de ha muito, lutando em duas frentes, por igual e poderosas, preferindo á conveniencia tactica de distribuir no tempo as hostilidades a defesa de uma convicção contra os medicos que, não contentes da indispensavel collaboração, procuram arrebatar o Direito Penal aos juristas e contra os proprios juristas que pretendem desalojar o Direito Penal de sua posição na Sociologia Criminal para circunscrevelo a um recanto secundario na encyclopedia juridica.<sup>261</sup>

Este foi um tema que atravessou os debates penais durante os anos de 1930, e que entendemos que se resolveu ao fim daquela década. Em uma suposta *luta* científica e profissional no campo do direito penal entre médicos e juristas, foram os últimos os que consolidaram seu espaço no Direito Penal.<sup>262</sup>

Mas de que modo se resolveu o conflito ?

**A participação dos médicos na Revista.** Nas publicações da Revista de Direito Penal, dois médicos estiveram presentes com alguma frequência na produção de textos e participação em debates: Heitor Carrilho e Leonidio Ribeiro.

Heitor Carrilho especializou-se em psiquiatria criminal e foi um dos principais responsáveis por fundar o Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro, em 1921, tendo sido seu diretor até 1954, ano de sua morte. Em 1930 passou a fazer parte também do Conselho Penitenciário do Rio de Janeiro. Na Revista, Carrilho surgiu como um médico que estava organicamente vinculado aos debates dos penalistas e que conseguia, de certo modo, transigir com os espaços de poder dos juristas.<sup>263</sup>

<sup>261</sup> LYRA, Roberto. O projecto de Codigo Penal Argentino. *Revista de Direito Penal*, vol. XXI, fasc. I, 1938, p. 36.

<sup>262</sup> No mesmo sentido, Marisa Correa conclui que os médicos tiveram sua influência bastante diminuída em 1940 a partir da codificação. (CORREA, Marisa, **As ilusões da liberdade**: a Escola Nina Rodrigues e a Antropologia no Brasil, 2001, p. 327). Não negamos, ao afirmar que o jurista consolidou seu lugar prioritário no direito penal, a relação complexa que estabeleceu com a colaboração entre médicos e juristas no funcionamento do controle penal. Para outras perspectivas, cf. DARMON, Pierre. **Médicos e Assassinos na “Belle Époque”**: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991; ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas no Brasil**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003; FERLA, Luis Antonio Coelho. **Feios, sujos e malvados sob medida**: do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-19465). Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Econômica da Universidade de São Paulo, 2005.

<sup>263</sup> Cf. por exemplo: CARRILHO, Heitor. As diretrizes atuais de medicina das prisões. *Revista de Direito Penal*. Vol. I, Fasc. II, maio de 1933a, p. 331- 336; \_\_\_\_\_. Psicopatologia da paixão

Em 1936, a primeira tese do questionário oficial da Conferência Brasileira de Criminologia referia-se a questões relativas à imputabilidade e responsabilidade previstas no projeto, lugar preferencial do debate entre médicos e juristas.

Um tema específico ocupou atenção especial dos participantes : a previsão da imputabilidade restrita, dependente de laudo médico, e objeto de intervenção através da pena e da medida de segurança. Se de um lado, o projeto não previa a obrigatoriedade de exame mental para determinação da inimputabilidade, por outro, fazia depender do perito médico a determinação da precedência de pena ou de medida de segurança.

O tema trouxe a tona os limites de interferência da medicina no campo de decisão judicial. O que definiria o semi-imputável ? Como graduar o grau de alienação mental ? O direito se tornaria refém de definições médicas e biológicas " imprecisas e discutíveis " ?

O tom da discussão, por si, já vinculava a necessidade de limitar ao máximo o poder de definição e participação dos médicos. Havia uma suspeita *a priori* da precisão das conclusões médico-biológicas acerca da avaliação de imputabilidade. Aliás, no debate já se fazia menção às tentativas do tecnicismo jurídico de deixar fora questões estranhas ao direito.<sup>264</sup>

Nesse campo, Lyra não perdeu a oportunidade de revelar sua apreensão frente à " invasão " da medicina no campo jurídico.

Ele afirmou:

O criterio biologico applicavel pelos peritos psychiatras deve limitar-se ao terreno da inimputabilidade, que suppõe tratamento e, portanto, medicina. A sua applicação ao dominio da semi-imputabilidade constitue invasão indebita. A semi-imputabilidade implica a pena – é o próprio projecto que o reconhece – pertencendo,

---

amorosa e seu aspecto medico-legal. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, julho de 1933b, p. 52- 71; \_\_\_\_\_. O livramento condicional em face dos antecedentes psychophaticos dos sentenciados. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, jan. 1935, p. 23-28.

<sup>264</sup> « A materia ora em estudo neste Congresso tem constituído verdadeiro tormento para juristas e sociologos, dahi as tentativas da escola technico-juridica, para expurgal-a da influencia de noções extranhas ao direito e pôl-as ao de lá das discussões philosophicas e doutrinarias ». (Segunda Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p.48)

pois, ao domínio pura e exclusivamente jurídico da responsabilidade.<sup>265</sup>

Criticou a necessidade de perícia médica para definir a precedência da pena ou da medida de segurança: "a precedência de uma ou de outra depende do perito médico, com violação da prerrogativa judicial que, em todos os casos, deve ser respeitada."<sup>266</sup>

Heitor Carrilho, convidado à discussão, pronunciou-se contrariamente a Roberto Lyra no que toca à necessidade da obrigatoriedade do laudo médico na definição da inimputabilidade. E aproveitou para ressaltar a importância do saber médico na justiça penal para realizar as avaliações dos delinquentes.

Segundo o relator, Carrilho "pensa que este exame mental obrigatório em tais casos viria, de certo modo, se oppôr á elasticidade da fórmula do projecto, que poderá favorecer absolvições injustificadas".<sup>267</sup>

Segundo o relator, ainda, ele acrescentou a importância dos médicos no sistema de justiça penal:

termina mostrando as vantagens da colaboração dos biologicistas, dos médicos e dos psiquiatras, firmando os traços que definem a personalidade dos delinquentes, a sua constituição, o seu temperamento e o seu carácter, para a desejada individualização.<sup>268</sup>

Mas, exemplificadamente, Heitor Carrilho parecia demonstrar um reconhecimento da centralidade do poder do jurista, reivindicando um espaço *colaborativo* no funcionamento do controle penal. Sua defesa era pela garantia da medicina como uma *ciência auxiliar* na defesa da sociedade contra o criminoso. Embora solicitasse uma participação

---

<sup>265</sup> Segunda Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p.46.

<sup>266</sup> Segunda Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p.45.

Roberto Lyra reforça uma vez mais esse posicionamento ao tratar da questão relativa à classificação dos criminosos e ao papel da medicina nesse caso. Segundo o relator, Lyra se manifesta contra a « exagerada intervenção da Medicina no Direito », e « clama contra essa intervenção indebita quando transpõe os limites do razoável, pretendendo passar de ciência auxiliar a ciência básica, para o estudo do crime ». (Setima Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 101).

<sup>267</sup> Segunda Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 48.

<sup>268</sup> Segunda Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p.48.

imprescindível no processo punitivo, fazia reverências a um estatuto de competência dos juristas.

Leonídio Ribeiro, médico legista, fundador e diretor do Instituto de Identificação do Distrito Federal em 1931, foi um dos principais responsáveis pela formação da polícia técnica no Brasil e pelo desenvolvimento de técnicas de "identificação" do criminoso. Representante oficial do Brasil em vários Congressos Internacionais, foi também premiado internacionalmente com o prêmio "Lombroso", atribuído pelo "Archivio di Antropologia Criminale e Medicina Legale", instituição fundada pelo próprio Cesare Lombroso.

No campo do saber penal, Leonídio não parecia tão organicamente vinculado e disposto a reconhecer um lugar de poder aos juristas. Sua postura era mais radical no sentido de fazer expandir os conhecimentos técnicos da medicina legal, especialmente no tocante à ciência da identificação.<sup>269</sup>

Em "Homossexualismo e Endocrinologia"<sup>270</sup>, Leonídio Ribeiro apresentou sua tese que vinculava o homossexualismo a um problema endocrinológico. Ele a desenvolveu através de uma pesquisa realizada em indivíduos que, identificados como homossexuais, foram presos e levados ao Instituto para avaliação de seu potencial de delinquir. Sustentou, através de seus estudos, a não aplicação da pena para esses possíveis delinquentes, mas o do tratamento médico endocrinológico.

O texto, tendo sido resultado de uma apresentação oral do médico a um grupo de juristas, é interessante na medida em que registrou, por meio de notas taquigráficas, os questionamentos dos juristas à sua pesquisa. Bulhões Pedreira, por exemplo, perguntou à Leonídio sobre a ilegalidade da detenção de homossexuais para realização de estudos.

Ocorreu, nessa situação, uma confrontação dos lugares de saber e poder entre penalistas e médicos. A pesquisa de Leonídio não foi acolhida pelos juristas com entusiasmo, tendo sido mesmo questionada a viabilidade jurídica de sua postura investigativa.

Em outra ocasião, a Revista promoveu o debate acerca de um caso que mobilizou médicos e juristas, brasileiros e italianos. Chamado de "o desmemoriado de Collegno", o caso se tratava de um homem

---

<sup>269</sup> Em seu texto "O papel da medicina na prevenção do crime, é possível encontrar um autor bastante vinculado a idéias da vertente antropológica da criminologia positivista, na qual associa o criminoso ao doente e assemelha a prisão a hospitais de regeneração. RIBEIRO, Leonídio. (O papel da medicina na prevenção do crime. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I, abril, 1936, p. 55-61.)

<sup>270</sup> RIBEIRO, Leonídio. Homossexualismo e Endocrinologia. *Revista de Direito Penal*, vol. IX, fasc. III, junho, 1935, p. 135-151.

que, tendo sido internado porque vagava sem identidade pelas ruas na Itália, foi reconhecido pelos exames científicos e datiloscópicos da época como um importante ladrão, Mario Brunelli. Entretanto, o “desmemoriado” lutou para ser reconhecido como um professor, Julio Canella, que havia servido ao exército.

Foram publicados alguns textos que debatiam essencialmente o valor da perícia no processo. Leonídio sustentava a verdade da prova datiloscopia em páginas e páginas de apresentação de fotos e ilações experimentais. Em seguida o editorial da Revista promoveu a publicação do texto do próprio “desmemoriado”, que fazia crer que as conclusões dadas pela investigação datiloscópicas estavam de todo equivocadas. Foi a oportunidade para que Bulhões Pedreira satirizasse a “mística das impressões digitais”, acusando a imprecisão das verdades científicas, evidenciando a fragilidade dos laudos e limitando o lugar do médico e do perito no processo da produção da verdade.<sup>271</sup>

**Os juristas e o saber criminológico.** Apesar de esses e outros médicos aparecerem com alguma constância nas publicações da Revista, principalmente Heitor Carrilho, que compunha o Conselho Administrativo da Sociedade Brasileira de Criminologia, a predominância das autorias eram dos juristas.

Os temas médicos não eram tratados apenas pelos especialistas. Ao contrário, os temas biológicos e médicos foram constantes nas publicações da Revista, especialmente entre os anos de 1933-1938. Ocorreu nesse período uma consolidação das categorias do saber médico e das ciências biológicas na retórica dos juristas. Se os médicos não operaram a temida “invasão” do campo penal, ao contrário, os juristas se apropriaram e vulgarizaram as categorias de outras ciências. Não só o saber criminológico fundado na biologia e medicina, mas também as referências às causas sociais e econômicas da criminalidade passaram a ser parte do debate entre os juristas.<sup>272</sup>

<sup>271</sup> RIBEIRO, Leonídio. A identidade do ‘desmemoriado de collegno’ e o valor da prova datiloscópica. *Revista de Direito Penal*, Vol. V, abril-junho, 1934, p. 182- 193 ; PEDREIRA, Mario Bulhões. O caso do desmemoriado de Colegno. *Revista de Direito Penal*, Vol. V, abril-junho, 1934, p. 236-248 ; ALVARENGA NETTO. O desmemoriado de Collegno. *Revista de Direito Penal*, vol. XI, fasc. I-II, out-nov, 1935, p. 33-51.

<sup>272</sup> Na década de 1930 observamos que o saber criminológico entre os juristas constituía uma explicação sobre a criminalidade que não estava unicamente pautada nas explicações médicas e antropológicas. A explicação multifatorial da criminalidade já era parte da retórica jurídica. À essa época também as teses socialistas do direito penal, que atribuíam as causas preponderantes da criminalidade à miséria e aos aspectos sociais se fizeram presente. Eram teses que se adequavam à reorganização política e econômica na medida em que requeriam, para o fim da criminalidade, a ampliação de políticas sociais e de trabalho, que seriam de responsabilidade de um Estado interventor, ou de um Estado previdenciário, na denominação de Garland. No

Sbriccoli, referindo-se ao "corte positivista" adotado pelos debates penais na Itália de início do século XX, identificou um processo semelhante de apropriação retórica dos juristas em relação ao saber médico. Ele afirmou que a apropriação do saber da antropologia e da psiquiatria criminal se dava sem fundamentação, limitando-se a usar as referências criminológicas e sociológicas como forma de pressionar uma reforma legislativa.<sup>273</sup>

O contexto de apropriação do saber médico e criminológico pelos juristas também esteve associado a uma demanda constante pela reforma do controle penal. Podemos compreender essa perspectiva pela própria característica do saber criminológico positivista que visava a reformulação político-criminal. Na tese de Salla e Alvarez<sup>274</sup> parece ter sido esse mesmo o papel das ideias positivistas na elaboração de políticas de segurança das primeiras décadas no Brasil.

No debate dos anos 1930, entretanto, associado à essa apropriação do saber criminológico voltado para as reformas do controle penal, estava a consolidação do lugar desse saber: os juristas. Eram eles, através de um uso retórico, que definiam os contornos e os limites da reforma punitiva.

Um texto publicado em 1936 foi exemplar por representar a apropriação desses saberes pelos juristas. Eugenio S. Machado, identificado como representante do Ministério Público, advogado e jornalista, produziu um texto sobre a endocrinologia e a "escola anthropologica" no Direito Penal. O tema, de muitas implicações médicas, foi abordado pelo jurista, em defesa da ideia de que a endocrinologia representava a atualização dos estudos da antropologia criminal.

---

Brasil, esse debate que associava a criminalidade à miséria, e atribuía ao Estado a função de prevenção por meio de políticas sociais se revelava nas discussões acerca da contravenção penal de vadiagem. Cf. BARCELLOS, Milton. As colonias correccionaes agricolas constituem meio idoneo de prophylaxia social. *Revista de Direito Penal*, vol. XII, fasc. III, março, ano III, 1936, p.179-182; TORRES, Magarinos. O conceito de contravenção de vadiagem e a colonia correccional de Dois Rios. *Revista de Direito Penal*, vol. XII, fasc. III, março, ano III, 1936, p.220-226; FRANCO, Ary Azevedo. **Aspectos legais e sociaes da contravenção de vadiagem**. Rio de Janeiro: Alba, 1930.)

<sup>273</sup> SBRICCOLI, Mario. **Caratteri Originari e Tratti permanenti del sistema penale italiano** (1860-1990). In: *Storia del diritto penale e della giustizia*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2009, p. 635.

<sup>274</sup> ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luís Antônio F. A Sociedade e a Lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v.3, n.6, 2003.

A abordagem de E. Machado representava a "invasão" do jurista no campo médico, visto que o autor não tratou das implicações jurídicas, mas tão somente dos estudos clínicos.<sup>275</sup>

Magarinos Torres, no discurso de Inauguração da Conferencia Brasileira de Criminologia também abordou temas médicos sob a justificativa corrente da época de que era necessário "harmonizar", encontrar um "meio termo" entre as atuações dos juristas e dos médicos. Sob esse pretexto, entretanto, os juristas se apropriavam crescentemente dos termos médicos e repetiam-nos em sua retórica sobre o criminoso e a punição.

(...)\_ é preciso á Justiça um meio-termo ideal, em que não veja demasiadamente o individuo (impunidade systematica), nem exclusivamente o interesse social (que estaria na infalibilidade da pena). 'E mister, antes, que o direito e a medicina se harmonizem com a opinião publica, pelo effeito, que visam na sociedade.'<sup>276</sup>

Evaristo de Moraes, em 1938, prestou homenagem a Porto Carrero<sup>277</sup> em evento promovido pela Liga Brasileira de Hygiene Mental. Era significativo que um jurista homenageasse um famoso médico psiquiatra, famoso em suas críticas à punição e aos critérios de imputabilidade e responsabilidade penal, denotando o uso e a apropriação dos termos e dos temas médicos.

E apropriando-se desses temas, justificava uma "harmonização" das competências das duas disciplinas, buscando apresentar pontos comuns entre ambas.

Num e noutro sector, nos occupamos do homem misero, do que soffre physica e moralmente, do que padece toda sorte de males - a enfermidade, o vicio, o crime. Sim, o crime, porque, psychologica

<sup>275</sup> MACHADO, Eugenio S. A escola endocrinológica constitucionalista e a escola anthropologica no Direito Penal. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. II, abril, 1936, p. 197-211.

<sup>276</sup> TORRES, Magarinos. Sessão de Instalação. Discurso Inaugural. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 17.

<sup>277</sup> Cf. PORTO-CARRERO, J. P. O sentimento de inferioridade fisica. *Revista de Direito Penal*. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933, p. 300-311; \_\_\_\_\_. O abortamento legal. *Revista de Direito Penal*. Vol.II, Fasc. 3, setembro de 1933, p. 510-521; \_\_\_\_\_. Sobre a pena e o direito de punir. *Revista de Direito Penal*. Vol. XX, Fasc.III, Anno V, março, 1938, p. 285-290.

e sociologicamente, não devemos ficar atidos à concepção meramente penal, vindo sempre no *agente* um algoz e no *paciente* uma vítima.<sup>278</sup>

A perspectiva de compatibilização entre Medicina e Direito pode ter sido relativamente fácil para um jurista que, como Evaristo de Moraes, partilhava de muitas ideias do saber criminológico, e portanto, aproximava-se em grande medida às percepções do criminoso e do doente, bem como entendia que era tarefa do jurista compreender essas aproximações teóricas sobre o criminoso.

**A retórica criminológica de Hungria.** Diversamente era disposição de juristas que aderiam ao tecnicismo jurídico e que, portanto, afastavam-se do estudo do criminoso e entendiam que a responsabilidade penal era competência dos juristas, por se tratar de um instituto dogmático e não de uma digressão médico-psicológica.

Um dos principais representantes desta adesão, Nelson Hungria, não se veria livre da retórica criminológica. Tendo se apropriado dela antes de sua virada tecnicista ao fim de 1930, e ao que parece, tendo levado e constituído seu pensamento sobre o criminoso a partir das contribuições criminológicas.

Hungria, que ao final da década de 1930 formulou a defesa de uma dogmatização do direito penal e se debateu contra a sua "sociologização" realizada através das "pseudociências" criminológicas, não se excluiu do rol dos juristas que durante a década de 1930 reproduziram e se apropriaram das propostas criminológicas. Quando, mais adiante, quis expurgar do debate dos juristas temas relativos àquelas ciências, já havia internalizado a representação do criminoso a partir de seus fatores médico-biológicos delinquentiais.

Em 1931 Hungria publicou um texto elogioso à proposta de individualização da pena do projeto Sá Pereira. Compreendeu que a previsão legal do Código de 1890 em que as penas eram fixadas em abstrato não era suficiente para realizar os critérios de *defesa social*. De modo que seria necessário dar ao juiz a confiança de um árbitro suficiente para adequar a pena à temibilidade do delinquente. "Entre o *minimum* e o *maximum*, específicos ou genericos, o criterioso arbitrio do juiz poderá realizar, *secundum facti contingentiam*, a aplicação da pena *justa*, isto é, a pena estritamente *necessaria* à defesa social."<sup>279</sup>

<sup>278</sup> MORAES, Evaristo de. A psychanalyse e o direito penal. *Revista de Direito Penal*, vol. XX, fasc. III, março, 1938, p. 280.

<sup>279</sup> HUNGRIA, Nelson. O juiz no Código Penal actual e no ante-projeto Sá Pereira. *Revista de Crítica Judiciária*. Vol. VIII, n.1, Rio de Janeiro, janeiro, 1931, p.4. Aliás, essa postura de

Seria função do juiz, não apenas a vinculação à lei, mas ser um "observador de factos e de almas".

Antes de ser um jurista, o juiz terá de ser inteligente e atento observador de factos e de almas. Caber-lhe-á o complexo estudo comparativo do criminoso e do delicto. Mais que um sabedor do direito positivo, deverá ser um sociólogo e um psychólogo. E não há duvida que será melhor a sua justiça.<sup>280</sup>

Em crítica ao então Código Penal vigente reclamava o papel limitado do juiz em analisar somente a infração, sem poder adequar a pena ao delinquente, ignorando com isso o aspecto subjetivo do crime. Afirmava

O crime na sua materialidade, segundo o typo legal, é o que importa. O delinquente é quasi nada. Na distribuição de uma penalidade empirica, o juiz tem de abdicar de sua propria consciencia em favor do intratavel criterio legal.<sup>281</sup>

Se de um lado o arbítrio judicial ilimitado lhe parecia um perigo, a prefixação das penas poderia servir à iniquidade, sob a alegação da *desigualdade* entre os delinquentes. "É um systema que colloca todos os delinquentes no mesmo pé de egualdade sem attender que assim 'como não há duas folhas eguais na mesma árvore, não há também dous criminosos eguaes' "<sup>282</sup>

Essa postura, revelada em 1931, tempo em que Hungria ainda não havia formulado sua defesa do tecnicismo jurídico e da ciência penal, se confirmou em 1942 quando, em pleno conflito com o seu inimigo *inventado* do debate entre escolas, defendeu a tese da responsabilidade moral com o consentimento da participação dos médicos para particularizar e avaliar os casos específicos de inimputabilidade, e garantiu o arbítrio judicial necessário para avaliação

---

Hungria permaneceu a mesma, ao prever no Código de 1940 a individualização da pena e o arbítrio judicial para avaliação da periculosidade do delinquente.

<sup>280</sup> HUNGRIA, Nelson. O juiz no Código Penal actual e no ante-projecto Sá Pereira. **Revista de Crítica Judiciária**. Vol. VIII, n.1, Rio de Janeiro, janeiro, 1931, p.4.

<sup>281</sup> HUNGRIA, Nelson. O juiz no Código Penal actual e no ante-projecto Sá Pereira. **Revista de Crítica Judiciária**. Vol. VIII, n.1, Rio de Janeiro, janeiro, 1931, p. 3.

<sup>282</sup> HUNGRIA, Nelson. O juiz no Código Penal actual e no ante-projecto Sá Pereira. **Revista de Crítica Judiciária**. Vol. VIII, n.1, Rio de Janeiro, janeiro, 1931, p.3.

da periculosidade do delinquente, dada a sua intrínseca desigualdade constitutiva.

Os juristas já estavam familiarizados com a retórica criminológica, já se haviam apropriado daquele saber, traduzindo-o para as funções de defesa social do controle penal. O léxico cientificizado do delinquente patológico, inferiorizado e desigual, não era privilégio do saber médico ou antropológico, já tinha seu lugar consolidado no discurso punitivo operado no direito penal pelos juristas. Revestido sob a retórica terapêutica da pena proveniente dos saberes criminológicos, os juristas garantiam a centralidade do delinquente submetido às funções repressivas do direito penal.

Era essa a retórica dominante do debate doutrinário quando, em fins de 1930, se intensificou uma campanha contra a "sociologização do direito penal."

#### **4.3 A " AMEAÇA DA SOCIOLOGIZAÇÃO " DO DIREITO : A DOGMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL**

Já não é mais tolerável, em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas *ciências criminológicas*, que ainda se continue a falar delas como de *ciências penais*.

Mais do que nunca, nós, juizes, promotores e advogados do fôro criminal ou professores e escritores do direito penal, temos que pugnar pela nossa *doutrina de Monroe* : o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indebita intromissão em nosso *Lebensraum*, em nosso indeclinável 'espaço vital', façamos ressoar, em toque de rebate, os nossos tambores e clarins.<sup>283</sup>

Com a máxima " o direito penal é para os juristas " Hungria encerrou sua conferência sobre a Ciência do Direito Penal, em 1942, no contexto político do Estado Novo. Uma espécie de campanha, similar à disputa travada por Lyra contra a " medicinização do direito ", realizava-se em fins de 1930, conduzida por Hungria, na disputa por um espaço

---

<sup>283</sup> HUNGRIA, Nelson. Introdução à Ciência Penal. **Revista Forense**, n.22, outubro, 1942, p. 14.

dos juristas em detrimento dos demais saberes promovidos pelas "ciências criminológicas".

Iniciou-se no plano do debate da Ciência do Direito Penal, um movimento direcionado para a dogmatização jurídica, que traria consequências importantes na distribuição do poder de dizer o direito.

No modelo ideal do legalismo liberal do século XIX que, como vimos, não ganhou raízes nas instituições do controle penal brasileiro, o legislador era aquele que criava o direito, enquanto representante da vontade do povo. No processo de dogmatização do direito penal de fins de 1930 o modelo jurídico já apresentava outra configuração. O juiz havia ganhado o reconhecimento da criação do direito, não era mais aquele que apenas deveria proceder a silogismos para *aplicar* a lei. Ele deveria *interpretá-la*, e para essa operação deveria contar com o trabalho do jurista que, por meio da Ciência do Direito, proviria uma interpretação sistemática pronta a orientar e uniformizar as decisões judiciais.

Reconhecemos, no debate doutrinário da década de 1930, um movimento em direção a essa compreensão de ciência do direito, operando duas mudanças importantes: trazer a lei para o centro da produção científica e aplicar um método específico e autônomo a essa produção, capaz de construir um *sistema* orientador das decisões penais. Embora não seja possível afirmar que tenha havido, no debate doutrinário rotineiro, uma aproximação metodológica rigorosa ao tema do tecnicismo jurídico-penal, seguindo ainda o modelo do jurista eloquente, como assinalamos no início do capítulo.

O tecnicismo jurídico surgiu enquanto uma aproximação intuitiva que trazia à tona a centralidade da lei, a necessidade da elaboração de uma técnica legislativa mais precisa e de conceitos dogmáticos a partir de um método jurídico próprio. Conceitos que, entretanto, não estiveram livres de fundamentos retóricos dos saberes criminológicos responsáveis por definir o delinquente a partir dos parâmetros de desigualdade/temibilidade. Tratava-se de um lado de um movimento para a consolidação do modelo dogmático de direito, e de outro, a permanência dos saberes híbridos que já estavam pacificamente consolidados no saber dos juristas à época.

Essa consolidação do tecnicismo e da dogmatização do direito penal nos anos 1930, desde as elaborações mais precárias no debate rotineiro até a proposta teórica de uma Ciência do Direito Penal elaborada por Hungria, concretizou a preponderância do eixo legitimador da defesa social subordinando o eixo de legitimidade pela legalidade, como veremos.

### 4.3.1 PRIMEIRAS ELABORAÇÕES DO TECNICISMO JURÍDICO-PENAL: A LEITURA DE FRANZ VON LISZT

O tecnicismo jurídico não foi apropriado no debate da Revista por meio da proposta liberal formalista de Rocco.<sup>284</sup> Foi por meio da proposta de Liszt<sup>285</sup> que as primeiras considerações sobre o tecnicismo se desenvolveram no sentido de demarcar uma produção metodológica própria para a ciência do direito.<sup>286</sup>

Na Revista, os textos divulgadores das ideias criminológicas e os debates em torno da reforma deixavam entrever que a *simpatia* com o método técnico-jurídico na produção do direito não andava em conjunto com o abandono das propostas fundantes do saber criminológico definidas pelo eixo penal da defesa social. Eles representavam uma lenta dogmatização do direito penal operando com o já consolidado direito penal do autor.

Para a produção de uma dogmatização sob o eixo da legitimação da defesa social Liszt era, de fato, uma referência relevante. Dos modelos de saber penal integrados, aquele que Liszt propunha em seu

---

<sup>284</sup> Sbriccoli reconhece na elaboração do tecnicismo jurídico de Arturo Rocco, em 1910, um desdobramento de raízes liberais-iluministas, a partir da dimensão de legalidade em sua proposta. No entanto, entende que o Rocco de 1930, que participou, com seu irmão da codificação penal na Itália, elaborou um tecnicismo de inflexões muito mais autoritárias.

\_\_\_\_\_. **Caratteri Originari e Tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)**, 2009). Por outro lado, Ferrajoli reconhece que estava presente no liberalismo de Rocco de 1910 os elementos que serviriam ao projeto político fascista: « Perchè lo stesso liberalismo della cultura giuridica prefascista è 'per intrinseca struttura teorica, un liberalismo conservatore e autoritario, statalistico e patriottico, che non avrà difficoltà ad incontrarsi con il fascismo senza neppure diventare fascista, ma semplicemente rimanendo fedele a se medesimo. » (FERRAJOLI, Luigi. *Science giuridiche apud Caratteri Originari e Tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, 2009.)

<sup>285</sup> Lembramos que, como já observamos no capítulo anterior, em 1899 já havia sido traduzida no Brasil uma das obras de Litz, « Tratado de Direito Penal Alemão », de forma que podemos suspeitar que o debate sobre as fronteiras das disciplinas de direito penal, sociologia criminal, política criminal já era acessível aos juristas.

<sup>286</sup> Sobre a *paternidade* do tecnicismo jurídico, há divergências na produção teórica do direito penal, como podemos observar na revisão de Vera Andrade. O que nos interessa aqui, entretanto, não é traçar uma linha ontológica do tecnicismo, mas observar nos textos dos juristas, como lentamente elaboraram suas compreensões sobre uma ciência do direito penal ocupada em interpretar a lei e produzir um sistema orientador das decisões penais. Em Andrade: “São polêmicas a origem e significação do chamado Tecnicismo Jurídico. Quanto à gênese, discute-se se o Tecnicismo jurídico é de origem alemã, atribuído sua paternidade especialmente a Karl Binding e Franz Von Litz (Cf. Ferri, Cantero, Asúa, Rocco, Bettiol, Nuvolone, Bruno) ou italiana (Maggiore).” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Ilusão de Segurança Jurídica*, 1997, p. 80).

" Tratado de Direito Penal " era o que mais dava relevância ao saber criminológico de individualização do delinquente, embora não deixasse de reconhecer autonomia metodológica para a produção da ciência do direito penal.<sup>287</sup>

Bulhões Pedreira, jurista sem grande projeção intelectual que, no entanto, participou da Comissão Revisora do projeto de Código Penal de Sá Pereira, publicou um texto exemplificativo do modo de tratar do tecnicismo, antes mesmo de Hungria fazer referência explícita a ele. E por meio de Von Liszt, referindo-se também a Adolph Prins,<sup>288</sup> apresentou sua interpretação sobre os rumos do direito penal no Curso de Extensão em Criminologia, de 1932.

Atribuiu a Ferri praticamente todos os méritos do grande avanço do saber penal moderno<sup>289</sup>: a subjetivação do direito penal orientada para a centralidade do delinquente e a individualização da pena. E tendenciosamente anunciou unanimidade entre clássicos e positivistas na adesão ao autor.

Clássicos ou positivistas, ecléticos de correntes doutrinárias mais diversas, todos, entretanto, se accordam em reconhecer a extraordinária influência do grande mestre italiano no direito penal moderno. A ele, principalmente, se deve o implantar-se no pensamento dos povos cultos a verdade, hoje pacífica, de que no combate contra a criminalidade é mister atender de

<sup>287</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. e coment. José Hígino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguier, 1899.

<sup>288</sup> Adolph Prins, ainda mais que Litz, dá grande relevância ao saber criminológico, e organiza toda a sua explicação sobre as ciências criminais a partir necessidade de se promover a defesa social contra a criminalidade, entendida sob o eixo miséria-doença-degeneração. (PRINS, Adolfo. **Ciência Penal e Direito Positivo**. Lisboa: A. M. Teixeira, 1915).

<sup>289</sup> Em relação à "Escola Clássica" reproduziu a leitura que Ferri fazia, afirmando: "É um systema de doutrinas abstractas e metaphysicas de que força é admirar a construção lógica, mas sem nenhum contacto com as realidades da vida. (...) O fracasso da repressão moldada pelo theorismo esteril era inevitável. O augmento da criminalidade em toda a parte inquietava os espíritos, provocando a preocupação de políticos e legisladores. Foi quando a visão genial de um medico verificou que o erro nascia do systema penal vigente, que se resumira em estudar a anatomia jurídica do crime, sem attender á natureza biologica do criminoso." (<sup>289</sup> PEDREIRA, Mario Bulhões. Características do Direito Penal Contemporaneo. (Aula oferecida no Curso de Criminologia de Extensão Universitária). **Revista de Direito Penal**, Vol.1., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p.127). Em relação à Lombroso, escrevia com a pena do seu tempo, ao realizar a crítica mais habitual naquele período, que o descartava como pensador ultrapassado, fundamentando-se menos no seu método experimental e mais nos seus exageros. Afirma que seu método, resultado das doutrinas biológicas de Darwin e Lamarck, e da filosofia de Comte e Spencer, segundo o autor, oferece a *fecundidade* para produção das "grandes conquistas das sciencias criminaes".

preferência á actividade criminosa do homem e não á concepção jurídica do crime, impondo-se para tanto a completa transformação da justiça penal, que será entregue a magistrados technicos especializados; a demonstração da natureza eminentemente social do phenomeno crime, revelando a preponderância dos factores econômicos, ambientes e políticos entre as suas causas determinantes: os famosos 'substitutivos penais', e, ainda, as 'medidas de segurança', reconhecidas como meios necessários de defesa social.<sup>290</sup>

Se, por um lado, esse quadro não se verificava na Itália, como Bulhões Pedreira pretendia fazer crer, por outro, sua lição sobre o direito penal e a unanimidade acerca da centralidade do delinquente e da concretização do eixo da legitimação da defesa social era um retrato muito próximo da cultura penal doutrinária na Revista.

Mas sua aula sobre as "características do direito penal contemporâneo" não se detinha no projeto político de controle penal organizado por Ferri, a ele se integrava também um método próprio para o direito penal, o tecnicismo-jurídico, integrado às outras ciências. Reconhecia, pois, uma autonomia à ciência do direito, e o fazia por meio da proposta de ciências integradas de Von Liszt e Adolph Prins.

O "triumpho do método técnico-jurídico", segundo Bulhões Pedreira, foi nada mais que o desenvolvimento da própria Escola Positiva. Foi por dentro dela que teria se desenvolvido um trabalho propriamente jurídico, por meio dos textos de Ferri "Princípios de Direito Criminal" e Grispieni "Corso de Diritto Penale". Eles teriam operado a aproximação do tecnicismo de Alfredo (sic) Rocco<sup>291</sup>, Manzini, Bataglini, Giuseppe del Vecchio.

Atravessa o direito penal uma phase de reintegração no quadro das sciencias jurídicas, conforme deixei entrever na primeira palestra. Phase de libertação e de autonomia. Libertação dentro das próprias fronteiras, porque se emancipa da escravização das escolas. Autonomia em face

---

<sup>290</sup> PEDREIRA, Mario Bulhões. Características do Direito Penal Contemporaneo. (Aula oferecida no Curso de Criminologia de Extensão Universitária). *Revista de Direito Penal*, Vol.1., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p. 130.

<sup>291</sup> Interessante que a primeira referencia a Rocco nos textos da Revista aparece como alusão ao seu irmão Alfredo e não ao autor do texto sobre tecnicismo jurídico, Arturo Rocco.

das sciencias naturaes, e da medicina, porque, sem perder-lhes a contribuição cada vez mais crescente, se contrahe e se fortalece de rigorosa technica jurídica.<sup>292</sup>

As ciências integradas, operando com a utilização de método autônomo para a ciência do direito penal, promoveram, segundo Bulhões Pedreira, a subjetivação do direito penal no qual, unanimemente, “o critério da periculosidade preside o tratamento preventivo e orienta a repressão”.<sup>293</sup>

Do que se depreende que as primeiras elaborações a respeito do tecnicismo-jurídico na década de 1930 não estiveram vinculadas às propostas de Rocco, como se costuma alegar, mas ao tecnicismo como método do direito penal integrado nas Ciências Criminais, proposto por Liszt. Um modelo, por assim dizer, no qual a ênfase na legitimidade pela defesa social e a importância do saber criminológico ganham maior atenção. Não parece poder ter sido diferente, visto que a elaboração do saber criminológico e sua apropriação pelos juristas já se encontravam consolidados, sem que houvesse um equivalente desenvolvido do tecnicismo. Foi antes o eixo de legitimação da defesa social que ordenou o processo de dogmatização penal em 1930.

#### **4.3.2 O TECNICISMO JURÍDICO NA PRIMEIRA CONFERÊNCIA BRASILEIRA DE CRIMINOLOGIA E O EIXO DE LEGITIMIDADE PELA DEFESA SOCIAL**

Em 1936, durante a Primeira Conferência Brasileira de Criminologia, encontramos entre os juristas uma percepção do tecnicismo jurídico que, se não estava presente de modo *cientificamente* elaborado, era suficiente para demonstrar que o predomínio e a consolidação da retórica criminológica entre os juristas não impediu que

---

<sup>292</sup> PEDREIRA, Mario Bulhões. Características do Direito Penal Contemporaneo. (Aula oferecida no Curso de Criminologia de Extensão Universitária). *Revista de Direito Penal*, Vol.1., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p. 136.

<sup>293</sup> “Se é certo que a divisão dichotomica – delicto e pena – ainda systematisa livros e códigos, nem por isso poder-se-á contestar a prevalência do elemento subjetivo do delicto – o delinqüente – agindo organicamente no direito penal.” PEDREIRA, Mario Bulhões. Características do Direito Penal Contemporaneo. (Aula oferecida no Curso de Criminologia de Extensão Universitária). *Revista de Direito Penal*, Vol.1., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p. 134.

se reconhecesse a necessidade de confiar ao campo do direito penal uma autonomia metodológica e ao exercício legislativo uma técnica jurídica.

O resultado das votações das teses da Conferência deixaram entrever o que se concretizaria no debate sobre a codificação de 1940: a definição de *auxiliariedade* das ciências (e dos profissionais) não jurídicas, a reivindicação de um campo teórico e profissional do direito, e a consolidação do eixo da defesa social na referência da juridicização do critério de periculosidade.

**A tese sobre a classificação dos criminosos.** Uma das teses propostas para discussão durante a Conferência formulava a seguinte interrogação: "é plausível a classificação dos criminosos feita nos arts. 40 e 42 do Projecto, e util, ou melhorável? E deve o tratamento penal attender a essas distinções?"<sup>294</sup>

O relator da tese, Santiago Dantas, localizava a questão da classificação dos criminosos nesses termos:

os objectivos do legislador, ao fazer classificação de criminosos, são muito diversos dos do criminologista. Este procura uma construção objectiva, de valor absoluto; aquelle tem um proposito meramente tecnico-legislativo. Não lhe preocupa tanto saber se os seus typos criminosos correspondem de facto á variedade real, como lhe preocupa saber se elles correspondem á diversidade do tratamento penal estabelecido pela mesma lei.<sup>295</sup>

A classificação do criminoso, tema sempre vinculado às propostas do saber criminológico, foi apresentada de modo a acentuar sua função prática na orientação das decisões penais e a afastar os debates sobre os conteúdos *científicos criminológicos* de tais classificações. O debate pautou-se principalmente pela utilidade dessas classificações e pela clareza da redação desses critérios para uma boa utilização do juiz.

Por exemplo, ao prever que a constatação da reincidência deveria estar acompanhada da avaliação subjetiva da tendência a delinquir, Santiago Dantas se pronunciou pela necessidade de substituir essa expressão por outra "que indique mais concisamente a simples constatação da temibilidade".<sup>296</sup>

<sup>294</sup> Sexta Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 80.

<sup>295</sup> Sexta Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 80.

<sup>296</sup> Sexta Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 81.

E ainda, ao tratar da definição do criminoso por índole, afirmava:

(...) se esta classe é composta de delinquentes instintivos, cuja acção é regida por um determinismo psychico, ou se é composta apenas de homens amoraes, corrigiveis, reeducaveis, eis o terreno proprio do debate criminologico, no qual o jurista e a lei, a nosso ver, não devem tomar parte.<sup>297</sup>

Para José Campos, a verificação da reincidência não deveria subordinar-se à averiguação da tendência a delinquir, por entender que tal característica seria de difícil constatação prática e que a reincidência criminosa, por si, seria o indicativo da periculosidade.

No debate, a tentativa dos juristas se centrava em manter o delincente como referência central na organização do controle penal sem, entretanto, dependerem exageradamente dos esclarecimentos das ciências auxiliares. Era mais um modo de transferir ao direito e aos seus profissionais (magistrados e juristas) o poder de definição no processo criminalizador.

Com a declaração de um voto contrário, de Vicente Piragibe<sup>298</sup>, a votação final aprovou a manutenção da classificação como critério útil e necessário à individualização da pena para o uso dos juízes. Segundo Bulhões Pedreira, revisor do Projeto, a classificação dos criminosos constituía a " espinha dorsal de todo o Projeto. "<sup>299</sup>

Dentre os votantes favoráveis à manutenção figuravam Evandro Lins e Silva, Magarinos Torres, Narcelio de Queiroz, Nelson Hungria e Roberto Lyra. Os três últimos seriam, anos mais tarde os revisores do anteprojeto de Alcântara Machado, e não adotariam a " classificação dos criminosos ", muito embora tenham adotado a tese do arbítrio judicial e da individualização da pena a partir de critérios de periculosidade do delinquente.

**A tese sobre o arbítrio judicial.** À questão " É aconselhável entre nós o arbitrio judicial relativo outorgado aos julgadores na aplicação das penas (art. 99 e 103) e o concernente ao uso das medidas

<sup>297</sup> Sexta Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 84.

<sup>298</sup> Segundo o relatório : « o orador manifesta-se contrario á classificação dos criminosos, porque a tal respeito ainda não chegaram a um accordo os criminologos, sendo cada vez mais viva a controversia entre elles a esse respeito. » (Sétima Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 102).

<sup>299</sup> Sétima Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 106.

de segurança (art. 151) ? ", Roberto Lyra produziu um relatório favorável à manutenção desse arbítrio.

Em sua argumentação, garantiu o lugar de intérprete ao juiz, afastado sua projeção legalista de mero aplicador da lei ; reforçou o sentido defensivista do controle penal ao sustentar a ausência de ameaça aos direitos e garantias individuais, visto que para o criminoso não haveria direito adquirido a se defender, e ao definir como finalidade do controle o tratamento desigual ao desiguais (delinquentes).

Em suas palavras:

considero um equivoco o argumento relativo á ameaça que o arbitrio judicial traria aos direitos e ás garantias individuaes. Ao contrario, nos processos criminaes, se alguma prerrogativa pessoal está em jogo é a da victima. Ferri já mostrou que não há direitos adquiridos para o delinquente, pois o crime não é meio de aquisição de direitos.

(...)

Não seria digno da cultura brasileira umCodigo Criminal que tratasse igualmente a desiguaes e reduzisse juizes capazes, responsaveis e garantidos a meros contadores, trabalhando, na phrase de Sá Pereira, como a helice fóra d'agua.<sup>300</sup>

Com a ressalva de que o arbítrio judicial deveria ser acompanhado de motivação pormenorizada da sentença, a tese foi aceita e contou com os votos de Nelson Hungria, Roberto Lyra, Magarinos Torres, Philadelpho Azevedo, Heitor Carrilho.

**Tese sobre as ciências auxiliares.** A oitava tese tratava diretamente da presença das ciências "auxiliares" no projeto do Código, com a seguinte formulação : " Haverá reivindicações a fazer na reforma do Codigo Criminal em nome da Endocrinologia, da Psychanalyse e da Sciencia Odontologica ? "<sup>301</sup>

A resposta a essa tese foi a demonstração mais explícita da circulação do tecnicismo jurídico, senão como reflexão aprofundada, como uma vulgata capaz de delimitar metodologicamente algumas questões importantes, articulando a configuração de um campo do

<sup>300</sup> Sexta Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc.I-III, out-dez, 1936, p. 87-88.

<sup>301</sup> Decima Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc.I-III, out-dez, 1936, p.123.

direito penal autônomo, sem desvincular-se de outras ciências que deveriam manter-se auxiliares.<sup>302</sup>

Nilton Campos, relator da tese e diretor do Instituto de Psychologia da Assistencia a Psychopantias, transcrevendo um texto de Bulhões Pedreira, determinou:

Certo, a natureza teleologica do Direito Penal, que é um systema de regras finalisticas e não de principios que governem phenomenos naturais, impõe-lhe ao estudo um **methodo proprio – o tecnico-juridico** – mas não é de ordem a diminuir a contribuição do methodo experimental, quer na investigação das condições sociaes de um dado momento social e da genese da criminalidade, quer nos resultados a que tende applicação da norma juridica.<sup>303</sup>

Três temas de implicações teóricas e profissionais que se resolviam com a predominância do campo do direito penal, por meio de sua autonomia metodológica e da integração das demais ciências a partir de sua auxiliariedade. Os mesmos juristas que garantiam a apropriação retórica da criminologia eram os que promoviam o filtro de determinação da autonomia relativa do campo penal. O eixo que consolidava essa filtragem era, antes que um desdobramento de raízes reformistas-iluministas e a preponderância de uma legitimidade pela legalidade, a concretização da legitimação pela defesa social em sua versão do positivismo criminológico.

### 4.3.3 A ELABORAÇÃO TEÓRICA DE UMA CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

Em fins de 1930 já se agrupavam alguns juristas em torno às discussões sobre o anteprojeto Alcântara Machado, por meio das quais se desenvolviam uma análise técnico-dogmática de melhor qualidade na

---

<sup>302</sup> A redação da tese final foi a seguinte: 1. « As bases philosophico-scientificas do novo Codigo Criminal determinam de modo implicito a necessaria e imperiosa intervenção das sciencias psycho-biologicas no estudo da personalidade do delinquente », 2. « Não é justificavel qualquer especie de reivindicacão explicita em nome de determinadas sciencias medicas no texto substancial de um Codigo de materia juridica. » Nona Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc.I-III, out-dez, 1936, p. 130.

<sup>303</sup> (grifo nosso) Nona Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 130.

análise dos institutos penais, como Prudente Siqueira<sup>304</sup>, Costa e Silva<sup>305</sup> e Galdino Siqueira<sup>306</sup>. Os mesmos juristas que, aliás, já vinham desde a década de 1920 elaborando Manuais e Tratados que buscavam tratar com acuidade o desenvolvimento de categorias dogmáticas como a responsabilidade penal, os conceitos de culpa e preterintencionalidade, erro de direito.<sup>307</sup> Mas mesmo esses autores demonstravam preocupação em determinar penas de caráter repressivo eficazes para os casos dos delinquentes cuja incorrigibilidade e temibilidade demandassem.<sup>308</sup>

De todo modo é de se reconhecer o esforço em se delimitar e elaborar a partir de padrões científicos da época uma Ciência do Direito Penal. Nesse campo, Lemos Brito e Haeckel Lemos figuraram como juristas que, na contramão do processo de dogmatização do direito penal, não reconheciam uma autonomia metodológica para o direito, vinculando, o primeiro, o direito penal às ciências naturais<sup>309</sup>, e o segundo, à uma filosofia tecnicista e à sociologia<sup>310</sup>.

<sup>304</sup> SIQUEIRA, José Prudente. A imputabilidade e a responsabilidade criminais. **Revista de Direito Penal**, vol. XXI, fasc. II-III, maio-junho, 1938, p.169-218.

<sup>305</sup> COSTA E SILVA, A.J. Crítica do Dr. A.J. Costa e Silva. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc. I-III, 1938.

<sup>306</sup> SIQUEIRA, Galdino. Código Penal Comentado. **Revista de Direito Penal**, vol. XXXIII, fasc. I, 1941.

<sup>307</sup> Foram deles também, além de Nelson Hungria, a produção de Manuais na década de 1920 e 1930 que possuíam um nível técnico-dogmático relevante. COSTA E SILVA, Antonio J. da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930; depois republicado com as novas disposições do Código de 1940 em COSTA E SILVA, Antonio J. da. **Código Penal**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943; SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal**: parte geral, vol. I e II, Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1924 (reeditado em 1932) e depois, adaptado ao Código Penal de 1940 SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947. Cf.

<sup>308</sup> Cf. Análise de Dotti, em DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Celebres**. 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 296.

<sup>309</sup> Seu discurso sobre a ciência penal subordinada à metodologia das ciências naturais foi proferido em sua aula inaugural na Faculdade Nacional de Direito, denotando que mesmo sendo expressão de uma percepção em desuso a respeito do direito penal, não estava de todo afastada do ensino do direito. « O Direito fora da realidade social é pura metafísica. Tendes diante de vós duas espécies de ciência, que W. Ostwald definiu – ciências da natureza e ciências de papel. O Direito, em função das realidades sociais, é uma ciência da natureza. Deslocado desse objeto, o Direito Penal é ciência de papel. (...) encaremos o crime à luz da biotipologia experimental. » (BRITO, Lemos. A elaboração científica do direito penal. **Revista do Direito Penal**, vol. XXI, fasc. II-III, maio-junho, 1938, p. 118)

<sup>310</sup> « Ao Direito Penal (...), ou melhor, á ciência penal, á ciência penal, o estudo da filosofia resulta indispensável, sendo sua necessidade maior ainda que a dos conhecimentos sociológicos. (...) A própria técnica criminológica só será exata se estiver de acôrdo com o tecnicismo filosófico. » (LEMOS, Haeckel de. A cultura filosófica e a Ciência Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc. I-III, julho-set, 1938, p. 29-30); « Graças as conquistas filosóficas a sociologia tomou fóros de ciência autónoma. E, sob o influxo desta ‘ciência nova’, positiva como as outras que a precedem, na seriação gradativa dos conhecimentos humanos, a ciência penal igualmente teve novo campo e nova aplicação. » (LEMOS, Haeckel. A sociologia, sua

Contra essas acepções de Ciência Penal, Hungria, em fins de 1930, teorizou sobre uma ciência autônoma do Direito Penal. "O autentico direito penal só pelo *jurista* deve ser estudado : não é o tema proprio do *sociologo*."<sup>311</sup>

Se o embate de Roberto Lyra era com a "medicinização do Direito Penal", exigindo para o jurista a competência da fala sobre a repressão. O embate de Hungria, travado através da defesa do tecnicismo-jurídico, era com a defesa do lugar do jurista diante do sociólogo. Nenhum dos dois rejeitava em absoluto o saber médico ou sociológico. Mas exigiam que esses saberes estivessem submetidos, *domesticados*, pela lei e pela fala do jurista.

A ciência do direito penal não pôde ter por objeto a indagação experimental em torno ao problema da criminalidade, mas tão somente a exegese do direito positivo, a pesquisa e a formulação dos respetivos principios geraes e a dedução lógica das consequências. Os postulados de outras ciências sobre a delinquência como fenómeno bio-psíco-sociológico não se integram na ciência do direito penal, senão quando e enquanto assimilados ou *endossados* pelo direito objetivo.<sup>312</sup>

---

concepção filosófica e a ciencia penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIII, fasc. I-III, outubro, 1938, p.16).

<sup>311</sup> Era contra a sociologia criminal, proposta por Ferri, e reproduzida no esquema explicativo de associação do crime à miséria e nas demandas por intervenção preventiva do Estado, que Hungria se posicionava. Não apenas o positivismo criminológico da Escola Positiva era algo de sua critica, mas também os socialistas do direito penal, que advogavam o fim do direito penal por meio do fim da desigualdade social (Roberto Lyra enfrentou esse debate em *Pobres e Ricos em direito penal*. **Revista de Direito Penal**. Vol. III, Fasc.3, dezembro de 1933, p. 524-532) "(...) admitido o *simplicismo* de levar à conta da hodierna organização econômica a quasi totalidade dos crimes, é claro que o eficiente tratamento da criminalidade por modo diverso do adotado pelos codigos penais vigentes, exigiria, preliminarmente, a modificação *ab imis* da entrosagem social contemporanea. Segundo alguns visionarios mais arrojados, nem mesmo haveria necessidade, na sociedade remodelada, de codigos penais... Ora, como se há de compreender, então, que o estudo do direito penal se preocupe com idéas conducentes, não à sua reforma dentro da realidade social de nossos dias, mas à sua mais formal negação ? » (HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico-penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc.I-III, julho-set, 1938, p. 35-37).

<sup>312</sup> HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico-penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc.I-III, julho-set, 1938, p.35. A partir dessa nova elaboração de Hungria, as « Escolas Penais » serão o alvo de críticas do jurista, reconhecidas como o campo da disputa político-criminal por excelência, alheia à ciência do direito, vinculada tão somente à exegese da lei e sistematização do direito. Embora não possamos encontrar um verdadeiro « debate entre Escolas », como afirmamos em item anterior, o discurso de Hungria faz parecer, talvez como

Hungria conduzia, pois, a ciência jurídica a sua vinculação à lei, como reconhecimento de autoridade do Estado, a ser analisada unicamente sob seu aspecto técnico.

O *técnicismo jurídico-penal* é o estudo sistemático, a exposição rigorosamente técnica do direito penal, como realidade jurídica, isto é, direito penal deduzido da legislação do Estado.<sup>313</sup>

Essa passagem traduziu o processo de dogmatização pelo qual passou o direito penal durante a década de 1930. Não havia a rejeição *tout court* de termos médicos, psicológicos ou sociológicos, desde que eles estivessem vinculados à lei e fossem objeto privilegiado do debate doutrinário na dogmatização de seus conceitos. Os conceitos pré-legais que são considerados, nesse estágio "apriorismos" ou "divagações românticas", quando se tornavam objeto e parte da lei do Estado, tornavam-se o mais nobre objeto científico dos juristas. Como sói acontecer com o debate sobre a periculosidade, como veremos no Capítulo Sexto: critério da periculosidade não foi rejeitado, por sua vagueza científica, mas antes terminou por ser juridicizado no processo de codificação, para que então, pudesse ser tido como objeto *legal*, tema de debate dos juristas. O Estado era, portanto, quem oferece o *toque de midas*, que transformava conceitos imprecisos em objetos científicos para o estudo dos juristas.

Alessandro Baratta, nesse sentido, afirma:

*En efecto, al igual que la teología en los textos sacros, la jurisprudencia está obligada a ver en la ley la revelación de una voluntad (no importa sea la voluntad del legislador o la voluntad de la ley) a la que debe rendir pleitesía convirtiéndola en su oráculo. Semejante voluntad constituye para la jurisprudencia, no solo un hecho que hay que explicar e interpretar, sino un principio de*

---

parte de uma construção retórica *ad hoc* das Escolas, que a doutrina penal vivia o debate de idéias organizadas em Escolas no campo da política-criminal. (HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico-penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc.I-III, julho-set, 1938, p.39).

<sup>313</sup> HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico-penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc.I-III, julho-set, 1938, p. 35.

*autoridad al que debe permanecer  
necesariamente subordinada.*<sup>314</sup>

Este texto no qual Hungria elaborou e sintetizou pela primeira vez suas considerações sobre a Ciência do Direito Penal, sua adesão à proposta de Rocco (embora não declarada) se demonstrou clara. A vinculação do jurista ao direito positivo e a elaboração de seu método técnico-jurídico, admitida a complementariedade do método indutivo das ciências auxiliares, era o mesmo programa de Rocco em 1910.

Se não podemos perfilar Rocco entre os formalistas legalistas do século XIX, tampouco podemos encontrar em seu programa de 1910 um afastamento radical da consideração legalista de que o direito positivado é o direito justo, e de que a "justiça" está plasmada nos textos legais, ao qual deve aceder o trabalho do jurista.<sup>315</sup>

Hungria, em 1942, afastou-se mais desse modelo e seguiu com suas considerações sobre a Ciência do Direito Penal e trouxe consigo elaborações nas quais definiu com mais nitidez o deslocamento da função do jurista e a ordenação principal da dogmática penal vinculada não à *segurança jurídica*, mas à realização da *justiça*.

O jurista deveria, por meio do estudo técnico-jurídico do direito positivo, atender às demandas da vida "cambiante", e para aceder a elas deveria se aproximar ao "sentimento de justiça social" que, se foi em parte captado pelo legislador, não se petrificou nos textos legais. Se de um lado reconhecia o justo no direito positivo, também se abria para a busca do justo na adaptação do texto legal ao movimento da vida, "a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida."<sup>316</sup>

O acento de Rocco para produzir uma dogmática penal vinculada à "realidade natural e social" estava em integrar o método lógico-dedutivo das ciências jurídicas ao método experimental indutivo das ciências médicas, antropológicas e sociológicas. Hungria, em seu texto de 1942 se alçava a outras considerações, que atribuíam ao jurista a tarefa de sistematizar e interpretar o direito penal acedendo ao

---

<sup>314</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Dogmática Penal**: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et al. **Política criminal y reforma del derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982. p. 46

<sup>315</sup> ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. **Rivista di diritto e procedura penale**, vol. I, 1910.

<sup>316</sup> HUNGRIA. Introdução à Ciência Penal. **Revista Forense**, n.22, outubro, 1942b.p. 8.

" sentimento de justiça social " e à " alma coletiva " por meio de uma interpretação teleológica do direito positivo.<sup>317</sup>

Nesse sentido, estava em jogo não apenas uma questão de ordem teórica, mas um novo lugar para o jurista (e também para o magistrado) diante de suas funções sistematizadoras. Caberia ao jurista (e caberia também ao magistrado) *interpretar* o direito positivo e adequá-lo às demandas cambiantes da vida e às finalidades de *justiça social*. Não deveria ser ele apenas um exegeta ou um glosador.<sup>318</sup>

Em decorrência dessas transformações a dogmatização do direito penal não se consolidava tendo como eixo gravitacional o valor da *segurança jurídica*. Esse valor era considerado uma das funções (declaradas) da dogmática jurídica no seu modelo constitutivo legalista formalista, no qual a percepção da lei, clara e exata, e a vinculação do jurista e do magistrado a uma atividade exegeta e silogística, não criativa, teriam a finalidade de garantir a segurança jurídica aos indivíduos. O valor da *segurança jurídica* era substituído pelo valor da *realização da justiça*.

Vera Andrade reconheceu na constituição daquele paradigma dogmático, fundado no legalismo formalista, o eixo de legitimação pela legalidade do direito penal, definido por sua função declarada de realização de segurança jurídica.<sup>319</sup> Entretanto, no processo de

---

<sup>317</sup> Com uso de uma linguagem bastante metafórica e emotiva, Hungria afirma: « (...) não se pode estimar a ciência penal se não se tem a alma aquecida pelo profundo e emotivo sentimento de justiça social, - matéria incandescente que o legislador colheu na alma coletiva e plasmou com a sua própria alma, e que não se petrifica no engaste dos textos legais. » (HUNGRIA, Introdução à Ciência Penal. *Revista Forense*, n.22, outubro, 1942b, p. 7). À parte do recurso metafórico da linguagem de Hungria e seu apelo quase « metafísico » à « alma da coletividade », podemos entender a proposta do jurista vinculada à virada sociológica do positivismo em fins de XIX e início de XX na Europa, que superando a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos, buscasse na « realidade social » a interpretação da lei. Entre esses juristas poderíamos identificar Jhering, citado no texto de Hungria. Para uma leitura da relação entre a lei e sua vinculação com as finalidades sociais na jurisprudência pragmática e no percurso teórico de Jhering, cf. LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ed. Ariel, 1994 ; WIEACKER, Historia do direito privado moderno. 2 ed. Trad. A. M. Botelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980).

<sup>318</sup> No contexto europeu essa mudança nas ciências jurídicas que avançavam ao legalismo exegetico costuma ser explicada com o fenômeno do envelhecimento dos códigos de início do século XIX. Para que eles pudessem se atualizar com as novas demandas sociais (concentração populacional nos centros urbanos, desenvolvimento do capitalismo industrial, novas relações entre capital e trabalho) era necessário que os intérpretes do direito ganhassem novo papel, não mais restrito à atividade exegetica e silogística. Era necessário reconhecer o papel criativo na produção do direito aos seus intérpretes. Em nosso contexto, entretanto, essa reformulação do papel do jurista ocorria simultaneamente à nova codificação penal.

<sup>319</sup> 'Ciência Jurídico-Penal' (Dogmática Penal), herdeira última das luzes na bifurcação positivista e cujo problema declarado e oficialmente assumido é a racionalização do poder

consolidação dogmática na década de 1930 no Brasil, a elaboração teórica de Hungria veio a confirmar o que, no debate doutrinário já vinha se esboçando: a construção técnico-jurídica do direito penal embora contivesse em si um projeto vinculado à legalidade (na medida em que tomava o direito positivo como fonte de produção do direito e assim procedia à racionalização do poder punitivo), não tinha como seu eixo organizador (e declarado) a segurança jurídica. Se na elaboração teórica de Hungria a realização de *justiça social* era alçada como o valor relevante na produção científica do direito, nas referências ao tecnicismo da doutrina rotineira<sup>320</sup> era a defesa social que orientava a necessidade de racionalização de um controle eficaz da criminalidade.

A construção de um sentido de "justiça" na interpretação do direito positivo seria colhido, a despeito do recurso retórico da "alma da coletividade", no *sentido dado pelos juristas no debate do direito*. Era a própria comunidade dos juristas, reconhecida como uma intérprete e mediadora entre os interesses do povo e da Nação, quem preencheria de conteúdo a finalidade da "justiça social" como critério interpretativo. De onde podemos induzir que era a *justiça* realizada como promoção da *defesa social*, sentido corrente entre os juristas da época na organização do direito penal, que orientaria as interpretações do direito positivo.

A esse eixo estruturante da defesa social na elaboração da ciência do direito penal também se agregavam circunstâncias políticas conjunturais que aprofundavam as suas características antiliberais e davam sentidos específicos ao critério da defesa social. De um lado, a lei tomada como fonte da produção do direito não era resultado de um Poder Legislativo de representação popular, mas antes era produzido pelo Poder Executivo constituído a partir de um golpe político. De outro, o discurso político do fortalecimento do Estado e da identificação com a Nação a partir das noções de unidade e homogeneidade também marcavam conjuntamente as interpretações referentes à necessidade de defesa da sociedade contra a criminalidade política e comum.<sup>321</sup>

---

punitivo (limites e cálculo da violência punitiva) em nome da segurança do indivíduo.

(ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**.1997, p. 101).

<sup>320</sup> Veja os casos citados nos dois itens antecedentes.

<sup>321</sup> No quinto capítulo trataremos da dimensão política da legalidade a partir das inflexões da discussão sobre criminalidade comum e política. Ali faremos referência aos textos dos doutrinadores que discutiam as leis dos crimes políticos e as mudanças referentes aos crimes comuns.

#### 4.4 DOGMATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A RETÓRICA CRIMINOLÓGICA

A campanha contra a "medicinização do direito" empreendida por Lyra e a campanha contra a "sociologização do direito" manifestada por Hungria simbolizaram uma dupla organização do saber penal, que diferentemente de se excluírem, encontraram uma complementariedade.

Tanto a retórica criminológica quanto o tecnicismo jurídico possuíam em comum uma demanda pela modernização do controle penal, que acabou por exigir na década de 1930 uma dupla especialização dos juristas e a vinculação à lei definida pelo Estado. O saber penal engendrava uma especificidade na formação dos juristas técnicos: era preciso conhecer a *lei* como sintoma de um reforço da autoridade estatal, mas era também preciso conhecer o *delinquente*, como parte da aptidão de seu exercício de defesa social. O acento não estava em uma percepção de segurança jurídica, típica da doutrina legalista, mas sim na organização de um controle penal eficaz.

A formação de um ensino *técnico* dos juristas vinha sendo impulsionada pela Reforma do Ensino promovida por Francisco Campos e pela Reforma da Justiça Penal organizada desde o início da década de 1930.

Hungria, em 1931, em defesa do arbítrio judicial previsto no anteprojeto Sá Pereira já expunha sua expectativa em relação à tecnicização da atividade judicial proposta pelo Governo Provisório.

Dentro dos delineamentos do Projeto Sá Pereira não há que receiar o relativo arbítrio do juiz. Em via de regra os nossos magistrados são intelectual e moralmente capazes, serenos, imparciais, dotados do senso de justa medida, animados de um sincero desejo de acertar. Nada impede que, com o advento do novo Código e com a proclamada unificação da justiça, seja no mesmo passo reformada a nossa organização judiciária, de modo que fique assegurada, em todo o país, a formação de uma **magistratura de elite**.<sup>322</sup>

---

<sup>322</sup> HUNGRIA, Nelson. O juiz no Código Penal actual e no ante-projecto Sá Pereira. **Revista de Crítica Judiciária**, vol. VIII, n.1, Rio de Janeiro, janeiro 1931.

Roberto Lyra, dez anos depois, confirmava a expectativa da modernização e tecnicização dos *profissionais* do controle penal.

A certeza de que o acesso à magistratura, aos magistrários, às funções administrativas e técnicas nos serviços auxiliares da Justiça só depende do merecimento apurado em provas públicas, vai amparando e selecionando as vocações. Florescem, em consequência, os estudos penais, fundando-se associações e revistas, ampliando-se a quantidade e qualidade de bibliografia original e das traduções, impulsionando as pesquisas e as observações nos austeros ambientes de elaboração científica.<sup>323</sup>

Para além dessa *afinidade* instrumental, essas campanhas representaram uma consolidação do saber do controle como competência quase exclusiva, preponderante, do jurista. Esse domínio se operou de um modo específico. De um lado, os juristas se apropriaram da retórica criminológica, dos saberes auxiliares da medicina, biologia e sociologia. De outro, os que aderiram ao tecnicismo jurídico exigiram para a Ciência Penal a centralidade da lei e seu processo de dogmatização. Ambos consolidaram a centralidade do jurista no direito penal que, revestido de retóricas terapêuticas da pena (pertencentes às sociologias, psicologias, medicinas, biologias), garantiu seu lugar como poder repressivo.

Os primeiros foram responsáveis por elaborar, vulgarizar, **ecletizar** as teorias médicas e sociológicas vinculadas ao positivismo criminológico. Essa vulgarização compôs, por outra parte, a formulação da ciência jurídica. De algum modo, os juristas serviram de filtro e seleção dos saberes criminológicos que ocupariam o controle penal.

Nesse mesmo sentido, Baratta ao tratar da consolidação do modelo de saber penal na Europa nas primeiras décadas, afirma que o papel do jurista era o de mediação entre a criminologia e as políticas

---

<sup>323</sup> LYRA, Roberto. Um decênio de Reformas Penais. **Revista Forense**, dez. 1940, p. 201. Uma das mudanças promovidas na Justiça Penal nesse sentido adveio do decreto 22.478/1932, por meio do qual a Ordem dos Advogados restringia o cargo de defesa no Tribunal do Júri aos advogados, como forma de eliminar do quadro da justiça os « rúbulas », representantes do discurso jurídico em decadência. Tal decreto não foi interpretado de modo pacífico. Ver Decisão do Superior Tribunal de Justiça da Bahia (*Revista de Direito Penal*, Vol. VII, out-dez, 1934, 172-177). Sobre o tema, o texto FRANCO, Ary Azevedo. Exercício ilegal da advocacia. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, jan, 1935, p. 15-21.

criminais. O que explicaria a adesão a utilização eclética e vulgarizada (caráter ateuórico) das variadas teorias criminológicas que pudessem servir como elementos estabilizadores e conservadores para as políticas criminais, a serem traduzidas em lei penal.

*Sin embargo, el origen de las barreras con las que choca la política criminal científica en el traslado de los conceptos criminológicos a la práctica, debe buscarse también en la limitada capacidad de la ciencia jurídico-penal para el procesamiento de esos conceptos. (...) Entre los factores indirectos deben considerarse sobre todo la circunstancia de que dentro del sistema penal, el monopolio de la mediación entre la criminología y los centros decisorios de la política criminal oficial, corresponde a la ciencia jurídico-penal. Lo anterior conforma el papel de los juristas dentro del extenso ámbito de la política criminal. El hecho de que esta tenga en mira casi exclusivamente el momento represivo (política penal en sentido estricto) les inclina a privilegiar aquellos aspectos de la criminología que pueden ser traducidos directamente en medidas penales (preparación de sanciones lo más adecuadas posible para el control social de la criminalidad, determinación de la pena, prognosis criminal, etc). Esto explica también la predilección general de los juristas por la denominada 'criminología multifactorial' (...).*<sup>324</sup>

O jurista eloquente não se desfez dos saberes híbridos advindos dos saberes criminológicos, que já se encontravam consolidados quando o desenvolvimento do tecnicismo jurídico ganhou impulso em fins de 1930. O modelo dogmático, por sua vez, ao trazer para o centro a lei como fonte do conhecimento doutrinário, delimitou o jurista como

---

<sup>324</sup> (BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Dogmatica Penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal**, 1982, p. 55). Garland, analisando o contexto de reformas da grã-bretanha no início do século XX também chega a resultados semelhantes, afirmando o papel dos reformadores penais como intérpretes pragmáticos das propostas criminológicas e correccionalistas. Garland : « These penal reformers produced very little that was original in the way of analysis, technique or recommendation, their importance lay in their ability to translate programmatic statements into the pragmatic terms of British penal politics. » (GARLAND, David. **Punishment and Welfare**, 1985, p.123)

intérprete e produtor do saber do controle penal. Operacionalmente o que sobrou foi o residual da pena para o médico. A retórica criminológica (e terapêutica da pena) foi mantida, mas a operação seguia sendo repressiva.

A interação criminodogmática também representou a instrumentalização dos saberes do controle penal. De um lado a formulação do tecnicismo jurídico (mesmo que marcada pela aproximação intuitiva por parte da doutrina) garantia o esvaziamento político do debate jurídico. De outro, as fórmulas criminológicas instrumentalizavam os saberes científicos, médicos e sociológicos, a serviço das políticas de Estado de combate à criminalidade. E o novo corpo técnico, especialmente ocupado pelos juristas, deveria operar o sistema de justiça penal.

A tecnicização, sob esses aspectos, marcavam sua vinculação às políticas do Estado. Especialmente se compreendemos o especial momento político pelo qual o país passava, verificamos que essa característica que parece ser estrutural na consolidação do pensamento penal, intensifica-se.

Marcamos esse aspecto da *instrumentalização* do saber como um dos pontos de inflexão do pensamento criminológico e dogmático, no modo como se consolidavam historicamente no Brasil.

Os saberes criminológicos apresentavam uma forma de independência do jurista em relação às propostas político-criminais do Estado, muito embora historicamente eles coincidissem com o discurso da eficiência em defesa da sociedade. Eles representava um jurista ocupado em pensar um direito justo (e eficiente) e de formular políticas penais.

Entretanto, a consolidação desses saberes criminológicos organizados a partir do pensamento do tecnicismo jurídico-penal (marcado no Brasil por sua inflexão antiliberal), fundavam uma espécie de *domesticação* do jurista no que toca a formulação de políticas-criminais. Não era mais ele o responsável por defini-las. Eles tinham agora a função de *cumprir* com as políticas definidas pelo Estado em forma de *lei* (mesmo que essa lei não fosse produto de um processo democrático representativo). Seus conceitos e saberes criminológicos continuavam a valer, mas apenas na medida em que serviam e eram autorizadas pela política estatal.

Essa *instrumentalidade* das ciências, apresentadas entre os autores que aderiram às ciência criminológica ou à ciência penal, tornava-se ainda mais visível na medida em que serviam a uma política

de Estado pautada pela concentração de poderes no Executivo e pela ideologia da Unidade.

Roberto Lyra e Nelson Hungria foram os juristas que representaram a consolidação dessa trama do saber penal. À parte a trajetória teórica e política de Hungria especialmente *camaleônica*, como abordaremos no Quinto Capítulo, o posicionamento de ambos, em seguida à publicação do Código Penal, reconstruiu o papel da dogmatização do direito penal em conjunto com a consolidação dos saberes criminológicos.

Nelson Hungria publicou em 1942 o texto "Teorias Criminológicas e Código Penal"<sup>325</sup> e Roberto Lyra publica, em 1940 "A Escola Penal Brasileira"<sup>326</sup>. Os dois exaltaram a técnica jurídica com que se produziu o Código. Mas Hungria fez o papel de desqualificar as ciências criminológicas, ignorando todas as suas contribuições à formulação legal do direito penal; enquanto Lyra foi o responsável por filtrar e elaborar os conceitos da criminologia para a elaboração técnico-jurídica da legislação penal.

Hungria sustentou que as teorias criminológicas teriam sido reduzidas aos pareceres dos médicos, exigida em dois ou três artigos do Código, resguardada a livre decisão do juiz. A partir dessa avaliação afirma que o documento enviou as ciências criminológicas ao "limbo".

No Brasil, onde o estudo do direito penal tem sido tão descuidado, ensejando-se a difusão de ideias superficiais e graúdos equívocos, precisamos, agora que o advento do novo Código veio trazer oportunidade e estímulo para uma revisão geral de conhecimentos, traçar, uma vez por todas, a linha de fronteira ou de circunvalação da ciência jurídico-penal. Notadamente, já não é mais tolerável, em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas *ciências criminológicas*, que ainda se continue a falar delas como de *ciências penais*.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> HUNGRIA, Nelson. O Código Penal e as novas teorias criminológicas. **Revista Forense**, agosto, 1942a.

<sup>326</sup> LYRA, Roberto. Escola Penal Brasileira. **Revista Forense**, julho, 1940a.

São ambos textos posteriores à produção do Código, contextualizados na reconstrução da narrativa sobre as disputas de *Escolas* e na proposta de legitimação do novo documento penal

<sup>327</sup> HUNGRIA, Nelson. O Código Penal e as novas teorias criminológicas, 1942a, p. 14. Como veremos no Capítulo Quinto, foi essa passagem de Hungria que veio sendo citada pelo revisionismo para concluir pela pouca influência do saber criminológico na Reforma penal.

Hungria desconsiderava que a retórica criminológica já havia sido assimilada pelos juristas e dogmatizada a partir da organização penal para a defesa social. O delinquente, no sistema penal, já havia ganhado um papel importante como objeto de intervenção. Basta observar o caso da periculosidade tomado como critério inquestionável de restrição de direitos e garantias, como veremos no Capítulo Sexto.

Roberto Lyra, por sua vez, defendendo o caráter político-criminal de defesa social do Código afirmava:

Em suma, Código unitário, defensivo, fiel à técnica jurídica, mormente na disciplina dos institutos, uma sensível à realidade humana, ética, social, psicológica e psicopatológica. **As ciências sociológica, biológicas e médicas foram convocadas para as suas missões especiais, mas não exclusivas.** Defesa social humana, mas eficiente e justaposta, através de sanções reparadoras, porém intimidantes.<sup>328</sup>

Em seu texto buscou inventariar uma possível "Escola Penal Brasileira", bem aos moldes da tendência de então, em reconstruir a narrativa evolutiva do "debate entre escolas" das décadas anteriores, que se precipitaria na elaboração de um Código "à altura da sua época". Seu discurso representou a consolidação da apropriação jurídica da retórica criminológica.

.....

A interação criminodogmática do saber do controle penal nos anos 1930 impulsionou o processo de modernização em dois sentidos: no sentido da burocratização desenvolvida pela especialização do saber penal, e no sentido da racionalização do poder punitivo promovida pela centralização da lei na organização do saber e do controle punitivo.

Se não podemos definir, neste trabalho, até que ponto nas décadas seguintes essas linhas modernizadoras do controle penal se concretizaram, podemos traçar dois aspectos fundantes da interação do saber criminológico e dogmático no controle punitivo: a sua organização a partir da legitimação pela defesa social e o seu conteúdo

---

<sup>328</sup> LYRA, Roberto. Escola Penal Brasileira. **Revista Forense**, julho, 1940, p. 14.

repressivo garantido pela centralidade dos juristas na operação do saber do controle penal.

A já consolidada retórica criminológica apropriada pelos juristas no debate de 1930 garantiu o lugar de centralidade do delinquente a partir dos fundamentos de desigualdade advindos dos fatores médicos, antropológicos e sociais. Com o advento da discussão sobre o tecnicismo jurídico essa retórica continuou operando por dentro da especialização do saber jurídico-penal.

Por sua vez, a dogmatização do direito penal promovida em fins de 1930 não se orientou pelos critérios de segurança jurídica referentes à legitimação pela legalidade. Para além da racionalização promovida pela centralização da lei como fonte da produção do direito, foi o eixo da defesa social e da realização da "justiça" quem definiu o processo de concretização dogmática e de poder do jurista em produzir o saber do controle penal.

O conteúdo repressivo da defesa social foi um dos resultados do predomínio dos juristas no campo do saber penal e criminológico. A disputa entre o domínio dos saberes penais e médicos não representou apenas uma questão de ordem profissional e teórica, mas definiu o conteúdo punitivo e as relações entre ordem e liberdade no campo penal.

O eixo da legitimidade pela defesa social que atravessou a formação do saber penal redefiniu seus conteúdos a partir do aspecto repressivo (embora revestida por discursos terapêuticos), redefinindo consigo os limites do poder punitivo e suas justificativas.

Por meio da análise de três debates que estiveram presente durante toda a década de 1930 na Revista de Direito Penal, iremos compreender de que modo a predominância da legitimação pela defesa social no saber criminológico e dogmático se estruturou em relação à legitimação pela legalidade.

Compreendendo a legalidade a partir de três dimensões: política, técnica (doutrinária e jurisprudencial) e jurídica (lei positivada), nos deteremos nas duas primeiras para observarmos no debate penal os seus conteúdos em conjugação com o eixo da defesa social.

No próximo capítulo, acompanharemos o debate sobre a pena de morte para compreender a dimensão política da legalidade. Para isso, discutiremos sobre os limites e justificativas do poder de punir, definindo a relação entre ordem e liberdade colocadas em questão pelo debate doutrinário.



## 5. LIBERALISMO PENAL: A DIMENSÃO POLÍTICA DA LEGALIDADE SUBORDINADA À LEGITIMIDADE PELA DEFESA SOCIAL

A legalidade em sua dimensão política tem como conteúdo a limitação do poder punitivo face à liberdade individual.<sup>329</sup> Ela é a expressão política do liberalismo penal. Esse é, entretanto, um entendimento a-histórico, na medida em que na conformação do controle punitivo a dimensão política da legalidade está permanentemente co-constituída pela tensão e pela polarização entre a *limitação* e a *justificativa* do poder punitivo, expressa em termos de polarização entre os limites da liberdade individual e as demandas por ordem. É na constituição dos controles punitivos *na* história que os conteúdos da liberdade e da ordem se tensionam, se remodelam, se redefinem, em constante movimento.

No capítulo anterior observamos que o saber dos juristas constituiu-se na década de 1930 a partir da prevalência da concretização do eixo legitimador da defesa social, fundado na retórica criminológica e estendido ao processo dogmatizador do direito penal. De que modo a legitimidade pela defesa social subordinou a legitimidade pela legalidade na definição da relação entre ordem e liberdade no debate penal dos anos 1930? Essa indagação nos aproximou à discussão sobre a pena de morte neste período.

As justificativas e limites à pena de morte estão, tradicionalmente, relacionados aos programas clássicos do liberalismo penal. Na Itália, por exemplo, Sbriccoli identifica em meados de 1800 a formação de uma "penalística civil", contextualizada em um Estado de caráter autoritário, no qual os juristas ocupavam um papel de realizadores de uma "ação cultural civil" através da eleição de três temas relevantes: a abolição da pena de morte, a proporção da pena e o sistema de provas. Eram problemas clássicos, que retornavam ao centro

---

<sup>329</sup> Vera Andrade, referindo-se à Escola Clássica – ressaltados aqui o olhar historiográfico de Sbriccoli que desmitifica a existência dessa Escola e a ressalva da própria autora que nega a existência orgânica de um “escola”-, mais precisamente ao momento fundacional das discussões iluministas sobre o poder de punir. “Trata-se do inequívoco significado político liberal e humanitário, pois a problemática comum e central que preside seus momentos fundacionais e atravessa o seu desenvolvimento é a problemática dos limites – e justificativa – do poder de punir face à liberdade individual.” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 47).

da preocupação penal por meio de perspectiva reformadora iniciada pelos iluministas.<sup>330</sup>

Entretanto, o tema da pena de morte, tradicionalmente considerado um tema clássico de perspectiva iluminista<sup>331</sup>, durante a década de 1930 ganhou contornos específicos no debate entre os juristas. Indagaremos o tema como forma de compreender de que modo o eixo de legitimidade pela defesa social constituiu a própria dimensão política da legalidade a partir do discurso doutrinário dos juristas. Nessa interação os contornos do conteúdo *liberal* do direito penal se redefine.

Tomamos pois o próprio *liberalismo penal*, dimensionado nas interações entre defesa social e dimensão política da legalidade, entre conteúdo de liberdade e demandas de ordem, como nosso objeto de análise. Sem considerá-lo como categoria analítica *a priori*, mas buscando os sentidos históricos nos horizontes explicativos e no limite do pensável do debate jurídico, pretendemos capturar inflexões mais sutis do saber do controle penal, advertidos que estamos dos problemas teóricos expostos por Koselleck, em sua proposta da história dos conceitos.<sup>332</sup>

Roccas, Ferris, Carraras, não são tomados como referências que atribuem sentido às perspectivas políticas da legalidade desenvolvidas no saber penal no Brasil. São tomados, antes, a partir da leitura e da apropriação realizada pelos juristas brasileiros em um contexto político e social particulares. O *liberalismo penal* tem seus sentidos construídos no percurso das publicações, parte de enunciados textuais e orais que configuram uma perspectiva particular do campo penal e criminológico, respondendo a confrontos institucionais e políticos de seu tempo.

## 5.1 A LEGITIMIDADE PELA DEFESA SOCIAL E A SUBORDINAÇÃO DA LEGITIMIDADE PELA LEGALIDADE

<sup>330</sup> SBRICCOLI, Mario. **La penalistica civile**. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita. In: COSTA, Pietro (et alii). **Stato e Cultura Giuridica in Itália Dall'Unità allá Repubblica**. Roma-Bari: Laterza e Figli, 1990, 155-157.

<sup>331</sup> Sbriccoli se refere à campanha contra a pena de morte, organizada pelos juristas na metade do século XIX na Itália: "Le si attribuiva, e non a torto, una funzione di sigla: un valore simbólico, oltre che pratico – di principio, oltre che político – dal quale si faceva dipender anche una speranza di incivilimento della società." (SBRICCOLI, Mario. **La penalistica civile**. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita. In: COSTA, Pietro (et alii). **Stato e cultura giuridica in Itália dall'Unità alla Repubblica**. Roma-Bari: Laterza e Figli, 1990, p. 163.

<sup>332</sup> KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos : problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n.10, 1992.

Em 1936 os juristas se reuniram na Primeira Conferência Brasileira de Criminologia.<sup>333</sup> Tinham por finalidade discutir o projeto de Código Criminal proposto por Sá Pereira, revisado por Bulhões Pedreira e Evaristo de Moraes, "tendo em vista, particularmente a *realidade brasileira*".<sup>334</sup>

Naquela ocasião, Vicente Ráo, então Ministro da Justiça, falou ao público:

A legislação penal brasileira (...) já anda a retalhos: necessidades prementes, necessidades novas, aspectos novos da vida penal e criminológica teem ditado, sucessivamente, o recurso à lei de emergência.

Se ainda há pouco tivéssemos de defender a sociedade brasileira e o regime político que ella adoptou, dentro das normas do velho Código Penal, estaríamos sem armas para a defesa.<sup>335</sup>

A motivação que reunia os esforços políticos por uma nova codificação penal se vinculava explicitamente ao terreno da *necessidade* de defesa da sociedade e do regime político. O recurso às leis de emergência deveria ser substituído por um Código capaz de armar a sociedade para a sua defesa, no plano de sua organização política e social. O plano era, explicitamente, trazer para o Código a exceção e a emergência contida nas leis extravagantes de então, que surgiam sob a *imperiosa* necessidade que os "aspectos novos da vida penal e criminológica teem ditado".

Aquele projeto de Código Criminal, embora aprovado pela Câmara de Deputados, foi abandonado com a instituição política do Estado Novo. Um novo projeto foi solicitado para Alcântara Machado, jurista, professor de Medicina Legal da Faculdade de São Paulo, tendo sido aprovado pelo Governo um Código revisado e alterado pela Comissão, composta por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcelio Queiroz.

Já estávamos em um regime político declaradamente de exceção, se contarmos com o fechamento do Congresso Nacional e a instalação permanente de um Tribunal de Segurança Nacional. Entretanto as motivações e a ideologia política do Estado se formou durante toda a

<sup>333</sup> A Conferência contou com 45 instituições judiciárias e científicas e cerca de 100 delegados.

<sup>334</sup> Apresentação. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I – III, out-dez, 1936, p.3.

<sup>335</sup> Decima Primeira Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 146.

década de 1930, até a maturação que tornou possível o estabelecimento bem sucedido do Golpe de 1937.

A manifestação de Vicente Ráo, um ano antes do Golpe não pode, portanto, ser entendido, senão como parte dos projetos políticos que se efetivaram em 1937. Suas palavras foram, posteriormente, na Exposição de Motivos do Código Penal produzida por Francisco Campos, traduzidas com o discurso *conciliatório* que também fazia parte do novo regime, assentado sob as bases de um *Estado de compromisso*.

A incorporação da emergência e da exceção na nova ordem normativa penal e processual penal do Estado Novo não foi invenção de uma Comissão Revisora ou do autor do anteprojeto do Código. A década de 1930 já vinha consolidando no discurso dos juristas e no debate penal e criminológico o recurso político-criminal que fundamentava a necessidade de institutos jurídicos para defesa da sociedade e do regime político. Exceto no que toca a justificativa da repressão dos crimes políticos que contava com certa independência e crítica dos juristas (não sem fortes inflexões que se distanciavam de uma postura *liberal* carrariana), a necessidade de institutos para a defesa da sociedade era, nos crimes comuns, um ponto bastante consensual.

As categorias criminológicas apropriadas pela retórica dos juristas, na década de 1930, abrigavam com o critério da *cientificidade*, e portanto, da *apoliticidade*, a necessidade de uma defesa eficiente da sociedade. A eficiência e o estabelecimento da *ordem* eram os anteparos da liberdade individual. O centro do debate penal não era o indivíduo, visto a partir de seus direitos invioláveis, mas a sociedade, compreendida a partir de suas necessidades de defesa em relação ao delinquentes (que deveria ser tratado ou punido).

O discurso sobre os crimes políticos obedecia a uma contingência mais acentuada. Enquanto no período pré e pós Estado Novo eles contavam com uma adesão dos juristas aos limites formais garantidos pelo Estado liberal, durante o regime político estadonovista as leis de repressão aos crimes políticos ganhavam sua justificativa como expressão do exercício de poder, responsável pelo restabelecimento da ordem político-institucional.

Apesar das contingências conjunturais relativas à organização política de 1930 (como constatamos nas formulações e justificativas sobre os crimes políticos), a modernização do controle possuía características específicas de longa duração, mais relacionadas à incorporação (e exclusão) dos novos segmentos sociais provenientes do processo de urbanização e industrialização. A legitimidade pela defesa

social que atravessou a dimensão política da legalidade foi marca dessa modernização e reveladora de um conflito entre classes sociais, entre homens produtivos e improdutivos, entre proprietários e não proprietários, entre os perigosos e os trabalhadores. Um conflito revelado na ambiguidade do debate jurídico-penal de 1930, proposto entre o discurso do reformismo ético que afastava a pena de morte em nome da utilidade das penas e da produtividade dos corpos, e o discurso repressivo que não negava a necessidade da intervenção excludente da punição para aqueles que não estivessem na *nova ordem produtiva*.<sup>336</sup>

O discurso do Ministro do Trabalho, Lindolfo Collor, em 1931, diante da reforma para a incorporação dos trabalhadores por meio das leis sociais e do trabalho, esclarece o sentido das reformas que estabelecia uma divisão entre inclusão/exclusão. O Ministro sugere aos operários:

‘ou aceitam a ação do Ministério do Trabalho, que traz uma mentalidade nova, de corporação, ou se consideram dentro de uma questão de polícia, no sentido do antigo governo. Ou abandonam a mentalidade bolchevista e subversiva, ou se integram no corpo social a que pertencem...’<sup>337</sup>

Se tal ameaça se referia a uma espécie de repressão política das classes trabalhadoras, bem representada nas greves e na repressão de 1917<sup>338</sup>, também revelava uma nova ordem social a ser instituída: daqueles que se integrariam na nova legislação social e previdenciária, como parte do *corpo social estatal* e, daqueles que, por consequência, não fariam parte dessa inclusão.

A *defesa social* revelava a questão que estava em jogo: era, antes que a ordem política instituída com o Estado Novo, a reestruturação da *ordem social*, marcada pelo processo de

---

<sup>336</sup> Na análise de Garland, em fins de XIX, na Grã Bretanha, o problema não era tanto a penalidade dirigida para as classes trabalhadoras, mas para as seções mais baixas dessas classes – “o pobre, o lupemproletariado, as ‘classes de criminosos’.” As pesquisas sobre as prisões nesse período demonstravam que os criminosos presos eram analfabetos, desqualificados e desempregados. (GARLAND, **Punishment and Welfare**, 1985, p. 38)

<sup>337</sup> O discurso do Ministro referia-se à nova legislação 19.770/1931 que regulamentava os sindicatos. Citado por CARONE, Edgard. **A república nova**. São Paulo: Difel, 1974, p.134.

<sup>338</sup> Tortima demonstra como se articulou juridicamente o discurso de repressão às greves dos trabalhadores em 1917, ao analisar a Conferência Policial Judiciária do Distrito Federal, no mesmo ano. (TORTIMA, Pedro. A conferencia judiciária-policial de 1917 no Rio de Janeiro, DF: uma radical virada conservadora no Estado Brasileiro. **Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, n.2, 2 semestre, 1996, p. 241-258.)

industrialização e pela incorporação /exclusão jurídica de novos setores da população (dependente, claro, das políticas desenvolvidas pelo Estado Novo), produtora de efeitos também no campo do penal : a necessidade de racionalização e uniformização do direito penal e o desenvolvimento de mecanismos de controle e centralidade do delinquente (a ser identificado na formação da população produtiva).

## 5.2 A LEGITIMIDADE PELA LEGALIDADE E A AUTO-IMAGEM DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Dentre os juristas que, em sua perspectiva revisionista do documento legal de 1940, reproduziram a perspectiva de que o Código havia adotado uma postura liberal penal, e assim, não havia aderido ao antiliberalismo do regime político Estadonovista, podemos encontrar uma linha de continuidade, a começar pela revisão realizada por dois autores do projeto de Código : Nelson Hungria e Costa e Silva<sup>339</sup>.

Nelson Hungria havia participado intensamente da reforma legal do Estado Novo (Código Penal, Lei de contravenções penais, Código de Processo Penal), mas não somente. Era um importante pensador do direito e do controle penal que, de certo modo, marcava tendências no pensamento político e técnico do direito penal, como já pudemos observar na sua trajetória em construir um pensamento para a Ciência do Direito Penal no Brasil. Seus trabalhos foram relevantes durante a década de 1930, e por meio deles, é possível aceder também a trajetória da elaboração " do topo " do pensamento penal brasileiro.

Hungria tornou-se referência para os penalistas que o seguiram e foram seus alunos, especialmente para Heleno Fragoso. Sua interpretação do Código produzido em 1940 ficou registrada por meio da publicação de seus " Comentários ao Código Penal " em 1948<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Apesar de Costa e Silva não ter figurado como nome oficial do grupo da Comissão Revisora do Código Penal, há manifestações de Hungria que confirmam sua ativa colaboração na elaboração do projeto. (HUNGRIA, Nelson. **A autoria intelectual do Código Penal de 1940**. In : HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**, (1948) 1977).

<sup>340</sup> Essa obra que se tornou referência entre os textos que serviam à produção da dogmática penal desde então. Em 1948 publicou alguns volumes referentes à Parte Geral e Especial do Código (com exceção do Vol. 2, escrito por Roberto Lyra, Vol. 4 escrito por Aloisio de Carvalho Filho, Vol. 9 redigido por Magalhães Noronha), reeditados em 1953, 1955 e 1958, tendo as edições seguintes contado com os acréscimos de seu aluno Heleno Fragoso. A riqueza de dados sobre a cultura jurídico-penal tornou a obra referência e narrativa primordial para a reprodução das opiniões sobre o direito penal no Brasil.

Já na primeira edição Hungria apresentou um texto no qual afirmava:

É absolutamente inexata a informação de Jimenez de Asúa (*Codigos Penales Iberoamericanos*, I, p. 174) de que ele atendeu o escopo de ‘defender a *nova ordem* brasileira personificada em seu Estado totalitário’. Primeiramente, nunca houve *totalitarismo* no Brasil. A Constituição de 37 não se podia dizer *totalitária* só porque procurou corrigir os excessos do individualismo e *armar* a própria democracia contra os extremismos da *direita* e da *esquerda*. A hipertrofia do Poder Executivo, que se seguiu, não resultou do sistema constitucional de 37, mas, ao contrário, da suspensão dele, em virtude de continuado *estado de emergência*, que redundou em franca ditadura. Se o Código de 40 não pactuou com o liberalismo *à outrance*, não o fez por injunção de tendência político-totalitária, mas em obediência a critérios pacíficos no setor do direito penal muito antes do advento dos governos antiindividualistas.<sup>341</sup>

Voltaremos, adiante, a buscar compreender essa passagem significativa. Mas por ora nos serve observar sua defesa do Código Penal, "praticamente defendendo-se (tendo sido ele um dos principais redatores do Código)", como afirma Sontag.<sup>342</sup> Era uma defesa pautada pela necessidade de livrar o documento legal de possíveis acusações de ter servido a um regime político ditatorial. Disso poderia depender sua permanência e durabilidade, já que em 1948 a política no Brasil (e também na Europa) ressentia-se das acusações que vinham à tona contra os regimes políticos antiliberais, derrotados na Segunda Guerra Mundial.

Um franco processo de democratização (no sentido liberal) e a necessidade de se estabelecer uma pauta de valores de proteção de direitos humanos no direito e nas teorias jurídicas (marcadas pela volta de um jusnaturalismo que fosse capaz de oferecer limites ao poder do Estado), levavam ao questionamento sobre a permanência de documentos que sobrevieram do período anterior.

<sup>341</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol.1, (1948) 1977, p. 41.

<sup>342</sup> SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria, 2009, p. 50.

Nelson Hungria cumpriu com esta necessidade de legitimar e *salvar* o Código Penal de 1940 de qualquer relação com os modelos de Estado antiliberais. Sustentou o caráter político-liberal a partir do reconhecimento da inclusão no Código Penal de princípios penais liberais.

Um Código que acolhe princípios centrais do individualismo político em matéria penal, quais sejam a proibição de analogia e a irretroatividade da *lex gravior*, não pode ser acoimado de *totalitário*.<sup>343</sup>

Essa interpretação de Hungria acabou por pautar uma das discussões sobre o alinhamento político-criminal do documento de 1940. Dentre os que defenderam, desde então, sua independência relativa aos elementos políticos antiliberais do regime do Estado Novo, o fizeram a partir da demonstração da presença de princípios político-liberais.<sup>344</sup>

Seguiram a Hungria uma sequência de juristas muito relevantes na construção do pensamento penal brasileiro, nos permitindo afirmar aí a construção de uma auto-imagem liberal do direito penal brasileiro.<sup>345</sup>

Costa e Silva, em 1967, declarou o alinhamento ao entendimento de Hungria, afirmando que “nascido sob o regime totalitário, o código não apresenta peculiaridade que lhe imprimam o cunho de uma lei contrária às nossas tradições liberais; não é um código de partido.”<sup>346</sup>

Não podemos desconsiderar que ele também fazia uma defesa de seu trabalho, visto que Hungria já havia se pronunciado em diversas ocasiões que Costa e Silva havia sido um importante jurista que participou da produção do Código, embora informalmente. Afirmou

<sup>343</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. 1, (1948) 1977, p. 41.

<sup>344</sup> Esta discussão centrada no debate sobre os princípios político-liberais obscureceu uma análise importante deste documento legal, analisado em conjunto com as demais leis promulgadas neste mesmo período, que determinaram a configuração de um modelo político penal previdenciário, conforme definição de Garland (GARLAND, David. **A cultura do controle**, 2008). Exceção se faz à leitura de Zaffaroni e Batista (2003) que acentuam esta característica a ser ainda explorada em outros estudos.

<sup>345</sup> Vera Andrade trata, em sua tese, da autoimagem liberal da dogmática penal na constituição do modelo do saber penal moderno. Sua constituição a partir das referências das estruturas jurídicas do Estado de Direito e sua promessa de segurança jurídica caracterizaram essa autoimagem. No capítulo anterior, demonstramos que a dogmatização do direito penal no Brasil, durante os anos 1930, respondeu mais a um eixo de legitimação de defesa social, pautado na atividade do jurista de interpretação fundada na “justiça” e nas necessidades de realização de um controle penal eficaz. Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**, p. 112-124.

<sup>346</sup> COSTA E SILVA, A. J. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Contasa, 1967, p. 10.

Hungria sobre a participação de Costa e Silva : " o auxílio que se poderia chamar a *supervisão* de Costa e Silva."<sup>347</sup>

Magalhães Noronha também afirmou, em seu Tratado de Direito Penal sua orientação liberal : " mérito do diploma que não obstante o regime político em que veio à luz, é de orientação liberal."<sup>348</sup>

Heleno Fragoso, principal discípulo de Hungria, declarou também, sem titubeios, que o Código incorporou "fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal."<sup>349</sup>

Essa passagem, aliás, costuma ser citada, para compor as revisões a respeito do alinhamento político-criminal do Código. Vejamos por exemplo o que diz Guiringuelli:

É certo que o Código de 40 surgiu em período ditatorial, de duríssima repressão, fechadas todas as casas legislativas do país, mas seus principais autores – Nelson Hungria e Roberto Lyra -, e o supervisor dos trabalhos – A.J. Costa e Silva -, são juristas de notório saber, vinculados a atividades acadêmicas, perfeitamente a par das grandes correntes político-criminais de então. O insuspeito Heleno Cláudio Fragoso chegou a dizer que esse Código Penal “incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal” (FRAGOSO, 2003, p. 78).<sup>350</sup>

Também Arno Dal Ri Junior, além de suas referências que corroboram o ecletismo de Escolas, pautou-se na suposta posição político-penal liberal de Hungria, sustentando que o Código esteve liberado de influências excessivamente autoritárias, garantido seu lugar no campo liberal penal.<sup>351</sup>

<sup>347</sup> HUNGRIA, Nelson. **A autoria intelectual do Código Penal de 1940**, 1977, p. 351.

<sup>348</sup> NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 4ª ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1967, p.70.

<sup>349</sup> FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.66.

<sup>350</sup> AZEVEDO, Rodrigo Guiringuelli e AZEVEDO, Tupinambé Pinto de. **Política Criminal e Legislação Penal no Brasil: histórico e tendências contemporâneas**. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord). **Política Criminal Contemporânea**. Criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>351</sup> DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.266-267. SERRA em estudo comparativo entre os estilos e referências teóricas de Hungria e Lyra também classifica o primeiro como « liberal-conservador ». Ele afirma que seria essa postura que justificaria o fato de Hungria em « dado momento histórico ser completamente hermético e autoritário, e noutro momento, adotar um enfoque mais humanista e amplo. » (SERRA, Carlos Henrique Aguiar. O direito penal e a

Zaffaroni e Batista corroboram as " insuspeitas palavras de Costa e Silva"<sup>352</sup> e a avaliação de Fragoso sobre seus fundamentos liberais, e, sob a ótica das Escolas, compreendem o declínio da Criminologia Positiva.

O que observamos nesta linha de continuidade em defesa do caráter liberal do Código de 1940 é a perspectiva de uma *auto-imagem liberal* em que os argumentos se fundam especialmente na permanência de princípios político-liberais na estrutura normativa do Estado. É também a revelação da força política deste documento, que precisou livrar-se constantemente das possíveis associações à sua origem antidemocrática, como o seu próprio modo de produção legal demonstra : resultado de um decreto-lei produzido pelo Poder Executivo e por uma Comissão técnica especializada de juristas.

Na Itália movimento semelhante no pós-guerra, guardadas as grandes diferenças entre as conjunturas políticas, ocorreu no sentido de fazer sobreviver o Código Rocco.

Segundo Piacenza:

O esquema interpretativo se reduzia a isso : o Código penal Rocco não é um código totalitário porque é formado por juristas liberais e sobre as bases das exigências maduras naquela época, caracterizada pela garantia democrática, todas substancialmente conservadas na legislação de 30, salvo institutos facilmente modificáveis.<sup>353</sup>

---

criminologia em Nelson Hungria e Roberto Lyra. **Discursos Sediciosos**, n.2, 2. Semestre, 1996, p. 260.)

<sup>352</sup>ZAFFARONI, Raul Eugenio, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro.

**Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal, 2003, p. 464. Apesar das adesões nos dois planos de revisionismo do Código : do recorte das Escolas, e do recorte do liberalismo, os autores apresentam um ponto de vista diferenciado no que toca a avaliação da programação criminalizadora do Estado de bem-estar social, vinculada ao intervencionismo no plano da economia e às teorias da pena preventivas que geraram uma diminuição no rigor penal sobre algumas condutas. Conseguem e são pioneiros, em retirarem-se do plano da dualidade *autoritarismo versus liberalismo* na análise do direito penal do período. É interessante ressaltar que Zaffaroni, em texto publicado com Pierangeli, quando se detém na análise do direito penal brasileiro, refere-se ao documento de 1940 a partir de sua adesão ao tecnicismo de caráter autoritário. Diferentemente de seu entendimento no livro posterior, de 2003, no qual entende que o tecnicismo foi responsável por mitigar os efeitos autoritários da Criminologia Positiva. (PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, vol.1. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011)

<sup>353</sup> Lo schema interpretativo si riduceva sostanzialmente a questo: il códice penale Rocco non è un códice totalitário perché formato da giuristi liberali e sulla base di esigenze maturate in quell'epoca, caratterizzata da garanzie democratiche, tutte sostanzialmente conservate nella

O debate reproduzido pelo revisionismo dos penalistas esteve centrado nas avaliações do Código Penal, enquanto documento político importante que sobreviveu em algumas décadas sem modificações significativas (até sua modificação de sua Parte Geral em 1984), voltado para o reforço político do documento.

*Pretendemos analisar esse caráter liberal atribuído ao direito penal. Mas nos interessa aqui, como viemos propondo ao longo do trabalho, avaliar não o documento do Código Penal em si, mas a maturação das justificativas e os fundamentos político-criminais que permearam a cultura jurídico-penal durante a década de 1930.* Além do poder direto dos juristas, nos move a investigação do saber promovido pelos juristas: compreender como circulam os saberes penal e criminológico, uma vez que entendemos que eles são constitutivos da cultura jurídico-penal de então, e foram parte da força produtora do Código enquanto documento político de seu tempo. Por meio deste recurso de análise, propomos avaliar as relações de força que estavam em jogo nas decisões político-penais e os horizontes explicativos existentes naquele momento.

### **5.2.1 A legitimidade pela legalidade em Hungria: o princípio jurídico da legalidade em dois tempos, “O direito penal e o Estado Novo” (1941) e “Comentários ao Código Penal” (1948)**

Observamos que o fundamento da auto-imagem liberal do direito penal vinculou-se à constatação da presença dos princípios jurídicos liberais no Código Penal. A permanência do princípio da legalidade em sua dimensão jurídica foi o suficiente para que se depreendesse a conclusão pelas raízes liberais do Código Penal. Sem desprezarmos esse relevante marco na constituição jurídica do direito penal<sup>354</sup>, pretendemos avaliar os conteúdos político-criminais que acompanharam a

---

legislazione del '30, salvo anche istituto facilmente modificabile.’ (PIACENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del Codice Penale e della legge di pubblica sicurezza*, 1979, p.270).

<sup>354</sup> Também é relevante registrar que a presença formal dos princípios liberais precisam ser analisadas em conjunto com toda a formalização legal do direito penal. A construção de institutos penais como a tentativa, o erro de direito e os tipos penais abertos podem conter, em si, recursos para reduzir significativamente o conteúdo limitador dos princípios liberais. Essa análise a respeito da legalidade no Código Rocco já foi realizada cuidadosamente por Sbriccoli e seria interessante observá-la também na conformação do Código Penal de 1940 no Brasil. Ainda não temos um estudo sistematizado sobre isso. Cf. SBRICCOLI, Mario. **Codificazione civile e penale. In: SBRICCOLI, Mario. Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti** (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2009.

formalização dos princípios liberais, indagar a legalidade em sua dimensão política.

Nossa proposta é perscrutar as justificativas político-criminais promovidas pelos juristas em 1930 a fim de compreendermos de que *liberalismo* os juristas de então se referiam. Assim, buscamos compreender seus sentidos no texto e contexto da época como forma de questionarmos certa consolidação no imaginário penal a respeito de nossa tradição liberal. Imaginário marcado pela referencia ao “príncipe dos penalistas”, Nelson Hungria.

Para isso, retornemos à citação anterior de Hungria, acima reproduzida, de seus "Comentários ao Código Penal" de 1948, para confrontá-lo com sua Conferência promovida em São Paulo, publicada em 1941, em defesa do direito penal no Estado Novo, "O direito Penal e o Estado Novo".

Em "O Direito Penal e o Estado Novo", Hungria ocupou-se em defender o novo Código Penal, sob o registro de um discurso político de adequação às diretrizes do modelo de Estado de então. Era enfático em reproduzir o discurso sobre a equidistância entre extremos e sobre a correção dos desvios do liberalismo que tinha o direito individual como fetiche. O discurso político de Hungria, nesse documento, foi praticamente a mimetização do discurso ideológico do Regime e suas consequências na ordem jurídico-penal.

O Estado Novo brasileiro não obedece a *místicas*, a ideologias artificiais, a concepções iluministas. Não acredita em direitos fora do Estado, mas também não o inspira o panteísmo hegeliano, a religião do divinismo estatal. Não é mais que uma retificação: retificação do regime democrático-liberal que, supersaturado do individualismo atomístico de ROUSSEAU e KANT, fizera do Estado um organismo anêmico e esclerosado. É a retificação da democracia liberal para salvamento da própria democracia.

(...) O Estado, de renúncia em renúncia, de concessão em concessão à liberdade individual, acabara por perder a sua própria autoridade, a sua indispensável eficiência para alcançar os seus supremos fins específicos. Era o *laissez faire laissez passer*. Era a indisciplina, o preâmbulo da anarquia, o princípio do caos. A grande preocupação era o funcionamento da máquina

eleitoral, para as comédias periódicas do sufrágio universal.

(...) Era preciso implantar-se, de par ou acima da liberdade, o princípio da autoridade. Foi o que fez o Estado Novo. Com o advento da Constituição de 37, o Estado deixou de subordinar-se ao indivíduo, para reassumir, em toda sua plenitude, o seu *jus imperii*, a sua inabdicável soberania. O ponto de mira do Estado deixou de ser o indivíduo e passou a ser a coletividade, o total dos indivíduos. (...) Para ao reajustamento dos interesses o Estado Novo é necessariamente intervencionista. (...) **O limite do seu intervencionismo é a necessidade do bem público, do bem estar geral, da paz pública, da prosperidade nacional.**

(...) O grande equívoco do liberalismo ortodoxo não foi apenas o de anquilosar o Estado, isolando-o, ensimesmando-o, exagerando-lhe a posição fenomênica. O Estado Novo não desconhece a capacidade realizadora do indivíduo, mas cuida de canalizá-la, de utilizá-la no interêsse do bem geral, e portanto, do próprio indivíduo.

(...) O Estado Novo não conhece direitos como privilégios intangíveis, mas tão somente direitos cujo exercício represente o papel funcional do indivíduo no Estado. Indivíduo e Estado são os protagonistas do destino da nação, mas o papel principal, a ação prevalente cabe, como não pode deixar de caber, ao Estado, suprema instituição ético-político-social. Não mais o Estado exclusivamente para o indivíduo, nem também o indivíduo exclusivamente para o Estado.<sup>355</sup>

Os termos da defesa do Estado Novo e de seu respectivo direito penal estavam pontuados pelas seguintes observações: a crítica à democracia liberal representativa, que deveria ser substituída para o "salvamento da própria democracia" (em sentido schmittiano); a liberdade individual como ameaça à eficiência e à organização do Estado; o bem público como definidor do intervencionismo do Estado.

---

<sup>355</sup> (grifo nosso) HUNGRIA, Nelson. O direito penal e o Estado Novo, **Revista Forense**, fev. 1941, p.11-13.

A democracia representativa, apontada por Hungria (e pelo discurso político do regime) como um problema superado pelo Estado Novo, estaria representada em três consequências penais : " a legalidade dos crimes e das penas (*nullum crime, nulla poena sine lege*), a prefixação rígida das penas e a soberania do Júri."<sup>356</sup>

Se a prefixação das penas e a soberania do Júri haviam sido destituídas de lugar na Reforma Penal, a legalidade dos crimes e das penas foi mantida. A justificativa para sua manutenção foi apresentada por Hungria nos seguintes termos: " sua abolição não atende a um real interesse de defesa do Estado ou da comunhão civil e não representa, como na Rússia e na Alemanha, mais do que um requinte de prepotência."<sup>357</sup> Sua manutenção se devia ao fato de que, sob a análise dos interesses de defesa do Estado e da sociedade, a legalidade não se apresentava como um obstáculo. Ficava assim registrada, como discurso político penal, a subordinação da liberdade individual aos interesses do Estado e à ordem da *coletividade*.

De outra parte, o princípio formal da legalidade que se manteve no Código se desvinculava do fundamento das democracias representativas na medida em que não era o resultado da produção legislativa enquanto marco da representação da *vontade popular*. A lei, naquele caso, não era fruto do Parlamento eleito democraticamente, mas resultado da elaboração de uma Comissão técnica de juristas, promulgada pelo Poder Executivo, constituído a partir de um golpe de Estado.<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>357</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>358</sup> O Código Penal promulgado em 1940 aderiu à formalização de princípios formais liberais do direito penal, como o princípio da legalidade, o princípio da irretroatividade da lei penal e a proibição da analogia. Exceto a discussão sobre a possibilidade de analogia no direito penal (cf. DUARTE, José. A analogia no direito penal. **Direito**: doutrina, legislação e jurisprudência, vol. IX, maio-junho, 1941, p. 31-53; debate no Encontro de Criminologia de 1936, Decima Primeira Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936), os dois primeiros princípios não foram objeto de disputa durante a década de 1930. Eram tomados como conquistas histórico-políticas irreversíveis no campo do penal. Sobre ser uma lei formalmente antiliberal, mas não em seu conteúdo, cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. New York: The Macmillan Company, 1942, p. 84-86. Piacenza, analisando as origens político-criminais do Código Rocco, afirmava a respeito do fundamento liberal do princípio da legalidade: "Il principio di legalità, almeno in teoria, è effettivamente un principio di garanzia solo sulla base del significato sostanziale, politico e istituzionale, che si dà al termine 'legge' come fonte del diritto penale. Se il principio di legalità di stampo liberale è osservato, ciò avviene soltanto perchè 'legge' significa, negli ordinamenti costituzionali dalla rivoluzione francese a tutto l'ottocento, al primo dopoguerra, il risultato, cristallizzato nella norma giuridica, del dibattito politico parlamentare tra i rappresentanti eletti ed è quindi, strettamente collegata con la forza istituzionale dello stato." (PIACENZA, Paolo.

Diferentemente do contexto no qual escreveu “Direito Penal e Estado Novo”, em 1948 Hungria produziu seu “Comentários ao Código Penal” em um contexto político de democratização liberal. Naquela ocasião, o jurista defendeu o regime político de 1940 das acusações de totalitarismo alegando justamente a manutenção dos princípios formais liberais no Código Penal.

Um Código que acolhe princípios centrais do individualismo político em matéria penal, quais sejam a proibição de analogia e a irretroatividade da *lex gravior*, não pode ser acimado de *totalitário*. Deste qualitativo, aliás, o insigne ASÚA<sup>359</sup> faz o uso imoderado. Eu mesmo fui increpado de ‘classicismo politicamente totalitário’ (ob. Cit. p. 172). Não acreditar em direitos pré-estatais ou pré-legais e reconhecer na lei a fonte única do Direito, mesmo o da liberdade individual (dizia VOLTAIRE que “ser livre é não depender senão da lei”); enjeitar o fabulismo do ‘contrato social’, mas propugnar o mútuo ajustamento entre os direitos individuais e os

---

Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del Codice Penale e della legge di pubblica sicurezza. **Política del diritto**, n.3, giugno 1979, p. 272).

<sup>359</sup> Curiosamente as acusações de tal feição *totalitária* do Código, promovida por Asúa, das quais se defende Hungria, partem de um penalista e criminólogo espanhol, de trajetória muito representativa. Ele possuía importantes conexões políticas e teóricas com os juristas no Brasil, durante as décadas de 1920 e 1930 (cf. ASÚA, Luis Jiménez de. **Un viaje al brasil:** impresiones de un conferenciante seguidas de un estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Ed. Réus, 1929). Tendo realizado viagens e palestras no Brasil, Asúa era um autor citado constantemente pela doutrina brasileira, por autores de perspectivas teóricas e políticas das mais diversas, conforme lhes fosse apropriadas as suas afirmações. Escreveu, em 1920, o texto “Perigosidad Criminal”, em defesa do critério de periculosidade como referencia central do controle punitivo. Apesar da similaridade, Asúa pretendia diferenciar-se das exposições da Escola Positiva e fundar na Espanha uma tendência própria. Mas aparentemente não hesitava em abrir mão de seu projeto, em prol da divulgação e reconhecimento de sua autoridade. Seu texto “Perigosidad Criminal” foi publicado em italiano e prefaciado por Ferri. Na tradução do texto, revisada por Asúa, entretanto, foi retirada uma passagem na qual ele se dedicava a criticar algumas posições teóricas de Ferri. Cf. ASÚA, Luis Jiménez de. **El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal Moderno**. Madrid: Ed. Reus, 1920; ASÚA, Luigi Jiménez de. **La periculosità**. Nuovo criterio per il trattamento represivo e preventivo. Torino: Fratelli Bocca, 1923). Na Espanha, foi um autor importante na divulgação e produção de um pensamento criminológico positivista. Apesar de sua vinculação com propostas de um direito penal centrado na defesa social, sua postura política estava voltada à defesa de um Estado liberal, tendo sido inclusive exilado na Argentina por ocasião do governo franquista. Ele conjugava, pois, as contradições de seu tempo. Considerado um autor *liberal*, por suas adesões políticas, propagava idéias penais de caráter nitidamente defensista.

interesses sociais, não é ser *politicamente totalitário*, mas postular a coadaptação entre liberdade e autoridade, dentro das linhas estruturais do *Estado de Direito*.<sup>360</sup>

O jurista esqueceu-se de mencionar que mesmo o Código Rocco, produzido sob o regime político antiliberal de Mussolini, manteve as fórmulas legais do Estado de direito liberal.<sup>361</sup>

No Brasil, é verdade, o contexto guardava dimensões próprias. O discurso político do Estado Novo distinguia-se do modelo fascista. Em sua dimensão ideológica, o regime do Estado Novo operava a perspectiva do consenso e da unidade (recursos tão caros a regimes políticos antiliberais) a partir da referência à equidistância dos extremos, direita e esquerda, liberdade e autoridade, direitos individuais e direitos coletivos. Assim também se construíam os discursos penais do fundamento político-criminal do direito penal, como já foi bem demonstrado na análise tese da conciliação e do compromisso das escolas na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940.

Voltando aos "Comentários ao Código Penal" observamos que a razão fundamentadora da permanência do princípio se modificou, e se aproximou dos pressupostos de um princípio "político-liberal":

Antes de ser um critério jurídico-penal, o *nullius crimen, nulla poena sine lege* é um princípio (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria medieval, adotou-o a Revolução Francesa, incluindo-o, em fórmula explícita, entre os *direitos fundamentais* do homem; e somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar o seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler.<sup>362</sup>

<sup>360</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol.1, (1948) 1977, p. 41.

<sup>361</sup> Essa foi uma característica do regime político italiano: instaurar um regime político totalitário, sem abandonar uma ordem jurídica com elementos liberais, diferentemente da Alemanha, que o fez com o abandono e a destruição desses elementos jurídicos. mas os institutos penais foram tecnicamente forjados para fazer minimizar os seus efeitos, leis excepcionais de segurança do Estado e de segurança pública também mantiveram a ordem jurídica funcionando para além do revestimento de legalidade. (SBRICCOLI, Mario. **Codificazione Civile e Penale**, 2009, p. 988-989.)

<sup>362</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol.1, (1948) 1977, p. 22.

Neste segundo momento, Hungria recorreu às raízes iluministas do princípio da legalidade e à sua fórmula explicativa: da defesa dos direitos fundamentais do homem como forma de proteção da expansão da autoridade do Estado. Fundamento bastante diverso para a explicação, em 1940, da permanência do princípio da legalidade, na qual sustentava a subordinação do indivíduo à autoridade do Estado e aos seus interesses.

O liberalismo penal, em sua dimensão política, a que se referem os juristas quando tratam do Código Penal de 1940, não era, pois, aquele entendido como uma categoria imutável e apriorística. Antes, nos sentidos atribuídos por um dos juristas responsáveis pela elaboração da reforma penal, as interpretações da legalidade penal deveriam estar subordinadas aos interesses do Estado e da coletividade, assim como sua permanência na ordem jurídica estava dissociada de seu conteúdo político de representação da vontade popular como limite ao poder do Estado. O sentido dos princípios formais liberais ganhava, portanto, uma inflexão significativa na sua justificativa político-criminal.

Quando Hungria defendia, ainda em 1940, o regime político e penal do Estado Novo, o fazia no sentido de distingui-lo do *totalitarismo político* atribuído principalmente à Alemanha e Rússia e à ausência da formalização dos princípios penais liberais, que representaria nada mais do que “um requinte de prepotência”.

### **5.2.2 A rejeição dos modelos dos Códigos Russo e Alemão**

A rejeição aos modelos dos Códigos Russo e Alemão foi um argumento partilhado por grande parte dos juristas na Revista. Eles construíam um discurso de oposição àqueles modelos penais, aos quais associavam o uso do direito penal sem as formalidades jurídicas da legalidade e da irretroatividade da lei penal. O que não afastava, contudo, o acolhimento, por parte desses mesmos juristas, de categorias jurídicas hoje avaliadas como antiliberais, tais como, a periculosidade.

Tal diferenciação com o direito penal russo e alemão, naquele contexto de debate das reformas penais, continha uma dimensão retórica de distinção política do Estado brasileiro. Em concreto, ela não afastava os fundamentos de defesa social do direito penal, apenas o distinguia de direito penal reduzido a mero instrumento das políticas dos Estados.

Bulhões Pedreira, em aula para o Curso de Criminologia de Extensão Universitária criticava o Código Penal Russo, em virtude da ausência de previsão legal de tipicidade e pela amplitude da analogia e

da arbitrariedade judicial. Quanto ao Código Penal Italiano, embora fizesse a ressalva a respeito da utilização política do direito penal, reconhecia no Código Rocco “o maior monumento de *technica juridica*”, bem como, avaliava positivamente o acolhimento de critérios conjugados com o princípio da responsabilidade, como: “a subjectivação do tratamento penal, o critério da periculosidade, a classificação dos criminosos, o criminoso de instinto, as medidas de segurança”.<sup>363</sup>

Apesar das críticas aos Códigos, nas quais acentuava especialmente o aspecto totalitário da redução do direito penal a serviço do Estado, o autor sustentava a centralidade do delinqüente como a grande modernização do direito penal, sem criticar, nesse caso, o grau de suspensão de direitos individuais para a finalidade de defesa da sociedade.

Na subjectivação do direito penal está (...) o seu verdadeiro característico atual, porque deslocado do eixo da repressão do crime para o criminoso, o critério da periculosidade preside o tratamento preventivo e orienta a repressão”.<sup>364</sup>

Na Sessão de Instalação da I Conferência Brasileira de Criminologia em 1936, Magarinos Torres realizou o discurso inaugural, acentuando o repúdio aos Códigos Penais Russo e Alemão, por adotarem a pena de morte, ampliarem excessivamente o arbítrio judicial, e admitirem a retroatividade da lei penal. Em defesa da restrição do arbítrio judicial alegava que essa seria condição necessária para a garantia dos direitos individuais. De modo que dispôs o início dos trabalhos de avaliação do anteprojeto de Código Penal a evitar os chamados *excessos* dos Códigos Penais referidos.<sup>365</sup>

<sup>363</sup> PEDREIRA, Mario Bulhões. Códigos Peneas Modernos. **Revista de Direito Penal**, Vol.I, Fasc. II, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, maio, 1933, p. 299.

<sup>364</sup> PEDREIRA, Mario Bulhões. Características do Direito Penal contemporaneo. **Revista de Direito Penal**, Vol.I, Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p. 133.

<sup>365</sup> TORRES, Eugenio Magarinos. Discurso Inaugural. Sessão de Instalação em 18 de junho de 1936. **Revista de Direito Penal**. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936, p. 15. Vale ressaltar que apesar da referência às *garantias individuais* como oposição ao arbítrio judicial durante o discurso de inauguração da Conferência, Magarinos Torres foi um dos defensores da liberdade e soberania do Tribunal do Júri em decidir inclusive *contralegem*, como no caso do reconhecimento da dirimente nos crimes passionais. Segundo seu argumento, como se trataria de um tribunal composto por leigos possuidores de *bom senso* e representantes do sentimento do povo, sua decisão seria mais *justa* (que a previsão legal, representaria “o consenso da moral dominante, mais elevada que a lei, mais imperiosa e mais justa.” TORRES, Eugenio Magarinos. O Jury no interior do Brasil.

Afirmava:

O direito penal foi subvertido nos seus fundamentos, desautorizado nos seus princípios mais elementares, como sejam o da irretroactividade das leis, o do repúdio á analogia, o da responsabilidade prevenida por lei anterior definidora das figuras de crimes...

(...)

Ora, senhores, esse arbitrio illimitado, assim attribuido aos julgadores de officio, é, primeiramente, uma incoherencia (...).<sup>366</sup>

Essa era uma postura reveladora de um consenso da época em torno à defesa dos princípios liberais formais, que, entretanto, não se identificava necessariamente com uma adesão às raízes liberais reformistas do liberalismo. Já no início de sua fala a respeito desse tópico, Torres iniciou o discurso assim falando : " aqui é o fetichismo do direito individual ; ali, o do colectivo ; além o das castas dominantes ou dos governos eventuaes."<sup>367</sup>

O repúdio ao direito penal dos Estados totalitários não eximiu o pensamento penal de M. Torres das influências marcantes da legitimidade pela defesa social. O que aparentemente parecia ser a determinação do léxico das garantias como instrumento norteador dos debates promovidos na Conferência, era desconstruído com o discurso proferido em seguida, por Evaristo de Moraes, orador oficial do evento, e membro da Comissão Revisora do anteprojeto.

Afirmava:

Verificareis, porém, que, tanto quanto possível, mantivemos uma sistemática rigorosa, inspirando-nos no principio básico da **defesa social**, por meio das repressão das actividades criminosas e da

---

**Revista de Direito Penal.** Vol.2, fasc.I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933, p.5).

Trataremos deste tema e suas conseqüências para a cultura jurídico-penal no próximo capítulo.

<sup>366</sup> TORRES, Magarinos. Sessão Inaugural. Discurso oficial. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, 1936, p. 15.

<sup>367</sup> TORRES, Eugenio Magarinos. Discurso Inaugural. Sessão de Instalação em 18 de junho de 1936. **Revista de Direito Penal.** Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936, p. 15.

prevenção dos actos nocivos á existencia collectiva.<sup>368</sup>

Na Conferência, durante a votação da tese V, a respeito da aplicação da analogia penal, fez-se também um repúdio explicito aos Códigos Russo e Alemão e suas teses "socialistas". Por unanimidade, vedou-se a analogia em matéria penal. Durante o debate, Nelson Hungria ressaltou apenas a interpretação extensiva por força de compreensão em matéria processual.<sup>369</sup>

Para repudiar a possibilidade de analogia, M. Torres, em seu voto, referiu-se à influência que se queria rejeitar: a influência "socialista" dos Códigos Russo e Alemão.

O Direito Judiciario da Russia autoriza-o expressamente e o da Allemanha foi mais longe, na lei de Junho do anno passado permitindo, não só na analogia, mas a criação do direito pelo Juiz, de accordo com o sentimento ethico e as conveniencias sociaes...

Poder-se-ia vislumbiar na nossa Constituição um reflexo dessa influencia estrangeira, russa e allemã. É isso que se quer previnir com o voto da Conferencia.<sup>370</sup>

A perspectiva *liberal* do direito penal estava associada, em Hungria e nos demais juristas, principalmente à distinção político-penal dos regimes *totalitários* europeus<sup>371</sup>, acusados de suspender a

<sup>368</sup> MORAES, Evaristo de. Discurso do Orador Oficial. Sessão de Instalação em 18 de junho de 1936. **Revista de Direito Penal**. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936, p. 22.

<sup>369</sup> Decima Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, 1936, p. 133-144. penas Lucio Bittencourt defendeu a aplicação analógica, mas durante a votação, o relatório anuncia unanimidade na rejeição da analogia: "Se o facto em si, se o acto violador de um principio ethico revela periculosidade, se esse acto demonstra tendencia a delinquir, inclinação para o crime, um codigo informado pelo criterio do estado perigoso, não pôde, absolutamente, deixar de punil-o." (Decima Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, 1936, p. 141.) Já em 1935, Lucio Bittencourt, ao propor a exposição sobre o direito penal alemão, demonstra adesão à livre criação do direito, conforme a previsão alemã: "Quanto a nós, estamos em que, sendo o delicto um acto que fere a *moralidade media* de um determinado grupo social, é bem de ver que toda e qualquer acção que atinja aquelle fim, tenha sido ou não prevista pelo legislador, deve ser devidamente punida." (BITTENCOURT, Lucio. O novo Direito Penal Alemão. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. I e II, janeiro-fevereiro, 1936, p.14).

<sup>370</sup> Decima Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 139.

<sup>371</sup> No mesmo sentido, cf. SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria, 2009.

formalização de princípios liberais e de fazer um *uso político* do direito penal. Seu sentido construído no debate doutrinário restringia-se, pois, à dimensão jurídica da legalidade, era ela que conformava a auto-imagem do direito penal, cujas antíteses eram os modelos de direito penal que haviam abandonado a fórmula do Estado de Direito.

Para irmos além da dimensão jurídica da legalidade e compreendermos seu conteúdo político, vamos buscar no debate sobre a pena de morte algumas pistas.

### **5.3 O DEBATE ACERCA DA PENA DE MORTE: A LIBERDADE SUBORDINADA À DEMANDA DE ORDEM PELO DISCURSO DA CIÊNCIA**

Entre 1933 e 1937 um episódio foi responsável por tornar a pena de morte um pauta importante de discussão. Durante a Constituinte de 1934,<sup>372</sup> propôs-se a retomada da daquela pena o sistema de justiça penal brasileira. Na Assembleia Constituinte foi apresentada no primeiro turno do anteprojeto de Constituição uma emenda de autoria do deputado de Pernambuco Augusto Cavalcanti para previsão da pena de morte em casos de "desfalques na Fazenda Pública", tendo sido rejeitada e, segundo Rodrigues Doria, "mal recebida pela imprensa".<sup>373</sup>

A despeito de a proposta ter sido vinculada aos crimes contra a "Fazenda Pública" (o que revelava a importância do controle da economia do Estado tipicamente vinculada a um modelo político interventor), o debate promovido a partir de então tratava da pena de morte e sua adequação, tomando como referência os delitos de sangue e contra o patrimônio. O que constituía uma demonstração de como os juristas tratavam da punição de modo seletivo.

Como resposta, a Revista de Direito Penal promoveu a publicação de artigos contrários à proposta, com exceção dos textos de Mario Gameiro (1935) e Ramon Pardo (1935), em relação aos quais o editorial da Revista demonstrou discordância. O debate foi ordenado a partir de critérios de utilidade e defesa social na avaliação da necessidade da pena de morte para os crimes comuns.

Os dois primeiros textos sobre o tema foram produzidos por Berto Condé, jurista e diretor da Revista entre 1933-1934, e Lucio Bittencourt, que na segunda gestão da Revista, sob direção de

<sup>372</sup> A Assembléia Nacional Constituinte foi instaurada em 15 de novembro de 1933 e a Constituição promulgada em 16 de julho de 1934.

<sup>373</sup> DORIA, Rodrigues. A pena de morte, apud GAMEIRO, Mario. Pena de Morte. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, jan. 1935, p. 206.

Magarinos Torres, foi seu secretário. Ambos centraram-se na campanha contrária à adoção da pena de morte. Seus argumentos não se vinculavam a um desdobramento do pensamento iluminista, que estaria ocupado em definir os limites do poder de punir. O fundamento do repúdio àquela pena era, antes, a adesão a critérios de utilidade e eficácia do controle penal, realizada por meio de penas (de prisão) de caráter correccionalista de regeneração do criminoso e educação para o trabalho.

Bertho Condé expôs, em poucas palavras, o desacordo com a proposta realizada na Assembleia Constituinte. E para esta finalidade reproduziu uma poesia de um autor português que, segundo ele, representaria sua opinião. A poesia desenvolvia o argumento da mudança da função da lei penal: da expiação à prevenção e regeneração. Sustentava a revogação das leis do Estado que preceituavam a guilhotina, em franca crítica ao Estado português que antecedeu a República. Utilizava-se das ideias "modernas" sobre a punição, reunidas no ideário da regeneração do criminoso, e na prevenção por meio da educação para o trabalho.

A sociedade tem um unico direito:  
 Exigir do assassino uma reparação;  
 Eduquem-no : é meter a escola na prisão.  
 Tranformem esse monstro em ser inteligente,  
 Façam-no livre ; isto é, façam-no consciente,  
 Consciencia quer dizer responsabilidade,  
 (...)  
 Em logar de grilheta a carta do a,b,c,  
 E em logar da enxovia imunda uma oficina  
 É como se castiga um homem que assassina :  
 Tornando-o bom.  
 (...)  
 Revogae a ignorancia, a velha lei do Estado.  
 (...)  
 Eu que proscervo o algoz, eu exigil-o-hei  
 Para enforcar sómente esse bandido – a Lei.<sup>374</sup>

<sup>374</sup> JUNQUEIRO, Guerra, O crime, *apud* CONDÉ, Bertho. Sobre a pena de morte. **Revista de Direito Penal**, vol. IV, Fasc. I-III, jan-março, 1934, p. 248-257. O poeta citado por Bertho Condé, Abilio Manoel Guerra Junqueiro (1850-1923), foi bacharel em direito, funcionário do Estado em cargos do Executivo e Legislativo, além de jornalista e escritor. Tendo sido considerado um dos poetas mais populares de sua época, utilizava-se de sua poesia para propagandear a implantação da República.

Lucio Bittencourt, no mesmo volume da Revista, pronunciou-se sobre a pena de morte fazendo uma resenha de um artigo de Raffaele Garofalo<sup>375</sup>, publicado na divulgada revista italiana no Brasil "La Scuola Positiva", frequentemente citada nos textos da Revista.

Em sua proposta Garofalo defendia a aplicação da pena de morte, fundado em três razões: a pena de morte, entendida como castigo, era mais grave que a pena de prisão perpétua; a pena de morte possuía um caráter intimidativo relevante; a pena de morte, na perspectiva de defesa social, deveria ser aplicada aos incorrigíveis.

Bittencourt rebateu os três argumentos de Garofalo a partir de critérios "modernos da pena". Refutou o caráter de castigo da pena, por meio da negação do livre-arbítrio do criminoso e da defesa da teoria da determinação volitiva.

Negamos tal caráter á punição porque somos, como o proprio autor e a geração moderna, francos adeptos da teoria da defeza social. Hoje ninguém mais crê no chamado livre arbitrio, o criminoso age determinado por fatores que dirigem a seu talante o seu processo volitivo.<sup>376</sup>

Ao caráter intimidativo da pena de morte, Bittencourt respondeu com o "mito" do poder preventivo da pena. Argumentou que "na prática" os países que adotavam a pena de morte (fazendo como referência a Itália desde o Código Rocco de 1930) o faziam por meio da execução sigilosa, sem publicidade, o que retiraria o poder intimidativo previsto nas penas públicas.

Ao caráter de defesa social, Bittencourt respondeu com a eficácia da prisão, demonstrando a desnecessidade da pena de morte: "A reclusão do criminoso em um carcere faz o mesmo efeito, desempenha o mesmo papel que o exílio, aliás, de maneira muito mais eficaz e muito mais completa. A eliminação pela morte é que não se justifica."<sup>377</sup>

---

<sup>375</sup> Assim como eram freqüentes as referências a artigos publicados na Revista "Scuola Positiva", que parece ter sido seguida de perto pelos juristas brasileiros (veja-se a existência de muitos números da Revista na Biblioteca do Instituto dos Advogados do Brasil), Garofalo chegou ao Brasil por meio de uma tradução portuguesa de Julio de Mattos (1857-1923), psiquiatra português, publicada em 1908, de seu livro "Criminologia". Bittencourt também faz menção ao texto posterior de Garofalo "O delito como fenômeno social", traduzido ao espanhol por Lombardia Sanchez.

<sup>376</sup> BITTENCOURT, Lucio. Ainda a pena de morte. A propósito de um recente artigo de Raffaele Garofalo. **Revista de Direito Penal**, vol. IV, fasc.I-III, jan-março, 1934, p. 274.

<sup>377</sup> BITTENCOURT, Lucio. Ainda a pena de morte. A propósito de um recente artigo de Raffaele Garofalo. **Revista de Direito Penal**, vol. IV, fasc.I-III, jan-março, 1934, p. 276-277.

À pena de morte como resposta aos "inimigos irreconciliáveis do gênero humano", Bittencourt sustentou a diferença entre incorrigidos e incorrigíveis. Em função do permanente "progresso da ciência", não se poderia afirmar que em algum momento o criminoso não pudesse vir a se recuperar. Para sustentar essa ideia fez referência à endocrinologia e suas "descobertas". Sugerindo a "terapêutica prescrita pela endocrinologia" como alternativa à pena de morte.<sup>378</sup> Enquanto os progressos ainda não fossem suficientes para recuperação dos incorrigíveis, a prisão seria a melhor medida de defesa da sociedade, mostrando-se eficaz e completa.

Lemos Britto, em conferência na Sociedade Brasileira de Criminologia, desenvolveu inicialmente argumentos semelhantes aos juristas anteriores: negou a possibilidade de intimidação por meio da pena de morte e sugeriu que existiriam apenas indivíduos incorrigíveis, nunca incorrigidos. Afirmava: "é muito difícil afirmar-se que um indivíduo é absolutamente irreformável e que será insensível a todos os métodos da terapêutica penitenciária que lhe forem aplicados".<sup>379</sup>

Concluiu, sobre a previsão da pena de morte para os criminosos comuns:

Se, pois, a pena de morte não produz a intimidação coletiva que se espera de sua teatralidade; e se ela não deve ser aplicada aos próprios criminosos habituais ou profissionais, porque a chamada incorrigibilidade é relativa e exige as mais das vezes para ser vencida o trato do especialista médico em vez das brutalidades de um carcere ou da crueldade de um carrasco, e enquanto houver uma esperança de reação não se deve abandonar o desgraçado a seu próprio fadário: não vejo os fundamentos a que pudessem recorrer os seus partidários no Brasil para

---

<sup>378</sup> Em defesa da endocrinologia, Bittencourt afirmava: "Si o delinquente é um hipersurrenal, um hiperpituitario ou um timocentrico procuremos destruir a glandula responsavel pelo seu temperamento por meio da radioterapia profunda, empregada com promissores resultados pelo professor suiso WEGELIN (Vide Ruiz Funes –op. cit. pag. 216). Enfim para cada caso a endocrinologia oferece um remedio, encontra uma solução. Para que matar, pois? (BITTENCOURT, Lucio. Ainda a pena de morte. A propósito de um recente artigo de Raffaele Garofalo. **Revista de Direito Penal**, vol. IV, fasc.I-III, jan-março, 1934, p. 278).

<sup>379</sup> BRITTO, Lemos. A propósito da pena de morte. **Revista de Direito Penal**, vol. V, abril-junho, 1934, p.253.

convencerem a Assembleia Constituinte da necessidade de sua adoção.<sup>380</sup>

O jurista reuniu nesse parágrafo a complexa justificativa pela qual a pena (de modo geral) passava durante a década de 1930, acompanhando a reestruturação social e política. Apresentou o modelo punitivo que já há algum tempo transitara do modo de punir por meio do espetáculo para tratar do delincente, constituído como seu objeto privilegiado, dentro de construções fechadas à visibilidade social; anunciou o discurso médico que já enfrentava, neste período, a disputa com os juristas no campo do discurso e da prática da "correção" do criminoso; e, fundamentalmente, construiu a figura do delincente como objeto da pena entendida como mecanismo de intervenção terapêutica.<sup>381</sup>

Os crimes comuns, relativos à defesa da ordem social, eram avaliados a partir do critério da defesa social e da (in)eficiência da pena, além da incerteza da ciência para definir os incorrigíveis. O que sugere que se fosse a pena comprovadamente eficiente e a ciência segura para definir corrigíveis/incorrigíveis, a pena de morte seria uma alternativa politicamente possível para proteção da ordem social.

Magarinos Torres seguiu o mesmo argumento de Lemos Britto, ao propor em um de seus artigos, publicado em 1935 na Revista de Direito Penal, a análise de um caso ocorrido na França: a condenação à morte de Violette Nozière acusada de ter cometido um parricídio. O

---

<sup>380</sup> BRITTO, Lemos. A propósito da pena de morte. **Revista de Direito Penal**, vol. V, abril-junho, 1934, p.254.

<sup>381</sup> Sobre essas mudanças do caráter da pena e da construção das ciências que construirão o delinqüente como objeto de intervenção, Foucault. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 23ed. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2000. O revestimento discursivo da pena com seu caráter terapêutico se organizou correlativamente à construção do lugar da periculosidade como critério *científico e legal*, no esforço de delimitação da intervenção punitiva, que devia ter no criminoso o fundamento da pena e não o seu limite. O discurso terapêutico também jogou um importante papel na construção política da punição que manteve sua operatividade punitiva com a expansão concomitante do cárcere e do encarceramento, a despeito das críticas a ele dirigidas. A política do Estado em expandir o cárcere com novas construções foi uma das tônicas da década de 1930. Essa política expansiva do encarceramento foi concomitante à emergência e ao debate jurídico da deslegitimação do cárcere a partir do discurso terapêutico da pena. Conforme demonstramos no Capítulo Quarto deste trabalho, o revestimento discursivo das funções terapêuticas das penas, bastante associados à intervenção do médico e dos especialistas, foi apropriado pela retórica dos juristas, que garantiram seu lugar no sistema punitivo, garantindo consigo o lugar *repressivo* da pena.

caso havia sido divulgado na publicação destinada aos assuntos jurídicos "Gazeta de Notícias", em 15 de janeiro do mesmo ano, por meio da publicação da carta do advogado Henry Bordeaux ao Presidente da República, na qual pedia o direito de graça a sua cliente.

O texto introdutório à carta de Henry Bordeaux era uma defesa contra a adoção da pena de morte, fundada nos argumentos da *ciência* e da *defesa social*, sustentados a partir de medidas interventivas de caráter terapêutico. De novo, o delinquente surgia como objeto da intervenção e não como o seu limite.

Pena de morte é antes de tudo a negação de toda a sciencia penitenciaria e a confissão da bancarrota da propria medicina psychiatrica, consideradas ambas incapazes de reformar um caracter.

(...)

Aquella phantasia da incorrigibilidade do criminoso nato, é hoje intoleravel perante a sciencia, que pode transformar um homem pelo tratamento de suas glandulas, - a Endocrinologia, ou com o appelo a suggestões profundas, - a Psychanalise, - ou ainda, pela medicina commum ; e basta, ás vezes, para normalizar um temperamento a simples extracção de um dente... (Luiz Silva, *Um Magno Problema* : o Dente e sua relação com o Psychico e o Crime, S. Paulo, 1934).<sup>382</sup>

Interessante que a defesa social e sua eficácia, pedras de toque do repúdio à pena de morte, eram sustentadas mesmo quando associadas a críticas aos autores da Escola Positiva (como já o havia feito Lucio Bittencourt em crítica a Garofalo), o que garantiam ao debate uma complexidade maior do que o vínculo a dogmas das escolas, como vimos sustentando.

Neste sentido, nos diz M. Torres que, a despeito de Lombroso ter reconhecido que havia se equivocado na importância numérica dos criminosos incorrigíveis (a quem poderia se justificar a pena de morte), "ficou, porém, aquelle erro monstruoso do fundador da Escola Anthropologica, a justificar para sempre a pena de morte, como defesa social."<sup>383</sup>

<sup>382</sup> TORRES, Magarinos. A condenação á morte de Violette Nozière. Intervenção de Henry Bordeaux. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, 1935, p. 31.

<sup>383</sup> TORRES, Magarinos. A condenação á morte de Violette Nozière. Intervenção de Henry Bordeaux. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, 1935, p. 31.

A importância do tema se revelou também em uma das reuniões da Sessão Universitária, promovida e organizada por Roberto Lyra na Sociedade Brasileira de Criminologia. Um "julgamento" sobre a pena de morte foi o objeto dos discursos de Hungria, que a condenava, e Mario Gameiro, seu defensor.

O evento foi noticiado na "Gazeta de Notícias" e reproduziu as passagens mais significativas do embate. Para Nelson Hungria, dizia a reportagem, "a pena de morte é monstruosa, inestética, irreparável. Portanto, inútil." Para Gameiro, a pena de morte era medida necessária, "medida que reputa indispensável pela fallibilidade dos processos regeneradores."<sup>384</sup> O resultado de tal "julgamento" resultou na "condenação da pena de morte", submetida à votação dos universitários, representada por 21 votos contra 2.

O fio condutor do debate apresentado pela notícia da Gazeta foi o tom da utilidade/inutilidade da pena, marcada pela sua irreparabilidade e pela discussão sobre a falibilidade das propostas terapêuticas da pena. Além da sugestão de Hungria sobre a "monstruosidade" da pena, vinculada a um aspecto valorativo de um reformismo-iluminista, os demais argumentos apresentados na notícia estavam vinculados à eficiência da pena na sua função de defesa social.<sup>385</sup>

Aliás, Hungria em um texto publicado em 1934, época em que ainda não havia se declarado opositor do pensamento positivista e defensor de um tecnicismo jurídico-penal, também se declarou contrário à pena de morte sob os mesmos argumentos da corrigibilidade do criminoso a partir das novas ciências (endocrinologia e psicanálise). Guardava-se ainda uma perspectiva iluminista condenando a "brutalidade" da pena de morte, revelava também sua perspectiva de

---

<sup>384</sup> O curioso julgamento da pena de morte. Seção Universitária. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I-II, out-nov., 1935, p. 94-95.

<sup>385</sup> Há uma discussão sobre o debate iluminista-reformista e as funções da pena. Como se tratam de autores que possuíam fundamentos filosóficos bastante divergentes, é possível observar que os critérios da utilidade da pena e mesmo da defesa social, em algum sentido, já estavam presentes em autores como Romagnosi e Bentham. Entretanto, no critério da defesa social e da eficiência da pena desenvolvidos pela criminologia positiva estava o fundamento da sociedade organicista e da finalidade correccionalista da pena, com acento nos fins regenerativos da pena e não em seus fins intimidativos. Para Garland, apesar desses matizes, o positivismo criminológico não deixava de ser um desdobramento iluminista, "em sua fé implícita na razão científica e na perfeição do homem, esta nova corrente correccionalista era filha legítima do pensamento iluminista (...) Mas os novos criminólogos se opunham à penalogia do iluminismo de Beccaria e Bentham, e viam suas propostas de reforma mais como um antídoto àquele programa do que como um desdobramento dele." (Garland, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**, 2008, p. 112)

uma pena eficiente para corrigir os delinquentes e torná-los socialmente úteis.<sup>386</sup>

Em 1939, Jurandyr Amarante, advogado publicista, autor de um livro intitulado “pena de morte”, confirma a consolidação do entendimento contrário à pena de morte, mesmo que estivesse diante da nova Lei 1/1938, que instituía a pena para os casos de homicídio qualificado. Seguiu o argumento dos demais juristas, acentuando a possibilidade da regeneração por meio dos estudos da criminologia e da psicanálise. A sustentação bem ao sabor da organização do Estado que se formava então, voltado à incorporação e estímulo de uma classe operária, pautava-se pois na lógica do incentivo positivo ao trabalho:

Talvez seja imprudente afirmar : mas espero que a ciência em um dia, conseguirá transformar êsses tristes residuos humanos, êsses indesejáveis, em sêres uteis, votados ao trabalho, dignos de um lugar ao sol, transfigurados pela obra da civilização e da cultura .<sup>387</sup>

As opiniões favoráveis à pena de morte manifestaram-se na Revista em duas ocasiões durante o ano de 1935. Mas é de se ressaltar que a Revista manifestou-se claramente contrária aos autores, em uma nota de discordância da Sociedade Brasileira de Criminologia. Ambos os textos são representativos dos discursos que circulavam e estavam em decadência no campo penal: o discurso emotivo dos advogados de auditório e o discurso médico.

Gameiro<sup>388</sup>, advogado, representou o discurso retórico e emotivo dos bacharéis de auditório, que associavam a punição às necessidades de justiça e de punição máxima àqueles que considerava como “bárbaros incorrigíveis”. Gameiro dialogou com os juristas que condenam a pena de morte, - chamando-nos, na maioria, de “emotivos”, como M. Torres e Vicente Piragibe, e o “juvenil Dr. Evandro Lins”<sup>389</sup> -, e com aqueles a

<sup>386</sup> HUNGRIA, Nelson. Pragmatismo e Direito Penal. **Revista Jurídica**, Vol. II, 1934, p. 158.

<sup>387</sup> AMARANTE, Jurandyr. Pena de Morte. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIV, Fasc. I, jan. 1939, p.39.

<sup>388</sup> Nas palavras de Evandro Lins e Silva, em entrevista ao CPDOC, Mario Gameiro “tinha certa notoriedade por seu talento e ilustração mas era muito personalista, atacava sempre o adversário e deixava de lado a demonstração da tese que defendia.” (SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos**: depoimento ao CPDOC. Entrevistas e notas: Marly Silva da Motta, Verena Alberti; Edição de texto Dora Rocha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 105.)

<sup>389</sup> Em seu texto chega a acusar o raciocínio de Evandro Lins e Silva de “raciocínio evandresco”, segundo o qual “o Progresso e a Felicidade colectiva nunca se realizariam

quem chama de "pathologistas do crime". Seus interlocutores eram fundamentalmente os que defendiam a *regeneração* do criminoso e a terapêutica da pena.

Naquele momento, confiar na Nação, no Progresso, no seu futuro, era também confiar na capacidade de regeneração do criminoso a partir dos progressos das ciências, como a endocrinologia e a psicanálise<sup>390</sup>. Muito embora o discurso terapêutico da pena apropriado pelos juristas tenha servido para revestir o caráter repressivo da punição e a manutenção e expansão do cárcere como pena central.

Ramón Pardo, médico mexicano, desenvolveu as conclusões de teorias médicas e biológicas, e sob o mesmo fundamento dos "pathologistas do crime", concluiu pela necessidade da pena de morte:

Leis biológicas não podem ser alteradas impunemente. Depois das considerações anteriores, creio que, apesar das chimeras dos moralistas, das elocubrações dos juristas e philosophos, a pena de morte deva figurar nas paginas do nosso Código Penal – em casos indicados por medicos versados em Biologia e Psychiatria e juristas especializados em Direito Penal : preparados scientificamente para esse fim.  
391

A tese de Pardo dava mostras do declínio de um outro discurso, além do discurso emotivo dos advogados de auditório: o discurso médico. A cultura jurídico-penal estava se apropriando da retórica médica e, como já demonstramos no Terceiro Capítulo, evitando assim a "medicinização do direito".

Pardo sustentava a tese de que, a encargo da definição dos médicos, o Estado deveria eliminar os delinquentes incorrigíveis. A esse argumento, Magarinos Torres respondeu, em uma nota de esclarecimento, manifestando-se em nome da Revista contrariamente à

---

sempre que qualquer invento ou iniciativa, embora da mais alta e generalizada utilidade social, pudesse, por excepção, causar qualquer morte ou damno irreparável." (GAMEIRO, Mario. Pena de Morte. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, jan. 1935, p. 198).

<sup>390</sup> Cf. , por exemplo BITTENCOURT, Lucio. Lucio. Endocrinismo e criminologia. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. II, maio de 1933, p. 347-353; PORTO-CARRERO, J. P. O sentimento de inferioridade física. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. II, maio de 1933, p. 300-311.

<sup>391</sup> PARDO, Ramon. A pena de morte sob o ponto de vista medico e biológico. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I e II, out-nov., 1935, p. 82.

posição do autor e confirmou a perspectiva do discurso terapêutico da pena e da aposta da reforma do delinquente:

No homem, desperta 'naturalmente' a caridade e concita o socorro de seus semelhantes, ou do Estado, pelo infeliz. O castigo, entre os homens, não é tripudio, desforço individual; mas visa, sobretudo, a readaptação do criminoso, ou a defesa da maioria, que se pode exercer *sem animalidade*.<sup>392</sup>

Jefferson Lemos<sup>393</sup>, psiquiatra, seguiu o mesmo discurso médico em defesa da pena de morte, já em 1939 quando vigorava a Lei 1/1938. Fundado na escola antropológica, revitalizou nesse texto a leitura da Escola Positiva como forma de argumentar a existência da pena de morte para os fins de defesa da organização social, contra aqueles que " não possuem sensibilidade moral para obedecer a lei ".

Confirmamos que no tocante ao debate relativo aos crimes comuns os fundamentos político-criminais que afastavam a pena de morte eram diversos do que se costuma atribuir tradicionalmente ao conteúdo político do *liberalismo penal*: o indivíduo como referência gravitacional de limite ao poder punitivo do Estado.

Se podemos constatar a existência de um aspecto histórico-valorativo que exalta um Estado afastado das *crudelidades* dos modelos políticos *anteriores*, também observamos que a preponderância da justificativa centrava-se em critérios de eficácia na defesa social: na comprovação de que a pena de morte não era suficiente para acabar com a criminalidade em defesa da sociedade e de que a ciência (a endocrinologia e a psicanálise) oferecia alternativas mais eficientes, capazes de corrigir os indivíduos e torná-los *produtivos*.

O indivíduo não era entendido como centro onde gravitava um conjunto de valores que limitariam a atuação punitiva do Estado. Antes o indivíduo, criminoso e desigual, era o próprio fundamento da punição, orientada a partir do eixo da legitimidade da defesa social. A liberdade estava subordinada à defesa da coletividade e às demandas por ordem. A dimensão política da legalidade estava atravessada pela defesa social.

---

<sup>392</sup> TORRES, Magarinos. Nota prévia da Redacção. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I-II, out-nov, 1935, p. 71.

<sup>393</sup> LEMOS, Jefferson. A escola antropológica criminal e a pena de morte à luz da ciência social. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIV, Fasc. I, jan. 1939.

### 5.3.1 A pena de morte para os crimes políticos: o repúdio ao uso político do direito penal

O debate sobre a pena de morte e a repressividade em geral em relação aos crimes políticos ganhava outra justificativa, que não se fundava mais no discurso científico da pena regeneradora e terapêutica. O repúdio à pena de morte para os crimes políticos tinha como fundamento uma retórica de direitos e liberdades políticas que deveriam servir de anteparo ao *uso político* do direito penal.

Durante a década de 1930, no Governo Provisório, a criminalização de delitos políticos foi centro dos debates penais. O Governo apresentava-se bastante atraído pela perspectiva de normativizar, a partir da exceção, a disciplina dos crimes políticos, utilizando-se de argumentos de defesa do Estado frente às constantes ameaças totalitárias e comunistas.

Em 1936, por meio da Lei 244/1936, o Governo criou o Tribunal de Segurança, constituído como órgão de exceção, para julgar crimes político-sociais em primeira instância quando decretado estado de guerra, a partir de uma competência atribuída na própria Constituição de 1934.

Nesse período os juristas parecem ter guardado certa independência em relação às medidas governamentais. Seus discursos não operaram em um plano legitimante, ocupados em criticar o uso do direito penal um "instrumento político".

Roberto Lyra, em um texto de 1936, resultado de sua aula inaugural, utilizou-se de uma citação de Asúa que oferecia muito bem a compreensão de então: de um lado o defensismo contra os crimes comuns aceito sem questionamentos; de outro a condenação à repressão dos crimes políticos, centrada na negação da utilização *política* do direito penal.

Na realidade, os Codigos, os julgadores e a policia, todo o conjuncto, que se designa com o nome majestoso de justiça penal, está a serviço da classe dominante, que, por isso, é a poderosa. (...) O papel das leis penaes não tem sido até agora a defesa da sociedade e, sim, a protecção particular dos interesses daquelles, em cujo favor está constituido o Poder politico, o que vale dizer, a minoria.

Por uma coincidência feliz, **quando se trata de uma criminalidade atávica, da defesa de classe,**

**ao exercer-se, produz a defesa social e, assim, pôde-se dizer que se atinge o fim defensivo mais completo contra os delictos communs.** Porém, quando o Estado reage a delinquência político-social, é um erro, quando não um traço equívoco e deliberado, dizer que se age em nome da defesa social. Então, procura-se, tão somente, defender as classes dominadoras.<sup>394</sup>

O texto nos dá a dimensão de como nos crimes comuns o critério político-criminal da defesa social legitimava uma perseguição penal em nome da “defesa de classe”, fundada em orientações da *ciência* criminológica positivista. Por outro lado, os crimes políticos escapavam a essa justificativa, seja porque seus delinquentes não se encaixavam nas descrições promovidas pela Criminologia (que estavam marcadas principalmente por diferenças de classe social), seja porque, como veremos a seguir, os juristas repudiavam o *uso político* do direito penal.

Foucault nos serve, nesses termos, a explicar o discurso científico evolucionista (que é base do discurso criminológico) como recurso para operar a passagem do inimigo político ao inimigo biológico. Para ele, não se trataria apenas de uma operação de encobrimento da politicidade, mas sim da inauguração de uma nova tecnologia de poder, de uma «nova maneira de pensar» as relações.

O evolucionismo (...) tornou-se (...) não simplesmente uma maneira de transcrever em termos biológicos o discurso político, não simplesmente uma maneira de ocultar um discurso político sob uma vestimenta científica, mas realmente uma maneira de pensar as relações de colonização, a necessidade das guerras, a criminalidade, os fenômenos da loucura e da doença mental, a história das sociedades com suas diferentes classes, etc. Em outras palavras, cada vez que houve enfrentamento, condenação à morte, luta, risco de morte, foi na forma de evolucionismo que se foi forçado, literalmente, a pensá-los.<sup>395</sup>

<sup>394</sup> (grifo nosso). LYRA, Roberto. **O ensino do direito penal e a doutrina contemporânea**, 1936, p. 34.

<sup>395</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 307.

Por meio do discurso da ciência, se configurava a limitação do liberalismo entendido em suas dimensões tradicionais de limitação do poder de punir frente aos direitos dos indivíduos: o debate sobre o uso *político* do direito penal restringia-se à discussão sobre os crimes políticos. Os crimes comuns, relacionados a uma *outra* criminalidade, que continham aspectos de criminalização de classe pertenciam a um discurso da *ciência*, que fundava a necessidade de defesa da ordem social contra delinquentes perigosos.<sup>396</sup>

É interessante observar como o argumento das garantias constitucionais tão secundária e abafada no debate penal da época surgia agora ao se realizar a defesa contra o programa criminalizador dos crimes políticos.

Lemos Brito, que repudiava a pena de morte para os crimes comuns, fundado no discurso da ciência, ao referir-se aos crimes políticos usava do discurso das *garantias constitucionais*.

Pode-se, entretanto, compreender esse apêlo á pena de morte num Estado totalitario como é a Italia fascista, governado por uma ditadura que confunde a vontade nacional com a do homem que a encarna. Esse apêlo não cabe nem pode caber no seio de uma democracia como a nossa, na qual o cidadão, em vêz de se despojar das suas prerrogativas e das garantias constitucionais de seus direitos, procura assegurá-los e reforçá-los mais e mais.

O reforço às críticas à repressão aos crimes políticos veio com as publicações da Revista de Direito Penal dedicadas à análise do então projeto de lei n.78/1935, que viria a ser conhecida como Lei de Segurança 38/1935. Posteriormente o Tribunal de Segurança Nacional seria criado (lei 244/1936) para exercício em casos de decretação de

---

<sup>396</sup> Garland, para tratar do programa criminalizador contemporâneo refere-se à *criminologia do eu* e à *criminologia do outro*, distinguia a primeira a partir da referência ao indivíduo *normal* e a segunda à *demonização do criminoso*. Em contexto diverso, para tratarmos dos discursos referentes ao criminoso político e ao criminoso comum, promovido pelos juristas da década de 1930, refletido nas propostas jurídicas de proteção de direitos individuais ou na intervenção punitiva, podemos nos referir ao discurso da *criminologia do eu*, para a referência aos *iguais* eventualmente criminosos políticos, e da *criminologia do outro*, para a criminalidade comum, referida entre aqueles os homicidas e ladrões. Sobre a distinção de Garland cf. GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

guerra com competência para julgamentos em primeiro grau, conforme disposição constitucional.

José Pereira Lira, advogado e político, membro da Sociedade Brasileira de Criminologia e então deputado federal pela Paraíba (posteriormente ministro da Casa Civil do Presidente Gaspar Dutra de 1946 a 1951), havia sido o responsável por desenvolver em alguns textos suas críticas ao citado projeto. Analisando a justificativa da propositura do projeto de Lei, acusou-a de falsear seus reais interesses em aumentar a repressividade contra os crimes políticos, e a confrontou com as diretrizes constitucionais de 1934, reforçando, uma vez mais, entre os juristas, o argumento dos direitos e garantias individuais.<sup>397</sup>

Hungria, convidado a continuar as análises ao projeto, que então já havia se tornado lei (Lei n. 38/1935) em sua preleção adotou também uma postura crítica produzindo suas considerações político-criminais e detendo-se na análise técnico-dogmática de suas disposições, apresentando suas preocupações quanto a uma possível legalização das violências governamentais.

Fez uma perspicaz análise da exceção contida nos próprios Estados democráticos, ressaltando sempre a distinção política entre o regime político no Brasil e as "dictaduras classistas ou partidárias", marcadas pelos "extremos", entre o comunismo e o "estatismo totalitário".

---

<sup>397</sup> Lira antepôs à falácia do projeto a previsão do art. 178, par.5 da Constituição de 1934, no qual, ao contrário do que afirmava-se na exposição de motivos, se proibia qualquer deliberação tendente a "abolir a forma republicana federativa." Lucidamente reconheceu que tal projeto, falseando a previsão constitucional, tinha como finalidade apoiar o fortalecimento do Poder Executivo. Por essa primeira razão (embora as razões seguintes, prometidas para os artigos posteriores não tenham sido enumeradas), o jurista sustentava que o projeto « desgarrar por vezes das directrices da Carta Constitucional. » E principalmente, punha a descoberto o recurso retórico falseador do projeto usado para atingir o fim de justificar a repressividade aos crimes políticos. LIRA, José Pereira. Lei de Segurança Nacional. Reparos ao projecto. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, jan. 1935, p. 6. M. Torres, no mesmo volume da publicação de José Pereira Lira e do anúncio da nova lei do Tribunal, fez rápida menção de repúdio à reforma do tribunal. Partindo de um crime *comum*, como o de Nozière, marcado pelo parricídio e pela análise sociológica de seu contexto social e cultural, o jurista manobrou seu argumento para produzir sua crítica à produção normativa relativa aos crimes políticos. "O crime de Nozière tem explicação natural na influencia ambiente (sic), da moral dissoluta e do exemplo da violencia que nos dá o próprio Estado, com seus aprestos de guerra, suas milicias armadas, sua pena de morte, seus processos estupidos e brutaes de convencimento, até em materia religiosa e politica, como se vê na Russia, na Italia, na Allemanha, parecendo esboçar-se esse criterio no proprio Brasil, pelo projecto de lei de « segurança nacional". TORRES, Magarinos. A condemnação á morte de Violette Nozière. Intervenção de Henry Bordeaux. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, 1935, p. 33.

O Estado democrático, *typo Revolução Francesa*, apegar-se ao *status quo* como o caracol à sua voluta; mas na instintiva e absorvente preocupação do próprio salvamento, não vacilla em romper com os seus conceituais escrupulos de liberdade pessoal e política, para adoptar o anti-individualismo militante das autocracias mais ou menos consolidadas sob o pulso inexorável de Stalin, Mussolini e Hitler.

Aqui sua crítica aos *regimes totalitários* ainda não estava muito clara, como o fez nos anos posteriores, para distinguir o regime político estadonovista dos demais, e posteriormente, para condenar veementemente tais regimes. É de se perceber que o que Hungria sustentava neste momento é uma quase necessidade da exceção, que todos os Estados apresentava, para defenderem-se e salvarem-se a si mesmos. Momento em que o "estado democrático" e outras "autocracias" se igualariam.<sup>398</sup>

Apesar deste "reconhecimento", Hungria não poupou críticas técnicas e políticas à nova lei. Uma das principais dizia respeito à *confusão* promovida pelo legislador, que trataria a todos os delitos "políticos" da mesma forma severa, fossem eles cometidos por anarquistas, "os brutais discípulos de Bacunine" ou integralistas, "o místico *sigma* de integralismo indígena": "A todos confunde na sua irritação e intolerância, para afirmar o seu dogma: não há ordem política, nem ordem social fora da democracia liberal, tal como é praticada em terras do Brasil...".<sup>399</sup>

Por meio dessa crítica podemos observar *até que ponto* Hungria entendia importante a preservação das liberdades políticas e direitos individuais. Pois sua defesa era bastante relativizada quando se tratava de condenar o anarquismo. Essa articulação que excetuava determinados

---

<sup>398</sup> Embora costume-se tratar dessas mutações no pensamento de Hungria, ressaltando sua sempre explícita repulsa ao nazi-fascismo, mesmo em momentos de adesão extrema a regimes políticos antiliberais, os seus textos dão conta de uma difícil postura política do jurista, marcada pela ambigüidade. No volume anterior desta Revista, Hungria publicou uma homenagem ao jurista italiano Massari, comparando positivamente a relação entre tecnicismo e o fascismo. "O tecnicismo jurídico tem sido, na esfera do direito penal, alguma coisa semelhante ao que tem sido o fascismo na esfera política. Assim como o fascismo vem opondo barreiras à funesta experiência de ideias políticas subversivas, o tecnicismo jurídico tem sido o eficiente obstáculo à eversão do direito penal pelas extremadas teorias daqueles que Lucchini chamava, com razão "i semplicisti del diritto penale." (HUNGRIA, Nelson. Breve notícia sobre Eduardo Massari. **Revista de Direito Penal**, vol. VII, out-dez, 1934, p. 255-256.)

<sup>399</sup> HUNGRIA, Nelson. Lei de Segurança. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, fev-março, p. 1935, p. 136.

delitos da "benevolencia" do Estado ocorria através do recurso ao discurso da *ciência criminológica* e suas constatações sobre o delinquente.

Hungria justificou em seu texto a repressão severa aos anarquistas no passado histórico do Brasil, utilizando-se de termos que nos remetem à retórica criminológica e sua pretensa legitimação científica. Realizou uma operação na qual desqualificava os anarquistas como atores *políticos*, convertendo-o em caso de criminalidade comum. Vez que os anarquistas eram geralmente associados a grupos políticos de classe baixa, a retórica garantista do crimes políticos não devia ser aplicadas a eles, que deviam ser objeto de intervenção punitiva fundada nas *necessidades de defesa social*. Hungria utilizava da retórica da ciência para *salvar a apoliticidade* do direito penal.

É preciso convir que a legislação excepcional contra o anarchismo attendera a um sentimento de indignação universal. Com o seu desvairado objectivo de retorno ao primitivo preestatal e os seus apóstolos, arrebanhados no seio da mais feroz delinquencia, assassinando, incendiando, dynamitando, o anarchismo se torna um alarmante phenomeno de *pathologia social*, que precisava de ser conjurado por honra mesmo da Humanidade e da Civilização. Praticamente todos os processos de reacção contra elle, por mais aberrantes das normas penaes communs, eram justificados. O que se collimava, com as medidas penaes de excepção, a que, entre nós, accudiu o pressuroso dec. 4.269, de 1921, era prevenir o *attentado anarchista, espantosa forma de criminalidade, em que se desafogava, sob o disfarce de uma ideologia anti-historica e absurda, a furia sanguinaria e destruidora de revenants do homem primario*.<sup>400</sup>

De um lado, a dimensão política da legalidade, referida à repressão dos crimes políticos, tinha como recurso a defesa da liberdade individual e política frente ao exercício de poder do Estado. Nesse sentido, Hungria afirmava: "O direito penal não pode ser transformado

---

<sup>400</sup> HUNGRIA, Nelson. Lei de Segurança. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, fev-março, p. 1935, p. 136.

em sustentáculo da tirania contra os direitos individuais e as liberdades políticas." <sup>401</sup>

Ela estava constituída por uma preocupação em estabelecer os limites do poder de punir, tributária de um discurso de raízes reformistas-iluministas. Mas, mais uma vez, a legitimidade pela defesa social era chamada a justificar a intervenção punitiva, ou, em outras palavras, a justificar os limites do *limite do poder de punir*.

Excluía-se do rol de delitos merecedores da benignidade estatal, os delinquentes que fossem considerados "tarados e ambiciosos vulgares, que deparam nas rebeliões e tumultos políticos apenas um desfôgo ás suas tendencias antisociais." <sup>402</sup> A criminologia, suas descrições dos delinquentes e seu recurso «ao racional sentido anthropológico», vinham de novo ao socorro dos juristas quando precisavam limitar a garantia de direitos e liberdades.

Sómente com a adopção de um tal ponto de vista, informado de um racional sentido anthropologico, poderia ser evitada a habitual e deploravel confusão entre os verdadeiros delinquentes politicos, dignos da tradicional contemplação pela pureza de seus sentimentos e elevação de seus propósitos, e os salteadores do poder, os estelionatarios da politica, os nefastos aventureiros que fomentam levante e tumultos pela só avidéz de proventos ou pela só volupia da sangueira. <sup>403</sup>

A dimensão politica da legalidade encontrava, também nas justificativas de repressão dos delitos políticos, seu limite na legitimidade pela defesa social.

**O período do Estado Novo (1937-1940).** O quadro institucional se alterou nos dois anos seguintes e em 1937, instituído o Estado Novo, promulgou-se o dec-lei 88/1937, cujo texto foi todo reproduzido na Revista de Direito Penal, acompanhado de um silêncio a respeito das novas disposições. O novo decreto determinou que o Tribunal de

---

<sup>401</sup> HUNGRIA, Nelson. A repressão dos delitos políticos. **Revista de Direito Penal**, Vol. V, abril-junho, 1934, p. 114.

<sup>402</sup> HUNGRIA, Nelson. A repressão dos delitos políticos. **Revista de Direito Penal**, Vol. V, abril-junho, 1934, p. 113.

<sup>403</sup> HUNGRIA, Nelson. **Crimes políticos e crimes sociais**. In: HUNGRIA, Nelson.

**Compendio de Direito Penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1936, p. 45.

Segurança Nacional, que antes era órgão de exceção para julgar em primeira instância crimes político-sociais quando decretado estado de guerra, se tornasse um Tribunal permanente competente para julgar os processos em grau de recurso.

No ano seguinte, dois importantes decretos também alteraram o quadro da repressão aos crimes políticos, ambos publicados na íntegra pela Revista, acompanhados também de silêncio em relação a suas disposições, com exceção do texto de Evandro Lins e Silva já citado anteriormente.

O decreto 431/1938 revogou a Lei anterior (n. 38/1935, que foi objeto de críticas promovidas pela Revista), definindo os crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e segurança do Estado e contra a ordem social, extinguindo a aplicação do *sursis* aos crimes políticos. O decreto 474/1938 introduziu mudanças no processo dos crimes de competência do Tribunal de Segurança. A defesa escrita foi substituída pela oral, o número de testemunhas de defesa foi limitado a duas, incluiu-se a "presunção de verdade" para provas produzidas no inquérito, "desde que não ilidido por prova em contrário".

Seguiram-se ainda a publicação de duas leis. A primeira (Lei 869/1938) acrescentou a competência ao Tribunal de Segurança relativa aos crimes contra a guarda e a economia popular, de modo bastante articulado com a construção de um Estado interventor. A propósito, a própria Constituição de 1937 havia já equiparado os crimes contra o Estado e os crimes contra a economia popular. A segunda tratou da Lei Constitucional 1/1938, que instituiu a pena de morte, e sobre a qual tratamos no item anterior.

À diferença do período pré 1937 no qual constatamos uma relativa independência dos juristas em relação às propostas do Governo no tocante à repressão dos crimes políticos, nesse momento a reposta doutrinária foi o silêncio (em parte compreensível pela característica do próprio regime estadonovista em perseguir as dissidências), com poucas exceções, encontradas em Evandro Lins e Silva<sup>404</sup> e alguns comentários de Carlos Sussekind de Mendonça na seção "Crônicas Forenses" da Revista de Direito Penal.<sup>405</sup>

---

<sup>404</sup> Assim que as novas leis referentes aos crimes políticos e sociais e às novas regulamentações e competência do Tribunal de Segurança foram publicadas, Evandro Lins e Silva apresentou um texto no qual criticava a proibição do uso de *sursis* aos crimes políticos, referida no decreto-lei 431/1938. (SILVA, Evandro Lins e. O « *sursis* » e o crime político. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIII, fasc.I\_III, out-dez, 1938, p. 20).

<sup>405</sup> Para além dos silêncios ou repúdios ao tratamento destinado aos crimes políticos durante o Estado Novo, podemos observar algumas posturas relativamente independentes das propostas políticas do Governo em outras matérias. Em resposta ao anteprojeto que visava regular o

O discurso político oficial se posicionava em defesa da democracia antiliberal, chamada à época de "democracia autoritária", atacava os "excessos do liberalismo individualista" e defendia uma alternativa própria e adequada às necessidades brasileiras, não reconhecendo os "extremos" dos estatanismos nazistas, fascistas e comunistas.<sup>406</sup>

Nem o anteprojeto de Alcântara Machado, apresentado em 1938, se salvou das críticas (além das críticas técnicas) relativas à cópia do Código *fascista* Rocco, apresentadas especialmente por Nelson Hungria e Costa e Silva, que posteriormente seriam parte da Comissão Revisora do Código Penal. Parecia haver, nesta crítica específica, um repúdio mesmo ao título *fascista* do Código. Pois embora possamos reconhecer as alterações promovidas pela Comissão Revisora, algumas considerações duras promovidas por Hungria, foram repetidas na versão final do Código, revelando certa indisposição momentânea com o título fascista do Código que serviu de modelo à elaboração do projeto de A. Machado.

**Uma história para um direito penal liberal.** Nelson Hungria aderiu abertamente à ideologia do Estado Novo e posicionou-se como um de seus ideólogos no campo penal. Usou a ciência penal no modelo tecnicista-jurídico a serviço da organização normativa daquele Estado.<sup>407</sup>

Em "Direito Penal no Estado Novo" e em "O novo Código Penal", em comentários sobre a nova legislação penal, defendeu penas

funcionalismo público, incluído o Poder Judiciário, Bento de Farias, presidente do STF, emitiu parecer contrariando a proposta, em nome da defesa da independência do Poder Judiciário. Argumentava que essa independência não estava vinculada à organização democrática ou totalitária do Estado, mas sim à função específica dos juizes: a de julgar. Esse posicionamento foi relatado por Sussekind de Mendonça, apresentando, ele mesmo, uma postura política crítica e independente em relação à instituição do regime político de Vargas. (MENDONÇA, Carlos Sussekind. *Cronicas Forenses. Revista de Direito Penal*, vol. XXIV, fasc. I, jan. 1939, p. 7).<sup>406</sup> O texto de Roman Poznanski é representativo do transplante do discurso oficial do Governo à justificativa do Direito Penal (POZNANSKI, Roman. *O Código Criminal e o Estado Novo. Revista de Direito Penal*. Vol. XXIII, Fasc.I, II, III. Ano VI, out-dez, 1938, p. 71-76).

<sup>407</sup> No nosso trabalho avaliamos de modo mais amplo a atuação dos juristas e a produção do controle penal. Não pudemos, entretanto, deixar de tratar dos posicionamentos de um dos juristas responsáveis por elaborar os pensamentos de "topo" do saber penal no Brasil. Entendemos que as adesões políticas de Hungria e o estudo sobre o alcance e as suas implicações teóricas merecem ainda um estudo mais cuidadoso. Sobre a importância em analisar as relações entre juristas e ditaduras, cf. SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **Juristas e ditaduras:** uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva:** do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.

severas para os crimes políticos. Embora não tenha declarado adesão específica à pena de morte, tratou da necessidade de se responder aos crimes políticos com a *máxima* severidade possível.

O individualismo hipertrofiado fazia com que o delinquente político fôsse olhado com a máxima benevolência. O indivíduo quase sempre à sombra de um partido mais ou menos insincero, julgava-se com o direito líquido de insurgir-se contra o Estado e mesmo de pugnar pela sua destruição. Com o Estado Novo, já não é isso compreensível. Não é admissível, de modo algum, seja qual for a razão, política ou econômico-social, que o indivíduo se ponha em atitude negativa contra o Estado. Se o conflito se verifica e a atitude subversiva do indivíduo se estende até o domínio do direito penal, ofendendo intêresses vitais da coletividade, intêresses que são os intêsses políticos do Estado, o crime por êle praticado, ao invés de merecer benevolência, deve ser reprimido com a máxima severidade, com maior severidade que a empregada contra os crimes lesivos dos intêresses simplesmente individuais.<sup>408</sup>

Em resposta à críticas de Galdino Siqueira ao novo Código Penal referiu-se à exclusão da previsão dos crimes políticos do tratamento sistematizador do Código, e explicitou claramente a finalidade de tal exclusão : a possibilidade de uma resposta mais drástica àqueles crimes.

Podia-se responder com o famoso conceito de CARRARA : " Sempre que a política entra as portas do templo da Justiça, esta foge espavorida pela janela para librar-se ao céu. ". Mas a razão é outra : na atual fase de *não conformismo* ou de espírito de rebeldia contra as instituições políticas ou sociais, a defesa destas, sob o ponto de vista jurídico-penal, reclama uma legislação especialíssima, de feitio drástico, desafeiçoada aos critérios tradicionais do direito repressivo.<sup>409</sup>

---

<sup>408</sup> HUNGRIA, Nelson. O Direito Penal no Estado Novo. **Revista Forense**, fev. 1941, p. 14.

<sup>409</sup> HUNGRIA, Nelson. O Novo Código Penal. Notas e Comentários. **Revista Forense**, out. 1941, p. 281.

Essas justificativas operadas pelo discurso legitimante do jurista não foram usadas a não ser durante o período do regime Estadonovista. Antes, na década de 1930, Hungria fazia coro à maioria de seus colegas repudiando a repressão aos crimes políticos e ao uso do direito penal como instrumento de defesa do Estado.

Após o fim do regime político do Estado Novo e da Segunda Guerra Mundial, com a condenação do fascismo e do nazismo, Hungria escreveu em 1948 seu "Comentários ao Código Penal", que se tornou referência da cultura jurídico-penal quando se trata de recontar a história das ideias penais no Brasil. A riqueza de dados e a narrativa de um jurista que participou ativamente de momentos político-jurídicos importantes não são pouco para torná-lo importante documento do campo penal. No entanto, essa história narrada por Hungria revela o quanto aquela história contada pelos juristas é uma história feita de esquecimentos e adulterações.

Após o fim do Estado Novo e no período de abertura democrático-liberal, Hungria em seus Comentários ao Código Penal, fez nova alusão à retirada dos crimes políticos da codificação por meio da alteração do anteprojeto de Código Criminal de Alcântara Machado. Mas agora justificava sua posição sob o argumento liberal clássico de Carrara, o mesmo argumento que havia expressamente afastado em seu texto de 1941.

Cortamos cerce o capítulo dos *crimes políticos*, que, na atualidade, são irredutíveis a um sistema estável e duradouro, confirmando, cada vez mais, o famoso conceito de CARRARA: 'Quando a política entra as portas do templo da Justiça, esta foge pela janela, para librar-se ao céu.'<sup>410</sup>

Essa passagem, reveladora das adesões políticas mutantes do jurista, foi utilizada pelo revisionismo penal para fundar a percepção de uma programação criminalizadora de traços *liberais* do regime estadonovista, conforme já enfrentamos no item anterior. Foi, podemos afirmar, uma adulteração de sua própria história político-jurídica, em nome da construção de uma *história liberal* do direito penal.<sup>411</sup>

---

<sup>410</sup> HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. (1948) 1977, p. 75.

<sup>411</sup> Na narrativa sobre a evolução do direito penal brasileiro, apresentada por Hungria em 1942, após a derrota do nazismo e do fascismo, Hungria faz uma auto citação auto elogiosa sobre seu repúdio elaborado em 1936 e 1937 àquelas políticas. E conclui, "e felizmente a evolução do

Carrara foi o recurso retórico de autoridade que serviu como lastro para nos oferecer um quadro liberal de nosso direito penal. À parte a alusão explicitamente contrária a ele, no capítulo específico do direito penal estadonovista, sequer poderíamos transplantar seu pensamento liberal para compreender a construção que se deu em terras brasileiras em períodos democrático-liberais.<sup>412</sup>

.....

Em 1930 a auto-imagem liberal do direito penal, replicada pelos juristas nas décadas posteriores, fundou-se na perspectiva da legalidade em sua *dimensão jurídica*, ou seja, na formalização legal de princípios, como a proibição de analogia e a irretroatividade. Àquele tempo, portanto, os documentos legais liberais eram assim considerados aqueles que se diferenciavam dos Códigos Penais Russo e Alemão, os quais seriam a expressão de um direito penal antiliberal.

A partir dessa referência histórico-conceitual, nos interessou indagar a *dimensão política* da legalidade no debate doutrinário deste

---

direito penal brasileiro não se deslocou dos fulcros de um *racional liberalismo*.” (grifo nosso). HUNGRIA, Nelson. A evolução do direito penal. **Revista Forense**, julho, 1943, p. 15.

<sup>412</sup> Sontag, em análise específica dos textos de Hungria, também concluiu pelo afastamento de perspectiva política entre Hungria e a postura de Francesco Carrara. Ele afirma: “De qualquer forma, é possível entrever, mesmo nos textos mais liberais de Hungria, a distância que o separa de Carrara, pois, mesmo assim, a firmeza na necessidade de uma repressão rígida contra a categoria de crimes de traição à pátria e anarquismo é afirmada. Com relação à primeira categoria, por exemplo, Hungria critica algumas leis que, desde o final do século XIX, atribuíram – equivocadamente, segundo ele - a crimes classificáveis sob essa rubrica o tratamento mais favorável reservado ao criminoso político. No livro de 1936, Hungria fazia reparos – não obstante o seu liberalismo em comparação com a conferência de 1941 – às posições liberais exacerbadas, e, entre esses, figurava Francesco Carrara. Contra o argumento carrariano da instabilidade e contingencialidade do crime político, Hungria opunha o argumento da maior estabilidade e durabilidade das instituições democráticas da sua época (HUNGRIA, 1936, p. 26), muito embora alguma perplexidade possa ser levantada a esse respeito se considerarmos que corria o ano de 1936, marcado por graves instabilidades institucionais que remontavam à revolução de 30, e, um ano depois, seria deflagrado o golpe do Estado Novo.” (SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria, 2009, p. 63). Nunes também faz um texto exploratório sobre o pensamento de Hungria relativamente aos crimes políticos, (cf. NUNES, Diego. **Os crimes políticos nos escritos de Néelson Hungria** In: DAL RI JR., Arno & NUNES, Diego (orgs.). ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC - **Regimes de legalidade e a construção do Direito Penal moderno**: a questão do crime político. Florianópolis: FUNDAÇÃO Boiteux, 2009). Sobre o pensamento de Carrara, cf. SBRICCOLI, Mario. **Política e giustizia in Francesco Carrara**. In: SBRICCOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**: scritti editi e inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2009.

período, a fim de compreender os limites e contornos desse liberalismo penal. A discussão doutrinária sobre a pena de morte nos forneceu as pistas necessárias para apreender as relações entre a legitimidade pela legalidade e a legitimidade pela defesa social, traduzidas naquele debate nas tramas tecidas entre as dimensões de liberdade e ordem, respectivamente.

O discurso das ciências criminológicas apropriado pela retórica dos juristas estabeleceu seu predomínio no debate. Por meio de suas propostas correcionalistas de regeneração e de domesticação do delinquente para a ordem produtiva ele pautou os limites para a pena de morte.

O limite para o poder punitivo não era o indivíduo em sua dimensão de direitos invioláveis, mas sim a eficiência das intervenções terapêuticas e científicas da pena. Ou seja, não havia um discurso de limites ao poder de punir, mas sim um discurso de justificação desse poder a partir do alcance e da eficiência das medidas penais de caráter correcionalista.

O indivíduo passava de limite a objeto de intervenção, cientificamente determinado em suas características antropológicas, médicas e sociais. Ele representava a ameaça à nova ordem social produtiva e por isso precisava ser readequado e readaptado a fim de tornar-se útil.

Entre a liberdade e a ordem, era essa última que deveria ser preservada. No discurso penal o delinquente inferior e desigual deveria se subordinar às necessidades da ordem. No discurso político, o indivíduo deveria se subordinar aos interesses da coletividade. Tratava-se da legitimidade pela defesa social subordinando a legitimidade pela legalidade em sua dimensão política.

A crítica de parte dos juristas à política repressiva contra os crimes políticos definia uma perspectiva diferenciada, na qual o indivíduo era retomado como limite do poder de punir, e a defesa institucional do Estado contra essa classe de delitos era entendida e condenada como um uso político do direito penal. Quando, entretanto, os juristas precisavam justificar a repressão, usavam do discurso científico para definir a desigualdade e a inferioridade do delinquente e desclassificá-lo do rótulo de criminoso político. Assim se trataram especialmente os anarquistas.

Essa dicotomia discursiva entre os crimes políticos e os crimes comuns era reveladora do papel que jogavam as ciências na justificação da intervenção punitiva. Por meio do discurso científico e da retórica criminológica correcionalista se retirava a politicidade do debate. Era

parte da constituição da comunidade de juristas de então tornar o direito penal um objeto de juristas, um assunto para técnicos. A crítica recorrente ao *uso político* do direito penal se restringia aos crimes políticos (excetuados casos a que se aplicavam também os discursos científicos, como o foi com os anarquistas), e subordinava os crimes comuns ao império da necessidade da defesa social. Os princípios garantidores formais valiam até o limite em que, respaldados sob o discurso da *ciência*, encontravam-se com a delinquência perigosa, *patológica* ou *sanguinária*, que precisava ser controlada, domesticada, regenerada.

O discurso correcionalista, por sua vez, encontrava seu limite na dimensão repressiva do controle penal. Como veremos no próximo capítulo, o discurso dos juristas aderiu à retórica criminológica até o limite em que a dinâmica repressiva do controle penal não estivesse comprometida.

Enquanto se garantia o lugar do controle penal como o lugar por excelência da repressão, a retórica criminológica correcionalista passou nos anos 1930 por um lento processo de dogmatização. Como veremos a seguir, ela passou a operar por dentro da lei através da juridicização da periculosidade.

Para compreendermos de que modo a legitimidade pela defesa social, definida pela defesa da ordem contra o delinquente, estruturou-se por dentro da tecnicização do direito, avaliaremos no próximo capítulo a dimensão técnica da legalidade (sua operação na doutrina e na jurisprudência) a partir do debate sobre os crimes passionais e o Tribunal do Júri.

## 6 LEI, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA: A MODERNIZAÇÃO DO CONTROLE PENAL E A LEGITIMIDADE PELA DEFESA SOCIAL

Um dos domínios em que se exerceu tanto tempo a soberania liberal do jury é o da paixão, a paixão, não exime de pena. Se com isto correremos a cortina sobre a oratoria theatral dos jurys dos nossos dias, o equilíbrio, tão necessario, ao nosso tempo, passa a ganhar na nossa estima o lugar perdido pela emotividade vermelha e desordenada.<sup>413</sup>

Francisco Campos promovia uma de suas reverências ao novo Código Penal e anunciava que a nova legislação havia deixado para trás a disputa contida nas décadas anteriores: a paixão como elemento de isenção da pena nos crimes de homicídio.

O Código Penal previu expressamente que a paixão não poderia ser usada como motivo de isenção de pena, o que, em outras palavras, definia que a paixão não afastaria a culpabilidade. Temperava-se essa decisão legal, com a previsão de que haveria redução da pena nos casos em que o agente agisse sob "violenta emoção" e logo após injusta provocação da vítima.

O discurso do Ministro da Justiça anunciava essa medida legal como parte de uma « vigorosa política criminal » que havia melhor se aparelhado para uma « repressão e prevenção » mais eficiente na luta contra a criminalidade.

Essa havia sido uma demanda presente no debate penal e criminológico na década de 1930. A própria Sociedade Brasileira de Criminologia, como já vimos, foi uma derivação da Sociedade Brasileira de Hygiene Social, organizada para fazer frente às absolvições dos homicídios passionais.

O tema se tornou central naquela década, mobilizador que era de dois campos políticos-penais: a expansão consensual em torno do critério da defesa social e a redução da competência do Tribunal do Júri. Esses dois centros gravitacionais do debate revelariam sua força no curso da década de 1930. O fundamento da defesa social contra os passionais ganhou adesão da maior parte dos juristas e se consolidou na lei penal de 1940 com a expressa proibição do uso da paixão como

---

<sup>413</sup> O novo Código Penal. Discursos Proferidos. *Arquivo Judiciário*. Jornal do Comercio, vol. LVI, fasc. I, out. 1940, p. 143.

dirimente da pena. E o Tribunal do Júri, após sucessivas reformas durante a década de 1920 e 1930 foi objeto de severas restrições em sua competência e soberania, por meio do decreto lei n. 167/1938.

A aproximação a esses dois debates nos permitiu compreender a reforma modernizadora do controle penal a partir do eixo da legalidade em sua dimensão técnica. A elucidação do conteúdo repressivo da defesa social no debate dos crimes passionais, a centralização da lei e a tecnicização da justiça no debate sobre o Tribunal do Júri, trouxeram à discussão a relação entre lei, doutrina e jurisprudência a partir da complexa trama entre a legitimidade pela legalidade e pela defesa social.

O debate sobre a individualização da pena e a juridicização da periculosidade condensaram os pontos de tensão entre legalidade e defesa social e deixaram entrever as novas acomodações do saber dos juristas diante das concepções de uma Justiça técnica.

## **6.1 OS CRIMES PASSIONAIS E A DEFESA SOCIAL COMO CRITÉRIO REPRESSIVO**

O debate relativo aos crimes passionais foi promovido pela Revista através de uma seção denominada “O amor no banco dos réus”<sup>414</sup>. O objeto da seção era a discussão a respeito das absolvições dos criminosos passionais pelo Tribunal do Júri. Era uma questão controvertida visto que essas absolvições não se pautavam em uma previsão legal específica. Eram, antes, uma livre interpretação do júri nos casos de homicídio justificados por motivo de ciúmes, amor ou paixão.

A principal crítica ao tratamento dos crimes passionais era dirigida a um alegado excesso de absolvições promovido pelo Tribunal do Júri. Este argumento foi utilizado em todos os debates sobre o tema, muito embora pouquíssimos tenham sido os trabalhos que apresentaram dados relativos ao real número de absolvições. Era uma espécie de repetição indefinida de uma tese que não era posta a prova. Parecia ser mais importante fazer valer os fundamentos político-criminais da

---

<sup>414</sup> Alem desta seção foram publicados outros textos sobre o tema: LEMOS, Haecckel de. A dôr como dirimente da responsabilidade criminal. **Revista de Direito Criminal**, vol. VI, julho-setembro, 1934. No texto Haecckel de Lemos defende a ausência de responsabilidade criminal para caso de crimes passionais com fundamento em Engenieros. VEIGA, João Pimenta da. Leon Rabinowicz e o crime passional. **Revista de Direito Penal**, vol. XVI, fasc. I-II, jan-fev, 1937. No texto o autor faz uma revisão das idéias de Rabinowicz. LEMOS, Floriano de. Psychologia do Ciume. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. I, janeiro, 1938.

necessidade de defesa da sociedade contra uma criminalidade de sangue.<sup>415</sup>

A mobilização do tema promoveu a circulação de dois livros traduzidos para o português. Em 1934, com tradução e prefácio de Roberto Lyra, a editora Saraiva publicou o texto de Enrico Ferri, intitulado “O delicto passionnal na civilização contemporânea”. Fazia parte da campanha, que tinha em Lyra um de seus grandes entusiastas, divulgar as ideias de um jurista com a autoridade de Ferri, referência no debate penal e criminológico no Brasil.

Os textos que apoiavam a repressão aos passionais faziam referência constante a outro livro, de Leon Rabinowicz, intitulado “Crime Passional”, que circulava na década de 1930 pelas bibliotecas dos juristas.<sup>416</sup> O curioso é que os argumentos desenvolvidos por Rabinowicz, professor de direito da Universidade de Varsóvia, centravam-se nos dados obtidos nas absolvições do Judiciário de seu país. O qual, sem mais, era reproduzido no Brasil, sem mediações. Era bem mais um transplante do argumento, reforçado por uma *autoridade estrangeira*.

Roberto Lyra também publicou seu livro “O amor e a responsabilidade criminal” em 1932, articulando uma campanha durante toda a década em prol de sua tese.

Em oposição, encontravam-se de modo representativo Evaristo de Moraes<sup>417</sup>, que defendeu a absolvição de vários “passionaes” diante do Júri e Magarinos Torres, juiz de direito, que assumiu a partir de 1935 a direção da Revista de Direito Penal e que defendeu junto aos “passionaes” o direito do Júri de individualizar a pena.

A dedicatória do livro de Evaristo de Moraes, publicado em 1933, “Criminalidade Passional. O homicídio e o homicídio-suicídio por

---

<sup>415</sup> Alguns juristas, entre os quais, Roberto Lyra, também alegavam outro fundamento político-criminal além da defesa social: o sexismo. Ele justificava a necessidade de repressão desses crimes para não se perpetuar a postura sexista de que os homens teriam a disposição sobre a vida de suas mulheres, já que segundo o autor, a maioria dos assassinatos eram promovidos pelos homens contra as mulheres. (LYRA, Roberto. O amor no Banco dos Reus. **Revista de Direito Penal**. Vol.I, fasc.II, maio 1933a).

<sup>416</sup> Parece a primeira versão que circulava do livro, era uma edição francesa de 1930. Mas a primeira tradução para o português de Portugal se deu já em 1933, reeditado em 1937 (publicado pela Saraiva). Consta também que circulava outra publicação, de 1934, pela editora Acadêmica.

<sup>417</sup> É interessante a oposição entre Evaristo de Mores e Roberto Lyra no tema em questão, porque deixa a descoberto a frágil divisão dos autores por suas *filiações às Escolas*. Ambos os juristas são citados como autores filiados à Escola Positiva. Apesar de apresentarem afinidades com o positivismo criminológico, é curioso observar como eles constroem argumentos diversos política e teoricamente.

amor. Em face da Psychologia Criminal e da Penalística” é clara em apontar seus aliados e adversários:

A Magarinos Torres, juiz de Direito da 6 Vara Criminal da Capital Federal, que humana e juridicamente esposou a thèse do passionalismo e justificou a attitude do jury ao individualisar as penas no julgamento dos passionaes.

A Roberto Lyra, Promotor Publico na Capital Federal, que, no combate á thèse passionalista, se tem mostrado adversário leal e polido, com quem discutir é sempre motivo para feliz aproximação.<sup>418</sup>

No debate em defesa da repressão aos passionais ganhou relevo a função intimidativa da pena, diversa da que se vinha construindo no discurso dos juristas na sua versão correcionalistas regeneradora, como pudemos observar no debate sobre a pena de morte. Aqui é a pena que com seu poder intimidativo deve oferecer a contenção do “bruto animal impulsivo”, nas palavras de Afrânio Peixoto, prefaciando o livro de Lyra.<sup>419</sup>

À parte os posicionamento mais “inflexíveis” de A. Peixoto<sup>420</sup>, o debate não era tão esquematicamente simples, como poderia parecer. A demonstração da complexidade dos argumentos que se desenvolviam está no fato de que Lyra e Evaristo de Moraes, que compartilhavam de algumas concepções “modernas” da sociologia criminal, no campo dos crimes passionais eram opositores. Porque a discussão não se centrava entre os que supostamente fundavam a responsabilidade no livre-arbítrio e consideravam os passionais responsáveis. E os que, de outro lado, fundavam suas teses no determinismo e na responsabilidade social (de acordo com a vulgata de uma “Escola Positiva”) e tomavam os criminosos passionais como não perigosos, e portanto, não sujeitos à intervenção penal.

<sup>418</sup> MORAES, Evaristo de. **Criminalidade Passional**. O homicídio e o homício-suicídio por amor. (Em face da Psychologia Criminal e da Penalística). São Paulo: Saraiva, 1933.

<sup>419</sup> PEIXOTO, Afranio. Prefácio. In: LYRA, Roberto. **O amor e a responsabilidade criminal**. Accusação no Tribunal do Jury do Districto Federal. São Paulo: Saraiva, 1932, p.11.

<sup>420</sup> Na revisão dos posicionamentos dos juristas, promovida por E. Moraes, Afrânio Peixoto seria o mais inflexível de todos, para quem os “crimes passionais são o delicto bárbaro das sociedades primitivas”. MORAES, Evaristo de. **Criminalidade Passional**. O homicídio e o homício-suicídio por amor. (Em face da Psychologia Criminal e da Penalística). São Paulo: Saraiva, 1933, p. 29.

O debate acerca da responsabilidade penal já não era um campo de disputa entre propostas extremas de livre-arbítrio *versus* determinismo. Os juristas, de modo geral, compartilhavam a perspectiva do reconhecimento de uma parcela de autonomia moral do indivíduo, justificadora de uma resposta punitiva, sem entretanto, afastar o determinismo contido nos sintomas de *periculosidade* do criminoso. O critério orientador do debate era saber qual orientação (condenação/absolvição) realizaria de modo mais eficaz a finalidade de defesa da sociedade em seu conteúdo repressivo. Esse critério expunha como centralidade do debate a avaliação da *periculosidade* dos passionais.

Havia certo consenso no entendimento de que nos casos em que se reconhecesse um sintoma clínico patológico de loucura, a resposta seria a inimputabilidade do agente. Não se trataria, entretanto, de um passional, mas de um indivíduo que sob aparência da passionalidade seria um louco.

Os juristas conhecidos como “antipassionalistas”, dentre os quais se encontravam Hungria, Lyra e os estrangeiros Asúa e Rabinowicz, não admitiam que sob a motivação da paixão se pudesse excluir a imputabilidade do agente. O argumento, que aparentemente se restringiria a uma discussão sobre a presença ou ausência do livre-arbítrio tomava dimensões mais reveladoras, ao justificar a “antipassionalidade” no caráter perigoso de seus agentes, *matadores frios* imbuídos de *motivos vis*. Era esse o fio condutor do debate, a periculosidade dos criminosos, que conduzia à discussão sobre a finalidade de defesa social do sistema penal.

A avaliação da periculosidade trazia consigo uma questão que contava com ampla base consensual entre os juristas: a necessidade de individualização das penas. Nenhum dos juristas envolvidos no debate da época discordava dessa orientação político-criminal. Entretanto, os “antipassionalistas” rejeitavam que a individualização pudesse levar ao reconhecimento da inofensividade daqueles criminosos. Para eles, tais delinquentes eram sempre frios matadores, que não mereciam a “benevolência da justiça”.

Na Conferência Brasileira de Criminologia, uma das teses referia-se à previsão do anteprojeto de Código da concessão do *sursis* aos criminosos passionais.<sup>421</sup> No debate, saíram vencedores os

---

<sup>421</sup> O anteprojeto previa pena mínima aos homicídios e lesões corporais realizadas por criminoso primário sob o domínio da paixão e aplicação do *sursis*. A pena mínima para o homicídio passional diminuiria de 12 para 5 anos e alargaria a possibilidade de concessão de *sursis* para penas de até 5 anos.

antipassionalistas,<sup>422</sup> que enfatizaram a necessidade objetiva da defesa social e o combate à tolerância com aqueles delinquentes.

Por 16 votos a 13 a Conferência desaprovou a aplicação do *sursis* ao criminoso passional. Entre os votantes contrários ao *sursis* figuravam : Philadelpho Azevedo, Vicente Piragibe, Leonídio Ribeiro, Heitor Carrilho, Nelson Hungria, Roberto Lyra. Entre os votantes favoráveis: Magarinos Torres, Evandro Lins e Silva, Lucio Bittencourt.

O principal argumento utilizado para recusar a previsão do *sursis* era a necessidade de garantir a *defesa social* através da repressão dos criminosos passionais, evitando assim um *sentimentalismo brasileiro* que aprovaria a narrativa da paixão para escusar crimes graves como o homicídio e a lesão corporal.

Heitor Carrilho, relator dessa tese, expressou essa compreensão da seguinte forma:

Abusa-se, entre nós, da expressão *crime passional*, servindo ella, muitas vezes, para acobertar individuos que não merecem psychiatricamente essa designação, a menos que, neste rotulo, quizessemos incluir frios e despeitados matadores de mulheres, que agiram deliberadamente por sentimentos inferiores – odio, vingança, orgulho, despeito – com evidente perversão dos sentimentos ethicos.<sup>423</sup>

Como representante de um discurso médico, Carrilho astutamente reconheceu uma categoria de criminosos que poderiam, mediante uma avaliação psiquiátrica, serem entendidos como inimputáveis. Resguardado esse lugar (a que competiria ao médico solucionar), Carrilho promoveu sua crítica « antipassionalista » aos tribunais (mais especificamente, ao Tribunal do Júri, como veremos) e a um uso indiscriminado desse rótulo. Assim, garantia um lugar político contrário às previsões penais de « benevolência », sem entretanto abandonar o lugar do médico na avaliação da imputabilidade.

Sob tal argumento, uma vez que não se tratasse de uma questão biopsicológica, antes que de passionalidade, que poderia determinar a inimputabilidade do réu, a aplicação do *sursis* para um réu responsável

<sup>422</sup> Posteriormente, o Código Penal aprovado também aderiu ao posicionamento de que paixão e a emoção não excluíam a pena. Embora, tenha se reconhecido a possibilidade da diminuição de pena nos casos de reação e violenta emoção..

<sup>423</sup> Decima Primeira Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 159.

era compreendida como excesso de benevolência e convivência com a violência.

Se o Código é um instrumento de defesa social ; se elle está sendo feito em convibração com as realidades brasileiras, com o espirito de nossa gente, acredito que a concessão do sursis aos passionaes responsaveis venha enfraquecer a prevenção e contrariar, assim, os seus objectivos de defesa social.<sup>424</sup>

Lyra, acompanhando o relatório de Carrilho, defendeu também sua tese, sob a perspectiva de um direito penal entendido em seus aspectos correcionalistas, enquanto «meio coercitivo de hygiene social, de elevação de consciencia publica, de progresso humano».<sup>425</sup> Para o direito penal, assim compreendido, « O ‘sursis’ aos piores passionaes – os matadores – (...) constitue perigo, iniquidade, anachronismo, subversão daquella medida de politica criminal, afrouxando os freios collectivos numa época caracterizada pela generalização dos paroxysmos passionaes. »<sup>426</sup>

Como referência doutrinária internacional, Lyra fazia questão de aproximar as teses de autores propagadores ou simpatizantes da « Escola Positiva », como Ferri<sup>427</sup> e Asúa, e tecnicistas, como Manzini e Rocco, para referenciar seu «antipassionalismo ».

Manzini, do alto de seu technicismo juridico, harmonico nesse ponto, com o positivismo de Ferri e o criticismo de Asua, opina : ‘As paixões, de resto, entram como elemento de toda

---

<sup>424</sup> Decima Primeira Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 159. No mesmo sentido, Roberto Lyra : « A benevolencia romantica em relação ao chamado criminoso passional, na sua feição mais subalterna nos motivos e mais graves nos resultados, deve ser repellida em nome da defesa social. » (Decima Segunda Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p.187)

<sup>425</sup> Decima Primeira Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 188.

<sup>426</sup> Decima Segunda Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 186.

<sup>427</sup> O uso de Ferri é nitidamente um recurso falacioso de autoridade, usado por Lyra, pois ele omite que embora Ferri esteja de acordo que as paixões não estão associadas à loucura, ao dividi-las em paixões sociais e anti-sociais, conduz a resultados diversos daqueles sustentados por Lyra. Para Ferri, nas paixões sociais, como o amor e a honra, a aplicação de uma penalidade seria inútil, já que se tratariam de indivíduos honestos e bons que não ofereceria perigo à sociedade. FERRI, Enrico. **O Delito Passional na Sociedade Contemporânea**. Campinas: LZN Editora, (1934) 2003.

determinação humana; são circunstâncias normaes em relação á actividade psychica individual.<sup>428</sup>

No que toca à análise sobre o tratamento dado aos criminosos passionais nos tribunais, os juristas aludiam a uma simpatia àqueles delinquentes, fundada em um “sentimentalismo brasileiro”, “afectividade indulgente”, “sentimentalismo exaggerado que caracteriza a nossa psyche latina”, “indole da raça”.

Hungria também acompanhou o relator da tese e recusou a possibilidade de aplicação de *sursis* aos passionais. Mas temperou seu posicionamento, sugerindo uma diminuição da responsabilidade do criminoso pasisonal, caso ele não revelasse *periculosidade* nem tivesse sido movido por « sentimentos vis ». <sup>429</sup> Seu posicionamento revelava em grande medida o consenso dos juristas em torno do fundamento da periculosidade como medida da pena e critério orientador da defesa social.<sup>430</sup>

A votação da tese vencedora apresentava com nitidez esses elementos:

A aplicação do *sursis* aos criminosos passionaes, mesmo nas condições estabelecidas no artigo 120 e paragraphos do Projecto, não é admissível em face das conveniencias sociaes, que reclamam o fortalecimento da repressão e em face dos fundamentos psycho-biologicos da personalidade dos passionaes – causa predisponente de sua reacção anti-social – os quais valem por uma

<sup>428</sup> Decima Segunda Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 179.

<sup>429</sup> Decima Primeira Sessão. *Revista de Direito Penal*, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p.165. A esse tempo, 1936, Hungria ainda não havia apresentado sua perspectiva do tecnicismo jurídico-penal. Não foram poucas as suas declarações, em outros textos, desse mesmo período, em que demonstrava alguma adesão às perspectivas da sociologia criminal. Ver o caso da sugestão, em 1933, da utilização de medida de segurança para erros de tipo reveladores de periculosidade, ou o texto já citado sobre o pragmatismo penal de Quintiliano Saldana. Cf. HUNGRIA, Nelson. O delicto putativo. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, fasc. I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933; HUNGRIA, Nelson. Pragmatismo e Direito Penal. **Revista Jurídica**, Vol. II, 1934b.

<sup>430</sup> Segundo Roberto Lyra, os que compartilhavam a recusa da paixão como dirimente no Brasil, eram: Tobias Barreto, Afranio Peixoto, Costa e Silva, Esmeraldino Bandeira, Lima Drumond, Viveiros de Castro, Rodrigues Doria, Galdino Siqueira, Adalbera Garcia, Mello Mattos, Pires Porto, Plinio Barretto, Virgilio Sá Pereira, Smith Vasconcellos, Heitor Carrilho, Nelson Hungria, Luiz Correa. » Decima Segunda Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 182.

condição de temibilidade potencial a ser considerada.”<sup>431</sup>

O debate sobre os crimes passionais e a responsabilidade penal e sua tese vencedora de repressão e defesa social põe a descoberto uma operação que se passou na apropriação retórica dos juristas sobre as categorias médicas e psicológicas da criminologia. Como se pôde observar, juristas de adesões teóricas distintas, na defesa da repressão aos passionais, reconheceram a utilidade e a necessidade do uso dos critérios da periculosidade e da avaliação da personalidade do criminoso. Usaram-se inclusive destes dados, considerando tais delinquentes os mais “perigosos”, os mais “antissociais”, para justificar de modo genérico e objetivo a necessidade de defesa social.

No debate relativo à pena de morte, a apropriação da retórica criminológica em sua versão correcionalista servia à justificativa de subordinar o conteúdo da legalidade à dimensão da ordem social e da coletividade. O discurso terapêutico da pena, a centralidade do delincente enquanto objeto (e não limite) da intervenção punitiva foram as linhas justificadoras do repúdio à pena de morte nos crimes comuns. A *ciência* criminológica entrava assim no discurso jurídico como anteparo à liberdade individual e subvertia o tradicional conteúdo iluminista dos limites do poder de punir. O que significa afirmar que o discurso correcionalista, naquela ocasião, era fundamento de *expansão* da intervenção de punir e da justificativa de critérios de *desigualdade* (patológica ou social) dessa mesma intervenção. Era o discurso que se ocupava da *expansão* do controle penal em nome da *inclusão* dos delinquentes na ordem produtiva.

No debate sobre os passionais, a operação realizada pelos juristas implicou na utilização de apenas *parte* das teorias criminológicas, adotando-a em seus fundamentos, mas não em suas consequências. Eles se valiam do poder de avaliar o delincente garantido pela justificada expansão da intervenção punitiva, mas descartavam toda a resposta diferente da repressão. Se levassem os fundamentos médicos e psicológicos aos seus desdobramentos últimos, poderiam concluir pela inutilidade da repressão, seja porque os delinquentes precisariam de tratamentos específicos, propostos pela endocrinologia ou pela

---

<sup>431</sup> Índice das proposições aprovadas pela I Conferencia Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**. Anno IV, Vol.XIV, fasc.I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1936, p.193

psicanálise<sup>432</sup>, seja porque se reconhecesse um caso de ausência de periculosidade, *apesar* do delito.

Esse *malabarismo* argumentativo confirmava a operação dos juristas: garantir a *expansão* do poder de punir, mas resguardar ao direito penal sua função *repressiva*, mesmo quando permeabilizado por retóricas e praticas aparentemente diferenciadas. Fazia parte desse recurso usar da *defesa social* como uma necessidade *objetiva* que implicava invariavelmente uma parcela de repressão contra o delinquente. A subjetivação ao extremo do direito penal, com a individualização caso a caso, poderia levar ao abandono da repressão em nome de tratamentos particularizados ou do reconhecimento da desnecessidade de pena.

Os juristas depuravam, portanto, as propostas criminológicas para o controle penal a fim de manter intacta a sua função repressiva. Foi assim, por exemplo, no debate dos passionais. Podemos compreender um pouco mais ao observarmos a implicação do debate da individualização da pena.

Evaristo de Moraes, jurista com grande aderência aos debates propostos pela sociologia criminal<sup>433</sup>, ao apresentar seu estudo sobre os passionais, analisou os estados da emoção e da paixão, e se valeu apenas de psicólogos e médicos para tal tarefa. Ao fim daquele trecho, perspicaz, revelou a questão que polemizava os debates:

Notar-se-ha que até agora não temos citado juristas.

A razão é óbvia: eles, em regra, se apavoram com as consequências judiciárias dessas observações e

---

<sup>432</sup> Ver o caso de Porto Carrero, Porto-Carrero, J. P Sobre a pena e o direito de punir. **Revista de Direito Penal**. Vol. XX, Fasc.III, Anno V, março, 1938, p. 285-290. Francesco Migliorino estudou o debate da psicanálise nas Revistas jurídicas italianas e demonstrou a operação que por vezes os próprios psicanalistas (para circularem nos debates dos juristas) faziam para deixar de lado as consequências não punitivas de suas teorias. MIGLIORINO, Francesco. **Il dottor Freud e le riviste dei colpevoli**. Apresentação oral em Seminário. **Una ‘tribuna’ per le scienze criminali**: la cultura delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento. Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici, Jesi, 25-26 febbraio, 2010.

<sup>433</sup> Embora, como vimos sustentando na tese, não possamos afirmar que ele fosse um jurista de Escola. Como ele mesmo afirma, ao tratar das medidas penais: “seguindo a corrente dos mais abalissados penalistas modernos, combinado, sem espírito de escola, as suas doutrinas, obedecendo á tendência crítica da nossa mentalidade, chegamos á conclusão de que as providencias, ou medidas a tomar contra os criminosos em geral devem revestir três fórmaz: (...)”. MORAES, Evaristo de. **Criminalidade Passional**. O homicídio e o homicidio-suicídio por amor. (Em face da Psychologia Criminal e da Penalística). São Paulo: Saraiva, 1933, p. 57).

fazem distincções subtilíssimas, que não correspondem á realidade dos fatos.<sup>434</sup>

As “consequências judiciárias” a que se refere, está claro, correspondiam às situações de provável despenalização dos criminosos, em virtude de análise de suas personalidades e em nome de um sistema que abandonasse o ideal repressivo. Chegamos aqui no centro do debate sobre a passionalidade. O campo de embate travado era o campo simbólico e real da função repressiva do controle penal. Aqui se chegava à tensão máxima, levada a cabo pelas decisões jurisprudenciais de então, dos limites das propostas criminológicas. Elas foram muito bem vindas e operacionalizadas pelos juristas, que dela se apropriaram e para ela estabeleceram sua extensão: a que não comprometesse a função repressiva do sistema penal. Naquilo que o discurso criminológico da prevenção e do tratamento permitisse e fundamentasse a extensão da intervenção penal (como a adoção no Código Penal de 1940 da imposição da medida de segurança *além* da pena-repressão ou da adoção de medidas de caráter indeterminado) ele poderia ser operado pelos juristas. O limite de sua aderência era a descaracterização da função repressora do poder punitivo.

Esse limite foi o que definiu o lugar central do jurista no saber do controle penal, deixando ao medico um lugar residual, como havíamos observado ao tratarmos da campanha contra a “medicinização do direito”. O juristas cumpriam uma função conservadora do poder de punir, apropriando-se do discurso médico apenas na medida em que ele pudesse legitimar a expansão do controle penal, e no limite em que a função repressora fosse mantida como conteúdo da defesa social.

A individualização da pena era um daqueles pontos consensuais do debate penal da época, bem acolhida pelos juristas e objeto de demanda da reforma legal no país. Entretanto, o seu uso nos julgamentos do Júri, como fundamento da absolvição dos passionais era o limite extremo e descaracterizador do acento repressivo da ideia de defesa social.

Algumas formulações de defesa do Júri usavam como recurso a necessidade de individualização judicial da pena ao caráter do criminoso. Fundado na divisão entre paixões sociais e antissociais de Ferri, a defesa consistia na demonstração de que o acusado havia cometido o homicídio, movido por uma paixão social (amor ou honra),

---

<sup>434</sup> MORAES, Evaristo de. **Criminalidade Passional**. O homicídio e o homício-suicídio por amor. (Em face da Psychologia Criminal e da Penalística). São Paulo: Saraiva, 1933, p. 140-141.

demonstrando ser aquele ato uma situação atípica de sua vida social. A demonstração de que se tratavam de homens bons, de vida honesta, era a escusa para demonstrar a inutilidade da pena, compreendida aqui a partir do proposta criminológica, em sua função preventiva.

E. Moraes, ao expor a tese de um jurista brasileiro, Esmeraldino Bandeira, demonstrou as condições gradativas da punição/atenuação/absolvição, trazidas pelo processo de individualização.

Nesta conformidade, entende que é preciso defender e propagar a ideia de que a paixão só *deve e pôde atenuar* o crime, quando intrinsecamente for altruística e nobre, e quando for o crime o delíto transitório de uma consciência honesta, premiada pela excepcionalidade das mais anormais e graves circunstâncias.

Levando o argumento ao extremo, E. Moraes citou um doutrinador italiano

Si o critério da lei punitiva deve ser a justa e recita moderação da liberdade individual, e da temibilidade do ré, para o fim primordial da defesa da sociedade, não há razão alguma para punir homens que sempre foram honestos e bons, e que somente foram levados ao delíto pela ofensa dos seus afetos mais caros. Que perigo poderiam ainda constituir para a sociedade? (*Il Delinquente per Passinhe*, 1896, p.100).<sup>435</sup>

A referência de Bonanço à defesa social divergia da tese majoritária no debate do passionalismo no Brasil. Para aquele a defesa social era referida a uma individualização extrema, caso a caso, que avaliaria a necessidade preventiva da intervenção penal. Os juristas, para evitarem essa consequência extrema, tratavam da defesa social como

---

<sup>435</sup> Pudemos observar, no relato de casos de absolvição do Júri para os criminosos passionais, que os acusados provinham de uma condição social mais abastada, o que poderia demonstrar a seletividade estrutural do sistema penal e a operatividade dos estereótipos de vulnerabilidade. Para demonstração empírica, isso demandaria um estudo dos casos do Júri neste período. Evaristo de Moraes relata três casos nos quais advogou e conseguiu a absolvição, nos quais os acusados eram assim situados socialmente: militar que serviu em Canudos; acadêmico, filho do cientista João Baptista de Lacerda, diretor do museu nacional; cunhado de Sylvio Romero, citado como poeta J. B.

uma *necessidade objetiva de repressão à criminalidade*. O argumento da periculosidade e do crime como sintoma de personalidade era útil na medida e até o limite em que contribuía com a expansão do poder de punir.

A tese vencedora sobre o passionalismo foi expressão do arranjo entre juristas e médicos no funcionamento da justiça penal. A prevalência dos primeiros, garantido o aspecto repressivo do sistema penal, foi sustentado pela permanência da tese do livre-arbítrio como fundamento da imputabilidade e da responsabilidade penal. Era o reconhecimento da responsabilidade ética do indivíduo que garantiu o fundamento retributivo da pena, impedindo que ela fosse afastada meramente por critério preventivos de utilidade e reforma do delinquente.

O arranjo se deu em reconhecer um lugar para o discurso médico e preventivo, que deveria se reservar à avaliação patológica do delinquente, nos casos e inimputabilidade, submetendo-se ao fundamento jurídico do livre-arbítrio. Mais do que uma *conciliação* entre responsabilidade moral e social, entre fundamento retributivo e preventivo, esse arranjo de saber penal e prática punitiva foi a representação do lugar da repressão no sistema penal, e por consequência, do lugar do jurista.

Roberto Lyra, em sua conferência em 1935 “O ensino do direito penal e a doutrina contemporânea” manifestou sua posição em favor dos juristas, que estariam, segundo ele, sendo esbulhados de seu lugar: “Ha um capitulo do problema jurídico da responsabilidade criminal – a criminalidade passional – de que os juristas vão sendo esbulhados.”<sup>436</sup>

Hungria, anos mais tarde, em sua conferência em 1942 “Introdução à Ciência Penal”, revelou a acomodação desses lugares, em tom exaltado, expondo uma disputa política recém-resolvida com o Código Penal de 1940, mas ainda mal assentada:

É preciso que defendamos, *unguibus et rostris*, a *nossa* ciência penal, o *nosso* direito penal. Tenhamos sempre à mão as petições, as provas arazoadas para imediato ajuizamento do *interdito*, em defesa do exclusivismo de nossa posse milenaria.

Não quer isso, porém, dizer que devemos ou podemos dispensar o auxílio de outras ciências. Assim, para a constatação da materialidade do

---

<sup>436</sup> LYRA, Roberto. **O ensino do direito penal e a doutrina contemporânea**, p.28.

crime e para a identificação do *pathos* mental ou da anormalidade psíquica de certos criminosos, temos de bater à porta da medicina legal e da psiquiatria forense, de cuja preciosa colaboração não podemos prescindir. É bem de ver, porém, que uma e outra, em sua cooperação com a justiça penal, tem de acomodar-se aos critérios jurídicos. (...) Tanto quanto o juiz, de quem é colaborador, o psiquiatra forense não pode recusar, por exemplo, o libertismo da vontade, sob o pretexto de que se trata de um conceito artificial.<sup>437</sup>

O debate sobre a passionalidade implicava, ao por em questão a necessidade da subjetivação do direito penal, por meio da ação da individualização judiciária, o reconhecimento de uma parcela importante de arbítrio judicial. Como já afirmamos, havia por parte da tese majoritária uma recusa da individualização extrema, capaz de concluir pela inutilidade de uma medida interventiva, baseada em critérios meramente preventivos. Mas também pudemos observar que, para além do temor dos juristas em reconhecer consequências não punitivas (mantendo assim uma parcela irrenunciável de responsabilidade moral) as propostas referentes a uma relativização e individualização da pena ao caráter do passional eram admitidas. Lembremos a proposta de Hungria na Conferência Brasileira de Criminologia: a *atenuação* de responsabilidade do passional caso não fosse reconhecida sua periculosidade.

O Tribunal do Júri colocava em xeque, no entanto, o reconhecimento deste arbítrio judicial. Ao se tratar de uma justiça leiga, que não era composta por um corpo técnico, seus julgados levavam sempre ao temor de que as decisões não estivessem amparadas na autoridade legal, e que conduzissem o arbítrio judicial na individualização da pena, ao paroxismo da absolvição. Vejamos mais detidamente o que estava em jogo nas acusações à Instituição do Júri.

## 6.2 O TRIBUNAL DO JÚRI E A TECNICIZAÇÃO DA JUSTIÇA

O debate sobre a legitimidade do Tribunal do Júri no panorama das reformas da Justiça Penal era apresentado, na maioria das vezes, contido no debate sobre os crimes passionais. A acusação que mais mobilizava os juristas e, a opinião popular por meio da imprensa, era su

<sup>437</sup> HUNGRIA, Nelson. Introdução à Ciência Penal. **Revista Forense**, outubro, 1942, p. 20-21.

caráter “benevolente” com os passionais. O tema ocupava não só os debates promovidos pelas revistas jurídicas,<sup>438</sup> mas deflagrava uma campanha de uma “imprensa inimiga do júri”.<sup>439</sup>

A instituição criada na Constituição de 1824<sup>440</sup> e regulada pelo Código de Processo Criminal de 1832, vinha desde então, sofrendo vários revezes na sua permanência e na amplitude de sua competência. Normalmente sua defesa se fundava em se caracterizar como uma instituição liberal da Justiça, naquilo que ela representaria de democracia representativa e vontade popular. Muito embora possamos associar sua defesa durante o Império a um liberalismo das elites que pretendiam contrabalançar as forças centrípetas do Poder Monárquico e a formação de uma elite judicial<sup>441</sup>, garantindo uma descentralização e uma autonomia local, mais ao alcance de seus espaços de poder.<sup>442</sup>

Em 1841, uma nova lei restringiu a competência do Júri que veio a ser recuperada ainda em 1871 e mantida na Constituição de 1891. Ainda na década de 1920 o Júri continuava a ser objeto de polêmica e reforma. O decreto 16.273/1923 aderiu às limitações propostas pela “moderna criminologia” e contava com o apoio de Heitor Carrilho. No

---

<sup>438</sup> Apesar de nossas fontes concentrarem-se especialmente na Revista de Direito Penal, observamos que o interesse pelo debate da passionalidade, incluída a discussão sobre a legitimidade do Júri, estava presente em outros periódicos e editoriais. Um dos casos que demonstram essa repercussão foi a publicação dos debates travados entre Evaristo de Moraes, na defesa, e Afrânio Peixoto, enquanto perito que descaracterizava a alegada perturbação de sentidos, na Revista de Direito, vol.7, e em livro avulso, editado por três vezes.

<sup>439</sup> Evaristo de Moraes refere-se a essa campanha na imprensa contra o Júri. Afirma que após uma das absolvições do Júri, na qual figurou como advogado de defesa, “a unânime absolvição foi, todavia, mal recebida pela imprensa, que, desde então, tomou a si a tutela do júri, repetindo campanhas de descrédito sempre que elle resolve a favor dos criminosos por paixão.” (MORAES, Evaristo de. **Criminalidade Passional**. O homicídio e o homicídio-suicídio por amor, p. 108.

<sup>440</sup> Na previsão constitucional o Júri tinha competência para julgar apenas os crimes de imprensa, apenas com o Código de Processo de 1832 é que a competência do Tribunal se ampliou significativamente.

<sup>441</sup> A relação de disputa entre o tribunal do Júri e a formação de um grupo de magistrados profissionais e a formação de uma elite judicial está em KOERNER, Andrei. **O poder Judiciário na constituição da República**. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, USP, 1992; WOLKMER, Antonio Carlos. A magistratura brasileira no século XIX. **Seqüência**, 35. A tematização desta disputa será reatualizada na década de 1930 com a demanda de tecnicização e burocratização da Justiça Penal.

<sup>442</sup> Essa característica do mito da soberania popular que servia, antes, à política local, está presente também no funcionamento do Tribunal durante a Primeira República. Segundo Alvarez “não quer dizer, em contrapartida, que o júri fosse efetivamente um instrumento de afirmação da soberania popular, pois, como aponta Leal, desde o Império essa instituição sempre fora influenciada sobretudo pela política local.” (ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e Juristas**. Saber Jurídico e Nova Escola Penal. São Paulo: Método, 2003, p. 124)

entanto, em seguida, já durante o Governo Provisório, ele foi revogado pelo decreto 19.436/1930.<sup>443</sup>

Durante a década de 1930 a proposta de “modernização” da Justiça Penal incluía também um intenso debate sobre o lugar do Júri, que foi , depois de mantido pela Constituição de 1934, silenciado na Constituição de 1937, e radicalmente transformado e limitado pelo decreto-lei 167/1938, que lhe retirava sua soberania.

As demandas por burocratização (na especialização de saberes e práticas) e racionalização (na submissão à lei e aos limites do poder de punir) da Justiça Penal, definidas pela dimensão técnica da legalidade, acentuavam e reatualizavam as discussões em torno à legitimidade do Júri Popular. Ele passava a ser a representação do atraso do saber penal em relação aos progressos científicos da criminologia e ao impulso dogmatizador do direito penal, que exigiam, para sua aplicação, um poder judiciário profissionalizado.<sup>444</sup>

Podemos compreender o que, nas reformas legais propostas pelo Governo Provisório e efetivadas no Estado Novo, estava em jogo no plano político-jurídico, ao percorrermos o discurso de Magarinos Torres ao longo desses anos. Em primeiro lugar, uma disputa que era pautada pela discussão do regime político antiliberal de 1930: o Júri era a representação *mítica* da soberania popular e da democracia popular, alvo de críticas de intelectuais e ideólogos do Estado, entre eles Nelson Hungria. Em segundo lugar, a sua defesa representava o decadentismo de um discurso jurídico vinculado à estrutura “anti-modernas” da Justiça, como a representação do direito como bom-senso e experiência, em oposição ao direito como técnica. Em terceiro lugar, as suas decisões soberanas eram consideradas uma ameaça à autoridade e à centralidade da lei.

Se de um lado, as demandas por tecnicização e centralidade da lei eram marcas do impulso modernizador e racionalizador da Justiça Penal, elas também davam notícias de que, no Brasil, na década de 1930, nossa justiça não contava, em seu funcionamento, com a penetração

---

<sup>443</sup> O decreto do Governo Provisório n.19436/1930, que revogou, com o apoio do autor, lei anterior que exigia a exibição de laudo médico que confirmasse perturbação mental para que o Júri pudesse absolver o acusado de crime passional.

<sup>444</sup> Para Sontag, ele era alvo de críticas por parte do discurso criminológico, por não atender às exigências de cientificidade do debate, e por parte do discurso tecnicista-jurídico, por não atender às exigências de um corpo jurídico qualificado para interpretar e aplicar a lei. Era, pois, o avesso às demandas da ciência criminológica e à dogmatização penal. Sobre a análise específica de Sontag cf. SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria, 2009.

conclusiva do princípio penal da legalidade em sua dimensão doutrinária como fonte da ciência do direito e da jurisprudência.

Essa demanda pela centralidade da lei surgiu em conjunto com uma nova perspectiva do legalismo. Não se tratava aqui de resgatar, pura e simplesmente, uma espécie de “certeza da lei” que promoveria um legalismo exegético nos moldes de um positivismo surgido na época das primeiras codificações europeias. Sem termos consolidado esse modelo, os juristas acompanhavam as demandas da segunda codificação: o desenvolvimento de um positivismo que admitia o papel criador do juiz e o correspondente trabalho sistemático-dogmático do jurista, que seria o responsável por orientar e uniformizar a aplicação e interpretação judicial.

No campo penal a representação desse movimento se deu por meio da legitimação do arbítrio judicial, que teve seu lugar privilegiadamente realizado na individualização da pena. Para tal atividade, entretanto, era necessário um juiz técnico, capaz de compreender não só a prescrição legal, mas o trabalho dogmático dos juristas. E não só, conforme se revelava no debate da Revista, um juiz técnico também capaz de compreender e aplicar o conhecimento das ciências criminológicas na avaliação do delinquente.

O eixo norteador destes debates (tecnificação do direito, a centralidade da lei e a individualização da pena) era a obsessão pela realização de uma defesa social eficaz, que atravessava a legitimidade pela legalidade em sua dimensão técnica.<sup>445</sup> E o Júri representava a esse tempo a ameaça a essa eficácia, simbolizada pela benevolência<sup>446</sup> e

---

<sup>445</sup> Astolpho Rezende, em comentários ao Código Penal de 1940, no qual se previa explicitamente a impossibilidade de emoção ou paixão servirem como dirimentes, apoiava a nova disposição legal, referindo-se aos *antigos tempos* das absolvições do Tribunal do Júri, incapazes de cumprir com o objetivo da defesa social. « As emoções e as paixões, boas ou más, nobres ou degradantes, como são capazes de ocasionar uma grave perturbação nos sentidos e na inteligência do agente, levavam os juristas, e principalmente o Júri, a declarar não criminoso o indivíduo em que se verificasse essa privação ou perturbação dos sentidos e da inteligência. Abria-se, por essa maneira, a porta aos mais perigosos malfeitores, em detrimento da defesa social. O clamor era grande e generalizado. Urgia fechar a porta a essas consagrações do crime. » (REZENDE, Astolpho. Parte Geral: título III, art. 22 a 24. **Revista de Direito Penal**, vol. XXXIII, fasc. II-III, maio a dezembro, 1941, p.223.)

<sup>446</sup> O ataque ao Júri e à sua fama de benevolência não é, todavia, novidade da década de 1930. Durante a Primeira República, esse foi o argumento principal usado pelos adeptos da « Nova Escola Penal » para pressionar uma reforma legal que acabasse com o juizado leigo. Para eles, uma justiça que não fosse ocupada por cientistas capazes de avaliar o delinquente não seria capaz tampouco de realizar o devido combate à criminalidade. Em 1896, Aurelino Leal afirmava “É no júri que vamos encontrar a fonte geradora de um grande numero de desordens que se operam no seio da comunhão; é nos seus julgados, na sua generosidade e na sua incompetência que os criminosos reincidentes formam grupos que se avolumam cada dia e que

pelas absolvições dos passionais. O que significa dizer que a eficácia estava diretamente vinculada ao número de condenações.<sup>447</sup>

Vejamos como essas questões se acomodam no debate de então a partir do discurso de M. Torres.

### 6.2.1 Magarinos Torres e o direito como experiência

Magarinos Torres, presidente do Tribunal do Júri, diretor da Revista de Direito Penal, era um dos juristas mais mobilizados na campanha a favor da manutenção do Tribunal do Júri. Usava da Revista como instrumento de divulgação de suas ideias relativas à legitimidade do Tribunal leigo na Justiça Penal brasileira.

Seus textos e conferências ocupavam-se menos de uma articulação teórica coerente e sistematizada e mais de uma coleção de argumentações variadas que fossem capazes de sustentar sua adesão quase incondicional e por vezes sentimental à instituição do Tribunal do Júri.

Não havia, durante sua exposição, que pretendia antes de tudo convencer um público da importância da instituição do Júri, alguma espécie de adesão a uma escola teórica<sup>448</sup>. Tratava da maioria dos autores, Ferri, Von Liszt, Engenieros, Lacassagne, Gabriel Tarde, embora epistemologicamente incongruentes, como pertencentes às mais “modernas escolas criminológicas”, e, por isso, confiáveis. Produzia, antes, um sincretismo que pretendia se prestar a uma retórica política.

Considerava a pena a reunião de todas as teses das escolas criminológicas. Referiu-se à Ferri para tratar da prevenção específica, a Alimena como referência da prevenção geral positiva, a Rabinowicz

---

podem, num momento dado, tentar contra a existência da lei e contra a integridade da justiça.” (Leal, 1896, p. 19-20, citado por ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, Criminologistas e Juristas**. Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003, p.115). A novidade durante esse período se apresenta em um reforço ao discurso sobre a deslegitimidade e ineficácia do Júri, agora vindo do discurso jurídico tecnicista.

<sup>447</sup> É mesmo de se questionar a « ineficácia » do Júri, apontada tanto por aqueles que defendiam uma justiça de cientistas criminólogos (que já não eram representativos na década de 1930) quanto pelos que propugnavam uma justiça de juízes togados, de juízes técnicos. A ineficácia a que se referiam, sem nunca apresentar dados estatísticos, era relativa ao grande número de absolvições. Essa era, aliás, a campanha que unia o debate sobre o passionalismo e o Tribunal do Júri. Magarinos Torres costumeiramente, ao fim dos volumes das Revistas, defendia-se apresentando estatísticas do Tribunal do Júri da Capital, nas quais se observa que o tribunal possuía um número de condenações bastante superior ao número de absolvições. Cf Chronica do Jury. Estatística dos julgamentos de 1935. **Revista de Direito Penal**. Vol. XII, Fasc. 1 e 2. Ano III, jan-fev, 1936, p. 137-141.

<sup>448</sup> Característica que tinha adesão de boa parte dos juristas que participavam do debate doutrinário da época, como demonstramos no Capítulo 3 sobre o debate das Escolas.

para justificar a prevenção negativa da pena, à medicina para referir-se à pena como tratamento, à psicanálise para tratar da dimensão moral do crime e com isso justificar a pena como castigo.<sup>449</sup> A justaposição de todas essas finalidades da pena (correcionalistas e repressivas) tensionava a legitimidade da defesa social ao seu limite, garantindo extenso poder legitimador ao controle penal.

**Democracia liberal versus Democracia autoritária.** Era recorrente em seus textos a defesa da legitimidade do Júri em seu fundamento democrático, revelado pela escolha dos jurados entre os « homens de bem ».

Esse foi o argumento também usado por Ary Franco<sup>450</sup> e Evaristo de Moraes<sup>451</sup>, que protestavam por um espaço democrático na esfera penal, muito embora estivessem com isso ignorando (ou legitimando) a escolha dos jurados promovida de modo pouco igualitário, dadas as condicionantes de renda e de *status*.

As reformas limitadoras pelas quais vinha passando o Júri eram acusadas de ser expressão antiliberal e resultado de ataques fascistas.<sup>452</sup> E, apesar da retórica do fascismo usado como estratégica política de acusação do próprio Governo Vargas, especialmente após o Estado Novo, o diagnóstico antiliberal não estava errado. De fato o Tribunal havia sido tomado, na Reforma Penal, como uma instituição vinculada à democracia liberal, a qual era, por si, o grande alvo de crítica do governo Vargas. O Tribunal do Júri era entendido como uma das três

---

<sup>449</sup> M. Torres faz uma interpretação muito peculiar das conseqüências da psicanálise no campo do penal. O paradoxo da psicanálise aplicada ao direito penal é que, por meio de suas considerações, chegava-se à própria negação da resposta punitiva. No Brasil, Porto-Carrero era o representante mais conhecido das idéias psicanalíticas aplicada ao debate do controle penal.

<sup>450</sup> Afirma Ary Franco : « Elle – Tribunal do Juri – ainda é um dos mais lidimos marcos representativos da democracia que é a nossa tradição, que é a nossa índole de povo medularmente liberal, regimen contra o qual o mundo todo se alça, num aneio de vida, que poderá redundar num impulso de morte. » (FRANCO, Ary. Tribunal do Jury. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, jan. 1935, p. 124)

<sup>451</sup> A postura de Evaristo de Moraes revela em grande medida a complexidade dos posicionamentos dos juristas deste período. Pois apesar de defender o Júri enquanto instituição *liberal e democrática*, era um autor com forte aderência a propostas da sociologia criminal e da perspectiva defensiva social. Afirma E. Moraes: « O assumpto não fica esgotado, e talvez tenha de voltar a elle, si se teimar no malfadado proposito, reflexo de tendencias anti-democraticas e anti-liberais » (Defesa de Evaristo de Moraes transcrita em texto de Magarinos Torres, em « A competencia do Jury no Projecto de Codigo de Organização Judiciaria », **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, p. 303).

<sup>452</sup> MENDONÇA, Carlos Sussekind de. Chronica Forense do Districto Federal. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, fev-março, 1935, p.275-279; SILVA, Evandro Lins e. Chronica do Jury. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, p. 285-287.

consequências do « demo-liberalismo » no campo penal, junto à legalidade e à prefixação rígida das penas.<sup>453</sup>

**Jurado leigo versus Justiça Técnica.** Magarinos Torres explicitava sua crítica ao profissionalismo e à tecnicização do julgamento e defendia os benefícios do Jurado leigo. Estava em discussão nas propostas de Reforma a possibilidade de reformular o Tribunal a ser composto por parte de jurados leigos e parte de juizes técnicos, no sistema de escabinato italiano.<sup>454</sup> Contra essa tendência, que era também internacional, M. Torres alegava a importância do jurado leigo na interpretação das experiências da vida que não estariam petrificadas nos textos legais.<sup>455</sup>

A organização da Justiça caminhava em direção oposta, como já tivemos oportunidade de demonstrar anteriormente. A valorização da tecnicização da Justiça Penal era parte do processo de modernização do controle punitivo, representada pela especialização de saberes e práticas e por sua uniformização. Apenas o juiz com seu conhecimento técnico sobre a lei e com seu domínio retórico do saber sobre o delinquente poderia realizar uma aplicação do direito eficaz no combate e no controle da criminalidade.

Hungria, em 1943, atribuía à reforma do Tribunal do Júri de 1938, pela qual o Júri teve reduzida suas competências e decretado o fim de sua soberania, uma nova forma de julgar organizada a partir dos moldes técnico-jurídicos, tendo sido substituída « a eloquência

---

<sup>453</sup> (HUNGRIA, Nelson. O direito penal e o Estado Novo, **Revista Forense**, fev. 1941b, p. 14). Os fundamentos políticos da “democracia autoritária” anunciada pela política Vargas estava fundada na crítica schmittiana à democracia representativa e ao funcionamento do Parlamento, que seria o responsável por colonizar o mundo da política com a partidarização de interesses privados. (Cf. SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996).

<sup>454</sup> A tendência internacional do Júri no sistema de escabinato foi manifestada no III Congresso promovido pela Associação Internacional de Direito Penal em Palermo, Sicília, 1933 : Sobre o Tribunal do Júri, o voto vencedor do Congresso chegou a uma solução de meio-termo no quesito formação dos julgadores : leigos e especialistas. « Celui-ci doit comporter l’institution d’un *collège unique*, formé d’un ou de plusieurs magistrats et de jures. Ces derniers, au moins deux fois plus nombreux que les premiers, doivent être choisis dans toutes les catégories sociales et satisfaire aux conditions morales et intellectuelles nécessaires. » « Resolutions votees par le congres de Palerme (Sicile, 1933). **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I-II, out-nov, 1935, p.146).

<sup>455</sup> TORRES, Magarinos. Manutenção do Jury. Crítica ao Jury technico e ao profissionalismo no julgar. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. I-II, jan-fev, ano III, 1936, p. 81-95.

farfalhante da tribuna do júri » pela « dialética ponderada, sóbria e leal na exegese, análise e aplicação dos textos legais. »<sup>456</sup>

Mas Hungria falaciosamente tentava imprimir o sentido da Reforma do Júri a um só desdobramento : o desenvolvimento de um tecnicismo-jurídico na doutrina e jurisprudência. Se não podemos afirmar que a reforma de 1938 teve tal alcance na reformulação do controle penal, visto o precário desenvolvimento da dogmática penal em fins da década de 1930, marcada pelo signo da eloquência (mais do que Hungria gostaria de perceber), tampouco podemos entender a Reforma do Júri apenas no sentido de imprimir o desenvolvimento do tecnicismo-jurídico.

A Reforma do Júri atendia também à demanda por um corpo técnico no sentido de dominar um saber sobre o delinquente. Não apenas a linha de centralização da lei, mas também o eixo da centralização do delinquente estavam em jogo. E nesse aspecto, o domínio retórico do saber criminológico pelos juristas garantiria a eles um lugar especial de poder de dizer o direito e responder pela demanda de defesa social.

**O direito como experiência e justiça versus o direito como técnica e submissão à autoridade da lei.** Magarinos Torres defendia a Instituição do Júri e sua soberania como forma de corrigir os « erros, as negligências e as fantasias dos legisladores. »<sup>457</sup> Ele contrapunha os « homens conhecedores da vida »<sup>458</sup>, jurados, às « fantasias dos legisladores », e expressava assim uma justiça que não encontra na lei a referência e a submissão de suas decisões. Para M. Torres a lei não poderia ser um limite à aplicação do direito, mas apenas sua orientação, e enumerava seguidamente nos seus textos exemplos nos quais o Júri dava demonstrações de que suas decisões eram mais *justas* ao corrigir as previsões *frias e distantes da realidade da vida* proposta pelo legislador.

Mais do que uma orientação, M. Torres entendia que a lei poderia até representar um embaraço para a realização do direito, que deveria ter como finalidade a realização de justiça.<sup>459</sup>

<sup>456</sup> HUNGRIA, Nelson. A evolução do direito penal. **Revista Forense**, julho, 1943, p. 14.

<sup>457</sup> TORRES, Eugenio Magarinos. O Jury e seu rigor contra os passionaes ou o amor no banco dos reos. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.75.

<sup>458</sup> TORRES, Eugenio Magarinos. O Jury e seu rigor contra os passionaes ou o amor no banco dos reos. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.73.

<sup>459</sup> Sessão da Sociedade Brasileira de Criminologia de 27 de abril de 1935. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, abril-maio, 1935, p.53-57. Ao discursar no início da Conferencia Brasileira de Criminologia na qual se discutia um projeto de Código Penal Brasileiro, Torres justificou o arbítrio da jurisprudência frente à lei por ser essa forma entendida « como remedio unico e

Se compreendermos bem essas declarações de M. Torres e seus relatos frequentes sobre as decisões *contra legem* promovidas pelo Júri como forma de correção da lei, podemos entender que sequer o legalismo exegético das primeiras manifestações de um direito do Estado Legislativo não havia se enraizado na doutrina e na jurisprudência brasileira<sup>460</sup>.

A figura do « legislador racional » e a busca da certeza jurídica no mito da aplicação silogística do direito não eram, nem de longe, o senso comum dos juristas, quando o debate sobre a tecnicização e a dogmatização do direito se apresentaram.<sup>461</sup> A rígida vigência da legalidade dos delitos e das penas que deita suas raízes no reformismo-iluminista europeu, embora tenha sido texto legal enunciado nos Códigos Criminais do Império e do início da República, não encontrou na doutrina (no papel do saber dos juristas) e na jurisprudência (no papel da jurisdição), em sua dimensão de enunciado científico e hermenêutico, uma apropriação pelo controle punitivo.<sup>462</sup>

Sem a dimensão científica e jurisprudencial da legalidade presente de modo arraigado no funcionamento do controle penal, a retórica criminológica já consolidada na década de 1930 encontrava espaço para promover interpretações livres e decisões jurisprudenciais pautadas no *bom senso* dos juristas togados e leigos.

No entanto, esse direito como *bom senso* e *justiça*, que não reconhecera, seja na doutrina, seja na jurisprudência, a lei como fonte de sua legitimação, era o alvo de ataque tanto em nome da cientificização do direito quanto em nome de sua tecnicização legal. Esse ataque se condensava justamente no fundamento das absolvições dos criminosos passionais.

necessário aos absurdos de uma legislação a adaptar-se, de outra época e, virtualmente, de 'outro mundo'. » Ainda TORRES, Magarinos. Sessão de Instalação. Discurso Inaugural.

**Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 14-15.

<sup>460</sup> A mudança da natureza e do papel da jurisdição é uma das quatro mudanças que indicam no contexto europeu a passagem para o Estado Legislativo e o modelo juspositivista (legalismo exegético liberal): A produção jurisprudencial deve estar sujeita ao princípio da legalidade como única fonte de legitimação. (FERRAJOLI, *Principia Iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 31).

<sup>461</sup> A mudança no papel da ciência jurídica no papel do Estado Legislativo no contexto europeu ocorreu com a formação de uma disciplina autônoma e cognitiva que tem no direito positiva sua fonte de explicação. O que também poderíamos chamar de momento de fundação do legalismo exegético. (FERRAJOLI, *Principia Iuris*, 2007, p. 31)

<sup>462</sup> Pensamos a legalidade a partir de suas três dimensões: jurídica (do direito positivo), doutrinária (constitutiva da ciência jurídica e da hermenêutica jurisprudencial) e metajurídica ou política (fundamento axiológico liberal).

Segundo os relatos na Revista, havia dois tipos de defesa dos passionais : os que promoviam sua absolvição alegando a perturbação de sentidos, prevista no Código de 1890 como excludente de culpabilidade segundo o fundamento retributivo da pena, e os que alegavam a absolvição sob o critério da ausência de periculosidade sob o fundamento preventivo da pena. Ao que parece, muitas vezes, ambos os argumentos eram utilizados na tribuna do Júri.

No primeiro caso, os críticos do Júri entendiam que a paixão não poderia ser considerada uma causa de perturbação de sentidos, porque não era um caso de comprovada loucura, mas de normalidade.<sup>463</sup> No segundo caso, os críticos alegavam a falta de previsão legal da periculosidade como fundamento da punição.

Embora no segundo caso possamos reconhecer claramente uma discussão sobre a lei como fonte de legitimação da decisão penal, no primeiro caso, contraditoriamente, os juristas se ocupavam, em nome do livre-arbítrio, de análises patológicas da criminalidade para afastar a inimputabilidade dos passionais. Ambos os argumentos utilizados conjuntamente formavam o repertório retórico dos juristas para garantir o *combate* “à tolerância na justiça para com os passionais verdadeiros ou falsos”<sup>464</sup>: a tecnicização do direito e a submissão à lei, e a cientificização criminológica e a centralidade do delinquente.

A tecnicização promovida por meio da dogmatização do direito penal, como já observamos, obedecia a uma finalidade de realização de *justiça* e de defesa social, mais do que a tradicional *segurança jurídica*, que constituiu o modelo de saber penal moderno. À diferença que, em M. Torres, a justiça se alcançaria por meio da *experiência* e de uma justiça leiga. Com a dogmatização do direito, ela estaria subordinada ao direito como técnica.

---

<sup>463</sup> Evaristo de Moraes, astutamente, demonstrava a contradição do discurso dos “livre-arbitristas” que para negar a perturbação de sentidos para os passionais precisavam recorrer a argumentos bio-psicológicos dos deterministas e ao fim, mesmo reconhecendo a sua perturbação, negavam irresponsabilidade de tais delinquentes. Sobre a posição de um classicista, Luis Proal, afirma E. Moraes: “Descrevendo os fenômenos da paixão, fazendo *psychologia*, dá o citado juiz francez a impressão de que não pôde admitir a responsabilidade penal dos que mataram por cruciante ciúme (...) porque pinta esses apaixonados sob o império invencível de idéas fixas, incapazes de raciocinar, presas de verdadeira obsessão. Tendo, porém de opinar acerca da punibilidade dos actos criminosos praticados por elles, conclúe Proal que o livre-arbítrio não sofre tamanha coacção que illida a imputabilidade; são, pois, penalmente responsáveis.” (MORAES, Evaristo de. **Criminalidade Passional**. O homicídio e o homicídio-suicídio por amor, p. 15)

<sup>464</sup> LYRA, Roberto. O amor no Banco dos Reus. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, maio 1933, p. 221.

O que estava em jogo no debate não eram propriamente as amarrações necessárias para a delimitação do poder de punir através do direito penal. Antes, tratava-se de discutir a eficácia do controle penal na repressão da criminalidade e na defesa social.<sup>465</sup>

**Os fundamentos da individualização da pena : experiência versus ciência.** A possibilidade de individualização da punição (seja em seu caráter retributivo, seja em seu caráter correccional) era àquele tempo indiscutível e contava com amplo consenso entre os juristas. Não era, por outro lado, uma afronta às possíveis demandas por segurança jurídica (embora, já tenhamos reconhecido que essa não era a preocupação que mobilizava o debate). No plano do debate internacional das ciências jurídicas, de modo geral, o modelo legalista exegético já havia sido superado pela perspectiva de um juiz criador do direito que, reconhecendo a autoridade da lei, devia contar com o trabalho sistematizador e dogmático dos juristas para proceder à interpretação da lei. Ainda no plano internacional, no debate das ciências penais, a individualização da pena não representava tampouco uma insegurança jurídica, mas a realização da adequada medida da pena ao caráter desigual de cada criminoso, como concretização das propostas criminológicas.

Um dos fundamentos da absolvição dos passionais, apontados acima, era o reconhecimento (não legal) da ausência de periculosidade do criminoso. Era parte de um raciocínio jurídico que entendia que embora um indivíduo cometesse um crime, a pena (entendida no seu aspecto correccional) só deveria ser aplicada procedendo-se à individualização e avaliando a sua necessidade. Esse era, em parte, o discurso criminológico levado a suas últimas consequências : a não intervenção do Estado nos casos de inutilidade da pena.<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> É preciso matizar esses ataques aos Juris e entendê-los como a disputa de um modelo de Justiça Penal mais do que a descrição das razões de sua ineficácia. A sobreposição dos argumentos, usados indistintamente, contra o conteúdo da dirimente prevista no Código Criminal, e contra o uso da periculosidade e da prevenção como critérios não legais, estavam ocupados em atacar as absolvições do Tribunal. Entretanto, as razões da absolvição pareciam estar fundadas em questões, provavelmente vinculadas aos estereótipos de criminalidade do senso comum. O próprio Evaristo de Moraes, ao relatar seus casos em « Memórias de um Rábula Criminalista » demonstra seus argumentos criminológicos e parece não fundar neles as razões das absolvições. Assim também entende ALVAREZ, **Bacharéis, criminologistas e juristas no Brasil: saber jurídico e nova escola penal no Brasil**, 2003, p. 123.

<sup>466</sup> Embora sequer alguns dos mais expressivos divulgadores das idéias criminológicas, como Ferri, admitisse tal possibilidade, deixando claro que todo aquele que comete um delito expressa seu caráter perigoso. O que ele admitia era que as medidas interventivas fossem adaptadas às necessidades de cada um.

No entanto, para os juristas, que já haviam consolidado o entendimento do necessário tratamento desigual dos criminosos (e que contavam com o apoio das ciências jurídicas que não mais enxergavam no arbítrio judicial um lugar de insegurança jurídica, mas sim um lugar de realização de justiça), a necessidade da individualização deveria ser incorporada obedecendo ao limite da necessidade da intervenção punitiva. A pena poderia ter outra finalidade (prevenção) e outro fundamento (periculosidade) na medida em que ela justificasse a ampliação do controle punitivo, mas não seria admitida naquilo que representasse a limitação ou fragilização do poder de punir. Lembremos da perspicaz frase de E. de Moraes, referindo-se ao fundamento da absolvição a partir do critério preventivo da pena: « eles, em regra, se apavoram com as consequências judiciárias dessas observações ».

Voltamos aqui ao tema do arbítrio judicial e da individualização da pena, que são o ponto de convergência entre o debate sobre o Júri e os crimes passionais. Vejamos, no discurso de M. Torres, em que a sua percepção sobre o direito se chocaria com as reformas do controle penal durante a década de 1930.

E não são portanto os jurados tão estranháveis quando em vista do chaos científico e jurídico acerca da perturbação dos sentidos, a reconhecem ou negam, a despeito dos laudos e dos accórdãos, conforme haja ou não conveniência **social** na punição, segundo a temibilidade ou perversidade revelada; em summa, utilizando a dirimente (até agora não definida, quer por médicos, quer por juristas) – como simples **‘instrumento de política criminal’**.<sup>467</sup>

M. Torres reconhecia, naquele tempo de indefinições sobre o conteúdo da perturbação de sentidos (que, segundo ele, nem médicos nem juristas conseguiam resolver) a potencialidade do jurado leigo : dar um conteúdo para essa dirimente, utilizando-se do critério da *temibilidade e da perversidade* como orientação para a decisão sobre a conveniência da punição, que é entendida por ele a partir de critérios preventivos de defesa social.<sup>468</sup>

---

<sup>467</sup> TORRES, Eugenio Magarinos. O Jury e seu rigor contra os passionaes ou o amor no banco dos reos. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.73.

<sup>468</sup> O tom retórico do conteúdo liberal do direito penal está presente em muitos discursos de juristas de diversas tendências. O caso de M. Torres é exemplar: defensor de um juizado leigo

Mas, a despeito da periculosidade não ter sido ainda legislada como critério de individualização da punição, qual era o fundamento da sua análise por parte do Júri? Para M. Torres, acompanhado por defensores do Júri, entre eles, Evaristo de Moraes, os jurados tomavam como referência a sua *experiência* no julgamento da periculosidade dos acusados e na avaliação da conveniência da punição.

A própria "Sciencia", aliás, erige o critério da 'periculosidade' como supremo orientador da apenação; mas periculosidade do acto, temibilidade do agente, não estão ao alcance dos cientistas, dos theoristas, dos homens de gabinete, que antes proclama isso materia para 'arbitragem', isto é, para o julgamento dos pares, ou de juizes que convivam com o culpado ou provenham de camadas sociaes proximas delle.

Seu raciocínio o conduzia à conclusão de que ninguém melhor para julgar seus iguais quanto os cidadãos comuns, que compunham o jurado. O critério da periculosidade não poderia ser devidamente avaliado pela ciência, senão pelos homens de *bom senso e experiência*.<sup>469</sup> Em última análise, o direito não deveria ser de competência nem dos juizes nem dos cientistas. Seria por meio da atuação dos leigos que ele encontraria sua melhor concretização.

Aqui M. Torres expressava o discurso sobre o direito (e sobre a punição) que não encontrava mais suporte no processo de cientificização e tecnicização dos saberes do controle penal. Tal discurso era, para o novo discurso dos juristas, a expressão da *ineficácia* da Justiça Penal, a ser reparada com os processos de racionalização e modernização. Concretamente, entretanto, mais do que uma questão de *eficácia* real o que estava em jogo era uma *disputa de modelos de dizer o direito*.

---

que não deva submissão alguma à lei, por ser mais competente em seu uso da experiência e do bom senso, repete em seus discursos que o direito penal é a "carta de liberdades" contra o poder arbitrário do Estado (TORRES, Eugenio Magarinos. O Jury e seu rigor contra os passionaes ou o amor no banco dos reos. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, p.69.). Procedendo a uma disjuntiva entre um sentido político do liberalismo penal e a legalidade, seu discurso dá o tom das *tagarelices* dos juristas no uso de *frases de efeito*.

<sup>469</sup> E. Moraes afirma que o Júri analisa a periculosidade com o critério do bom senso chegando aos mesmos resultados das avaliações científicas. Assim, ele não analisa a ciência e o bom senso em disjuntiva, mas entende que se pode usar de qualquer um para preencher o conteúdo da individualização da pena. (MORAES, Evaristo de. **Criminalidade Passional**. O homicídio e o homicídio-suicídio por amor, p. 66).

Em 1938, o já instituído Estado Novo, publicou o Decreto-Lei 167/1938, que restringia a competência material do Júri e limitava sua soberania. A elaboração do decreto foi resultado de uma Comissão técnica composta pelo próprio M. Torres, além dos que, posteriormente, também se ocuparam da Comissão Revisora do Código Penal. No mesmo ano, M. Torres publicou um texto sobre a nova lei do Júri, manifestando seu profundo descontentamento com a elaboração do decreto, tendo se sentido ignorado pela Comissão da qual fez parte.<sup>470</sup>

O decreto pode ser entendido como a expressão da decadência do discurso de Torres que associou, durante todo o tempo da Revista até esta data, a existência do Júri com a noção do Direito como experiência e bom senso, para o qual a lei, por vezes, poderia representar atraso e dificuldades. A nova configuração do Júri vinculou-se às novas ideias tecnicizantes do Direito, que buscavam neutralizar os elementos *leigos* da Justiça Penal, e aparelhá-la com juristas-técnicos e com técnicos do saber sobre a delinquência. Respondia às exigências de *modernização* do controle penal e à contingência política da crítica à democracia liberal associada à soberania popular do Júri.

Mas se a individualização judiciária já amplamente aceita pelos juristas, não poderia corresponder aos padrões de uma avaliação *leiga*, a quem caberia dizer o seu conteúdo e sob que fundamento ?

### **6.3 PERICULOSIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIÁRIA: O SENTIDO DEFENSISTA DA LEI**

Em 1934, foi promulgado o vigente decreto sobre os crimes contra a honra por meio da imprensa, resultante do projeto elaborado pelo saber e lúcida inteligência dos conhecidos juristas Edgar Costa e Gabriel Bernardes. É um documento legislativo que, pela insuperável técnica e acerto de seus critérios na solução do delicadíssimo tema, enaltece a nossa civilização jurídica. Foi ele que inaugurou entre nós o *arbitrum regulatum* do juiz na aplicação da pena.<sup>471</sup>

Em sua narrativa retrospectiva sobre a « evolução » do Direito Penal, Hungria relatou com entusiasmo a inauguração do arbítrio

<sup>470</sup> TORRES, Magarinos. A nova lei do Jury. *Revista de Direito Penal*, vol. XX, fasc.II, fev. 1938, p.239-266.

<sup>471</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, (1948), 1977, p. 68.

judicial na aplicação da pena. O juiz tornava-se uma função sobre a qual as novas legislações que se seguiriam depositariam grandes parcelas de *confiança*. No processo penal isso implicaria, inclusive, a justificativa para a organização de um processo pautado na livre convicção do juiz na apreciação das provas, a partir de sua certeza moral na busca pela verdade material, assegurado para tanto a iniciativa do juiz para a produção das provas.<sup>472</sup>

Abrimos este capítulo com o discurso de Francisco Campos proferido na inauguração de um novo prédio da Justiça, em visita ao Tribunal de Apelação do Distrito Federal. E lá, onde conjugou a crítica à soberania do Júri à sua benevolência com os crimes passionais, argumentava que a oratória teatral do Júri não era mais compatível com as exigências de *equilíbrio* que a nova ordem social e política demandavam.

Às « crises violentas e fatais » o Governo e o Presidente (que se confundiam) respondiam com « inteligência, prudencia e moderação ». E à Justiça incumbiria garantir esses valores. À Justiça era dado construir essa base de *equilíbrio*, que deveria se subtrair ao *contágio das emoções populares*, inclinada « mais do que à espontaneidade e ao sentimento, à reflexão, ao comedido, ao jogo dos pesos e das medidas, á temperança e á frieza do julgamento. »<sup>473</sup>

No discurso de Campos, a codificação e a função do juiz eram centrais para que esse papel de « equilíbrio e ponderação » fosse realizado pela Justiça.

O traço, porém, que situa melhor o Código Penal no domínio da Justiça é o grande crédito que elle abre á capacidade intelectual e moral dos juizes, confiando a rectidão da sua intelligencia e do seu character todo o mecanismo repressivo e preventivo da criminalidade. A pena a ser applicada depende do juiz. Não há uma pena rigida. Entre o minimo e o maximo o juiz determinará a pena adequada ao criminoso.<sup>474</sup>

<sup>472</sup> Sobre a adesão entusiasmada desse modelo de processo penal, cf. HUNGRIA, Nelson. O projecto de Código de Processo Penal Brasileiro. *Revista Forense*, fevereiro, 1938, p. 222.

<sup>473</sup> O novo Código Penal. Discursos Proferidos. *Archivo Judiciario*. Jornal do Comercio, vol. LVI, fasc. I, out. 1940, p. 142.

<sup>474</sup> O novo Código Penal. Discursos Proferidos. *Archivo Judiciario*. Jornal do Comercio, vol. LVI, fasc. I, out. 1940, p. 143.

A « confiança » no Juiz, em seu caráter e inteligência para operar « todo o mecanismo repressivo e preventivo », correspondia à confiança na sua função racionalizadora. Se considerarmos que o controle penal se encontrava reduzidamente sob a operação dos juízes, sendo boa parte de sua atividade organizada pelo poder de polícia e pelos controles informais, a *racionalização* pretendida era antes a aposta em um discurso de justificação do poder punitivo, mais do que propriamente uma expansão do poder direto dos juízes sobre o controle penal.

O juiz e o jurista, muitas vezes condensados no mesmo personagem, representantes de uma burocracia de elite a se formar no País, ganhavam consigo a tarefa de racionalizar e justificar o poder punitivo. Um poder que tinha agora a tarefa de, aderindo ao discurso político do *compromisso* e da *conciliação*, subtrair-se ao contágio das emoções (retratadas simbolicamente no Tribunal do Júri), e justificar a expansão punitiva em sua forma preventiva (a fim de reformar e adaptar os indivíduos à nova ordem da sociedade do trabalho) e repressiva (a fim de garantir que essa nova ordem não fosse perturbada pelos grupos inadaptáveis, e pelos temores que uma sociedade de massas poderia causar ao curso do desenvolvimento organizado pelo Estado).

Na operação do controle penal, um dos lugares de reconhecimento do arbítrio judicial era, como já demonstramos, a individualização da pena, que deveria ser operada com a « rectidão de inteligência e de carácter » dos juízes. Juízes que constituíam e eram constituídos pela cultura jurídica que viemos apresentando por meio da leitura da Revista de Direito Penal : a retórica criminológica consolidada e a dogmatização do direito penal que, em suas construções ainda tímidas e intuitivas na doutrina em geral, exigia a submissão à lei e ao trabalho técnico-dogmático dos juristas. Uma modernização e especialização do saber que estava atravessado pelo eixo programático da defesa social e pelas exigências de contenção da ordem instituída.

Na racionalização do saber penal essas demandas eram justificadas pelo conteúdo técnico-dogmático da individualização da pena, ou, em palavras de então, pela análise do « critério *racional* da periculosidade »<sup>475</sup>. Da parte da retórica criminológica, a

---

<sup>475</sup> Hungria, inclusive, admite em tom de concordância que o todo o Código está orientado pelo “critério racional de periculosidade”. Não demonstra opor algum óbice a essa constatação, assim como não se pode compreender exatamente o sentido do *critério racional* a que se refere. Muito provavelmente utiliza o termo *racional* como forma de afastar um possível critério *experimental científico* que repudia, por entendê-lo confuso, conflituoso e pouco importante para os fins da construção do direito penal. Faz alusão às teses científicas e experimentais que se debatem em torno do conteúdo da periculosidade, influenciadas pelo debate da antropologia, da endocrinologia e outras ciências médicas. (Oitava Sessão Ordinária.

individualização se faria a partir dos parâmetros da ciência e dos *novos* saberes sobre o delinquente.<sup>476</sup> A racionalização se faria, enfim, por meio do uso de categorias «racionais» ou «científicas», segundo o fundamento técnico-dogmático ou criminológico, respectivamente.

### 6.3.1 A juridicização da periculosidade e a dogmatização da defesa social

Os limites do poder de punir, as garantias constitucionais (seja da Constituição de 1934 ou de 1937, suspensa logo em seguida), ou a própria noção de *segurança jurídica*, não foram objeto de discussões nos debates da Revista de Direito Penal e nas publicações a ela contemporâneas, estudadas nesta tese.

O consenso em torno da preservação dos princípios liberais da legalidade, da irretroatividade e da proibição da analogia na previsão legal não representaram maiores repercussões nos temas tratados pelos juristas.<sup>477</sup> Sem negar a importância e o significado dessas formalizações na lei penal, o debate demonstrou que a dimensão doutrinária da legalidade não possuía centralidade e não estava enraizada no discurso dos juristas. Queremos dizer, a legalidade não servia materialmente como critério interpretativo ou como elemento ordenador que tivesse alcance significativo nas tentativas de sistematização do direito, inclusive por parte daqueles que, ainda que *intuitivamente*, propunham-se a fazer uma dogmática do direito penal.

Para não nos apressarmos e tratarmos de generalizações excessivas, vale apresentar dois momentos de tematização desses princípios. Na discussão sobre os modelos penais russo e alemão, rejeitados pelos juristas por não encontrarem a formalização dos

Primeira Conferência Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**. Vol. XV, Rio de Janeiro, out-dez, 1936, p. 105).

<sup>476</sup> « Como se vê, a execução do ideal repressivo, nas mais modernas construções juridico-criminaes, repousa na confiança depositada na magistratura, á qual são concedidos poderes discricionarios.

(...)

Recorre-se de novo ao *arbitrio judiciario*, mas condicionado por pesquisas e averiguações que não dependem exclusivamente do applicador da pena, como acontecia outr'ora. »

(MORAES, Evaristo, **Criminalidade Passional**, 1933, p. 64)

<sup>477</sup> Poucas vezes se aborda a justiça penal a partir da perspectiva dos direitos individuais. Mas os textos que assim o fazem, como o caso de Bulhões de Pedreira, relativizam tais direitos a partir de critérios de defesa social. Cf. PEDREIRA, Mario Bulhões. Características do Direito Penal Contemporaneo. (Aula oferecida no Curso de Criminologia de Extensão Universitária). **Revista de Direito Penal**, Vol.1., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933a.

princípios liberais, constitutivos do Estado de direito. E na discussão específica dos temas sobre a proibição da analogia e a previsão da Medida de Segurança, que foram tema da Conferência Brasileira de Criminologia. No tocante à analogia, trataram dos possíveis reflexos de sua ausência na lei penal, e se discutiu com qualidade técnico-dogmática, as diferenças e o alcance da analogia extensiva e da analogia propriamente dita.<sup>478</sup> Na questão da Medida de Segurança, a tese vencedora, que contou com os votos daqueles que posteriormente seriam os membros da Comissão Revisora do anteprojeto de Alcântara Machado (Nelson Hungria, Roberto Lyra e Narcelio Queiroz), definiu-se que não haveria incompatibilidade entre a previsão da medida de segurança e as previsões de garantias da liberdade individual na Constituição de 1934.<sup>479</sup>

Carlos Xavier Paes Brito, professor de direito penal da Faculdade de Direito do Espírito Santo, político e juiz, foi um dos únicos juristas que protagonizou uma interpretação dos princípios liberais na produção doutrinária, utilizando-se desses princípios como critérios interpretativos na discussão sobre a reforma legal. Paes Brito rejeitou a periculosidade como critério central do projeto de Código Penal, alegando, além de razões administrativo-institucionais, a incompatibilidade com os princípios da irretroatividade e da legalidade na Constituição de 1934.<sup>480</sup>

O eixo comum motivador das reformas penais e da modernização dos saberes do controle penal, inclusive do impulso dogmatizador do direito penal, foi a realização eficaz da *defesa social*. Atravessando toda a retórica criminológica consolidada em 1930, a perspectiva defensiva ocupou também o processo dogmatizador, cujo objetivo declarado

---

<sup>478</sup> A propósito, a isso pode servir um debate qualificado dogmaticamente: a construir categorias jurídicas que sirvam como delimitações do poder de punir, que potencializem o alcance dos princípios liberais. (**Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I – III, out-dez, 1936).

<sup>479</sup> O relator, José Pereira Lira, conclui em seu relatório que a medida de segurança pré-delitual não deveria ser adotada por motivos de impossibilidade administrativa e de legitimação social, mas sustenta que ainda nesse caso não haveria incompatibilidade com as garantias individuais. Hungria, por sua vez, propôs substituto que determinava que a Medida de Segurança a ser aplicada deveria ser aquela prevista ao tempo do crime e não da sentença, garantindo a aplicação da irretroatividade da lei penal. (Decima Quarta Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936). No Código Penal aprovado em 1940, apesar da indicação de Pereira Lira, em não se adotar aplicação de Medida de Segurança em situações pré-delituais, na previsão de impunibilidade de tentativa inidônea, se reservou a possibilidade de aplicação de Medidas de Segurança se comprovada perigosidade do agente (art. 76, CP 1940), além da aplicação para os casos de ajuste, determinação, instigação e auxílio a crime que não tivesse sido sequer tentado.

<sup>480</sup> BARRETO, Carlos Xavier Paes. A periculosidade no Projecto de Código Criminal. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p. 290-291.

sequer era a produção da *segurança jurídica* ou da *igualdade* das decisões.

A lei penal, é certo, até a década de 1930, não havia ainda se constituído e consolidado como fonte de legitimação da produção doutrinária e das decisões judiciais. A proposta dogmatizadora do direito penal buscava dar à lei e ao poder de intérprete do jurista o lugar central, como forma de garantir a modernização do controle penal. Ao mesmo tempo, essa modernização visava preponderantemente construir um controle eficaz na defesa da sociedade contra aqueles que oferecessem perigo à ordem constituída. Esse foi o eixo programador da reforma, que preencheu de conteúdo as interpretações doutrinárias e que buscou orientar as decisões judiciais que ganharam, como já demonstramos, a confiança política e a legitimidade dogmática do arbítrio judicial.

A concretização da modernização e da operacionalização da defesa social dependia da devida juridicização<sup>481</sup> e dogmatização<sup>482</sup> do critério da periculosidade. Os juristas que se alinhavam ao tecnicismo jurídico e politicamente se distanciavam do saber criminológico resolviam a questão tratando a periculosidade não como critério *científico*, já que a própria ciência criminológica era tida como tema alheio (e discutível) ao objeto dos juristas, mas sim como um critério *racional*. Sem mais.

A periculosidade como critério *racional* oferecia também ao discurso dos juristas um efeito neutralizador do poder punitivo : o objeto do controle penal selecionado em *determinados* grupos sociais, que ameaçavam a ordem social, tornava-se um conceito genérico com abstração de lei. A defesa social encontrava em sua fórmula genérica seu correspondente legal : o critério *racional* e *abstrato* da periculosidade.

**As previsões legais da década de 1920.** Antes da codificação penal de 1940, que reconheceu legalmente a periculosidade como critério na aplicação de Medidas de Segurança e na individualização judiciária (embora, em certa medida, as decisões judiciais já viessem se utilizando desse critério), o processo de juridicização já vinha se

<sup>481</sup> Entendemos a juridicização como a previsão legal da periculosidade nos documentos penais.

<sup>482</sup> Entendemos a dogmatização como a assimilação da periculosidade como critério interpretativo e organizador das normas penais. Momento importante deste processo está representado na declaração de Hungria a respeito do Projeto de Código Penal de Sá-Pereira: “Para o efeito de concretização ou individualização da pena (relativamente indeterminada), o critério informativo do ‘estado perigoso’ antecede a qualquer outro, devendo o juiz ter em conta a personalidade do criminoso, a sua classificação (se reincidente, profissional, incorrigível ou por índole) e os motivos impelentes.” (HUNGRIA, Nelson. A evolução do direito penal. **Revista Forense**, julho, 1943, p. 15)

definindo por meio de previsões legais específicas, que antecederam a reforma legal promovida em 1930.

A modernização do controle penal, operada a partir de uma inclusão uniforme de critérios jurídicos referentes ao controle e centralidade do delinquente/perigoso já vinha ocorrendo, e poderíamos mesmo nos perguntar sobre as origens dessa modernização, nos remetendo às previsões legais referentes à construção de prisões *modernas* no Brasil, existentes antes da instauração da República, e intensificadas a partir da República.<sup>483</sup>

Mas identificamos que o movimento de reforma do controle penal obedeceu a impulso e a uma força política para sua realização a partir do Governo Vargas, que buscou estender reformas pontuais a mudanças que se estendessem territorialmente no país, provocando assim a homogeneização e uniformização necessárias à organização burocrática do controle penal e à eficácia de seu funcionamento.

Antes disso, porém, ainda na década de 1920 encontramos a juridicização da periculosidade, revelando o domínio da retórica criminológica no campo penal, e confirmando a centralidade do delinquente como aposta na eficácia do controle punitivo. Duas regulamentações principais foram promovidas no governo de Artur Bernardes, relativas à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional (decreto 16.665/1924).

Nos dois casos, o decreto veio a regulamentar previsões existentes no Código de 1890, mas que ainda não estavam em vigor<sup>484</sup>. Continham em suas propostas o discurso criminológico correcionalista, que tornava o delinquente objeto de intervenção com a finalidade de reformá-lo para tornarem-se úteis à nova sociedade do trabalho (livre). Um discurso que, ressalvadas algumas previsões como essas, não encontravam na operacionalização prática do controle punitivo ressonâncias significativas. A despeito dessas inclusões de fundamento

---

<sup>483</sup> Ver o caso da construção da *penitenciária modelo* de São Paulo, construída como forma de modernizar as instâncias de controle para manutenção da ordem da cidade, em franco processo de industrialização. Para Boris Fausto, esse processo de modernização do controle, realizado por meio da formalização legal e do aprisionamento como forma de controle, se deu com a finalidade de « controlar segmentos da população como as prostitutas, os menores vadios ou os primeiros organizadores do incipiente movimento operário, facetas diversas reunidas em um caleidoscópio regulador » (FAUSTO, Boris. *Crime e cotidiano*. A criminalidade em São Paulo. 1880-1924. São Paulo: Brasiliense, 1984). Sobre uma historiografia das prisões, ver também MAIA, Clarissa e Nunes et al (org.). *História das Prisões no Brasil*, volume 1 e 2. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

<sup>484</sup> A justiça penal não possuía nem estabelecimentos adequados nem a existência de órgãos com competência para avaliar subjetivamente os condenados.

correcionais, os juristas, como já demonstramos, os admitiam na estrita medida em que não se comprometesse o fundamento repressivo do controle.

A ausência de estruturas materiais<sup>485</sup> (como os estabelecimentos penais apropriados) para cumprir minimamente com a finalidade dessas práticas e a montagem de um Estado que não conseguiu estruturar-se como Estado de bem-estar social, que não lhe conferia a construção de uma rede social adequada para a promoção de estratégias correcionalistas não punitivistas<sup>486</sup>, são reveladoras do caráter repressivo preponderante do controle punitivo constituído nesse processo de modernização.<sup>487</sup>

O caráter predominantemente repressivo (que tinha garantida sua extensão por fora do controle moderno estatal, por meio da precária utilização da lei como fonte de legitimação até a década de 1930), não obstava, entretanto, que os juristas aderissem entusiasmados ao fundamento terapêutico/correcionalista, naquilo que seu poder de intervenção se ampliava.

Hungria aplaudia, em sua narrativa da *modernização* do controle penal, as inovações legislativas da década de 1920 (incluindo, além do

---

<sup>485</sup> Em 1934 o Governo Provisório, objetivando aprimorar os aparelhos repressivos do Estado criou o “selo penitenciário” (Decreto 24.797/1934), visando centralizar o pagamento de várias espécies de multas promovidas pela Justiça Penal, a fim de destinar os fundos à realização de reformas penais “em todo o Brasil”. Na exposição de motivos do Decreto, oficialmente, o Governo reconhece que as reformas penais, dependentes de recursos financeiros, não contavam então com grandes esforços: “*sendo actualmente muito reduzidas as verbas com a manutenção dos defeituosos e quasi inoperantes serviços de repressão penal*” (grifo nosso).

<sup>486</sup> Garland, quando trata da montagem do Estado Previdenciário, como modelo de organização política na qual se desenvolvem as modernizações dos saberes penais e das estratégias e práticas correcionalistas, trabalha com a hipótese do desenvolvimento dos Estados britânicos e norte-americanos ao longo da década de 1930. (GARLAND, David. **Welfare State and Punishment**, 1985) No Brasil, embora o Governo Vargas tenha sido marcado pela proposta de formalização e ampliação de direitos sociais, com a inclusão de novos grupos sociais, especialmente os trabalhadores, não podemos afirmar que aqui tenhamos constituído um Estado de Bem-Estar ou um Estado Previdenciário. “Os dois princípios contidos no famoso relatório que deu origem à reforma do sistema de proteção social no Reino Unido, em 1946 (e que influenciou decisivamente a implantação do *Welfare State* no mundo desenvolvido), ali estão enunciados: a integração das políticas destinadas a assegurar direitos sociais e o caráter universalista do provimento dos mesmos. Nem um nem outro conheceu existência efetiva em solo brasileiro.” VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. A nova política social no Brasil: uma prática acima de qualquer suspeita teórica? **Praia Vermelha**. Política Social e Serviço Social, v.18, ESS/UFRJ, 2008.

<sup>487</sup> No início da República, tanto Rauter quanto Rosa del Olmo identificam a apropriação das idéias criminológicas e suas novas estratégias repressivas por meio da *contraditória* expansão das prisões. (RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**, p.11; OLMO, Rosa del. **América Latina y su Criminologia**, 1984, p. 150-154.

livramento e do sursis, a promulgação do Código de Menores) que traziam para o centro da justiça penal o delinquente como objeto do controle e das práticas correccionais, associando-as ao impulso modernizador da tecnicização do direito.<sup>488</sup>

Com o renova entusiasmo pelos estudos em torno à ciência penal (referindo-se ao Tratado de Direito Penal produzido por Galdino Siqueira, em 1924), sucedeu-se um período de reformas no campo legislativo. Coube ao governo BERNARDES, servido pela inteligência e aquilina visão do seu ministro de Justiça, João Luís Alves, e este, por seu turno, ajudado por um seletto grupo de juristas (Astolfo Resende, Cândido Mendes, Mafra de Laet e Melo Matos), a efetivação de medidas do mais alto alcance no terreno prático do nosso direito penal. *A condenação condicional* como um sucedâneo à pena de curta duração imposta sob feição judiciária, *o livramento condicional*, instituído sob feição judiciária, e a legislação sobre menores delinquentes, plasmada em moldes adequados, foram notáveis realizações dessa atividade reformadora.<sup>489</sup>

**Livramento condicional e Conselhos Penitenciários.**<sup>490</sup> O decreto 16.665/1924, dentre os novos regulamentos citados acima, criou os Conselhos Penitenciários e regulou a concessão do livramento condicional.<sup>491</sup> Foi o primeiro regulamento legal que trouxe as características subjetivas do condenado para o centro da análise na justiça penal, que seria objeto de avaliação dos recém-criados Conselhos

---

<sup>488</sup> A modernização, associada ao tecnicismo jurídico e à centralidade do delinquente, dão prova da complementariedade de ambos, já demonstrada na tese de Vera Andrade (**A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal, 1997), mas que ganha contornos específicos na constituição brasileira em razão de sua fraca operacionalidade das práticas correccionais, e da precária vinculação do controle às previsões legais.

<sup>489</sup> HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, (1948) 1977, p.58.

<sup>490</sup> Thais Dumet Faria produziu um estudo pioneiro sobre a circulação das idéias criminológicas na produção dos pareceres do Conselho Penitenciário da Bahia. Ela faz um estudo minucioso sobre essas idéias e suas coespriações originais por médicos e juristas na produção de um pensamento criminológico brasileiro. Cf. FARIS, Thais Dumet. **A festa das cadernetas**: o conselho penitenciário da Bahia e as teorias criminológicas brasileiras no início do século XX. Dissertação de Direito submetida à Universidade de Brasília, março de 2007.

<sup>491</sup> Em 1934, a reforma legal seguiu no mesmo sentido, por meio do decreto 24.351/1934, ampliando a concessão do livramento para os condenados a penas maiores de um ano.

Penitenciários, compostos por juristas (na maioria) e por médicos. Demonstração de uma consolidação das demandas das *ciências* criminológicas que se transformavam em *leis* e ganhavam assim, a legitimidade estatal.

A maioria das cadeiras dos Conselhos, que teriam como finalidade oferecerem pareceres às decisões referentes aos pedidos de concessão de livramento condicional, eram ocupadas por juristas. O que, também, demonstrava a apropriação do saber criminológico pelos juristas, como viemos demonstrando.

A avaliação da personalidade do delinquente, marcado por seu caráter subjetivo e altamente seletivo, como já estudado pelas teorias criminológicas críticas, ganhavam nos pareceres dos Conselhos a dupla objetividade exigida pelo processo de modernização penal: a objetividade dos *argumentos científicos* da criminologia e a *objetividade* da lei estatal, que mais tarde, ao fim de 1930, deveria ser objeto de estudo e de integração do trabalho dos juristas.

Os Conselhos deveriam avaliar o requisito subjetivo para concessão do livramento condicional, que era assim descrito em lei: « ter tido o condenado, durante o tempo da prisão, bom procedimento indicativo da sua regeneração. »<sup>492</sup> Esse item era alvo de discussão entre o Conselho e as decisões judiciais. As publicações sobre esses debates na Revista de Direito Penal nos levam a concluir que os juízes requeriam que os Conselhos, ao analisar o comportamento do delinquente, não se detivessem nas declarações de bom comportamento durante a prisão, mas que esse bom comportamento *fosse indicativo de regeneração*.

Galdino Siqueira, citado por Hungria como um dos juristas responsáveis pelo impulso para a construção da ciência penal no Brasil, seguia o entendimento, enquanto juiz, de que o indicativo da regeneração não se deduzia do bom comportamento prisional, mas era antes « requisito de *intuitiva* necessidade como pressuposto para a reintegração do condenado na sociedade ».<sup>493</sup>

<sup>492</sup> O Conselho deveria se valer das informações do Gabinete de Identificação sobre a vida pregressa do indultando, do diretor do presídio quanto ao comportamento durante a prisão e dos autos originais no qual tivesse sido condenado.

<sup>493</sup> *Grifo nosso*. (Acc. Da 1ª Câmara da Corte de Appel. Do Dist. Fed., de 12-11-34 – *Habeas Corpus* n. 8.333 – Relator Galdino Siqueira)<sup>493</sup>. Promptuario de Jurisprudencia Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I-II, out-nov, 1935, p.100. (A utilização dessa decisão se justifica por estar selecionada entre as decisões que devem “informar os leitores sobre a orientação ‘ultima’ dos tribunais acerca de todas as questões de direito e processo penal, mais ou menos controversas.”) (**Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I-II, out-nov, 1935, p.97).

A necessidade de *comprovação de regeneração* era confirmada por outras decisões judiciais : « (...) não lhe deve ser concedido o livramento condicional, desde que sendo um delinquente habitual, de manifesta temibilidade, o bom procedimento na prisão não é suficiente para que se possa presumi-lo regenerado (...). »<sup>494</sup>

O entendimento de Galdino Siqueira, seguido por outros juízes, como Vicente Piragibe, demonstram que os juristas que aderiam a um discurso tecnicista do direito já haviam incorporado os fundamentos da defesa social, fazendo-os operar por dentro da lei, transbordando dela sentidos defensivistas, como esse : a necessidade de fundar em um critério *intuitivo* subjetivo de periculosidade do condenado, o fundamento para sua repressão. É nessa trama em que o lento processo de dogmatização do direito penal durante a década de 1930, ao mesmo tempo em que direciona ao jurista e ao juiz a função de interpretar e aplicar a lei, é preenchido com o conteúdo defensivo que constituía o senso comum entre os juristas em sua retórica criminológica.

#### **O critério da periculosidade na produção jurisprudencial.**

Mas a jurisprudência não atuava apenas transbordando da lei conteúdo defensivo. Antes de consolidado o processo de dogmatização de juridicização da periculosidade (por meio da previsão do Código Penal), a jurisprudência também se utilizava da periculosidade (e o léxico que guardava com ela afinidades), como fundamento de decisões, independente de previsão legal.<sup>495</sup>

---

<sup>494</sup> Acc. Da 2. Camara da Côrte de Appellação do Districto Federal, de 18-6-1935 – Habeas Corpus n. 8523 – Relator : Carneiro Cunha. Promptuario de Jurisprudencia Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. III, dez, 1935, p. 226. No mesmo sentido : Acc. Da 2 Camara da Côrte de Appellação do Districto Federal, de 11-9-1934 – Recurso Criminal n. 1.624 – Relator : Vicente Piragibe. » Promptuario de Jurisprudencia Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. III, dez, 1935, p. 227.

<sup>495</sup> Se considerarmos que o controle penal era reduzidamente operado pelos juristas e pelo Judiciário, e que é na atuação da polícia em que ele encontrava seu amplo espaço de seleção e criminalização, vale também ressaltar que um processo similar acontecia nas instituições policiais. Os termos relativos à temibilidade e periculosidade já faziam parte, antes de 1930, da retórica policial. No espaço dedicado às *Crônicas Policiais* na Revista de Direito Penal, os textos publicados por autoridades policiais apresentam uma grande intimidade com o uso retórico dos termos como periculosidade e temibilidade. Termos que serão reconstruídos durante os anos 1930 em virtude da construção de um campo de saber da polícia, destinado a formação de uma *polícia técnica*. E assim serão incorporados à circulação do saber a partir das práticas de poder já existentes. Havia uma aproximação da polícia à produção jurídica como forma de tornar a lei uma fonte produtora de legitimidade de suas práticas. É interessante que, em 1940, Sussekind em sua seção “Chronicas Forenses” noticia a aquisição dos volumes da Revista pelo Delegado do DF Filinto Muller (MENDONÇA, Carlos Sussekind de. Chronicas Forenses. Um exemplo a ser imitado. **Revista de Direito Penal**, vol. XIV, fasc. III, março, 1939, p. 273). Segundo a tese de Olívia Maria Cunha, essa aproximação não

Pudemos chegar a essa conclusão por meio de notícias dadas nos próprios textos doutrinários e das análises das decisões publicadas na Seção de Jurisprudência da Revista. Por outras fontes, Marisa Correa em seu estudo de referência sobre o desenvolvimento da antropologia criminal no Brasil, também concluiu, referindo-se à influência da linguagem da « Escola Positiva »<sup>496</sup> :

*Muito antes de ser incorporada nas leis, esta influência já era notável na atuação dos juristas e médicos brasileiros, na sua prática forense ou pericial. Nina Rodrigues já emitia pareceres definitivos a respeito dos meninos presos em Salvador no século passado, e na década de 30, seus sucessores anotavam ‘alterações de jurisprudência’, em seus conselhos a respeito do destino que deveria ser dado a asilados ou presidiários independentes das determinações legais.*<sup>497</sup>

Ainda na década de 1920 dois casos muito tratados pela doutrina anteciparam a reforma legislativa e influenciaram a jurisprudência. Em São Paulo, nas páginas dos Archivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, o caso do « preto Amaral » era objeto de debate. No Rio de Janeiro, era « Febronio Indio do Brasil », o *objeto* de investigação de médicos, juristas, e das decisões penais. Ambos acusados de assassinato, ganharam análises médico-psiquiátricas que o definiram *psiquiatricamente* como indivíduos *perigosos* que requeriam

---

mudava a prática policial, mas servia como legitimação das práticas anteriores. Estudando os Manuais de Polícia da década de 1930 demonstrou que eles procuravam demonstrar não haver incongruência entre defesa social e direitos individuais, subordinando esses àquela, na continuidade das práticas e na valorização da noção de *experiência* policial. (CUNHA, Olivia Maria Gomes da. Os domínios da experiência, da ciência e da lei : os Manuais da Polícia Civil do Distrito Federal, 1930-1942. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol.12, n.22, 1998).

<sup>496</sup> “Escola Positiva” está posta entre aspas no seu texto, já que a autora não a toma como um dado. Na sua tese, demonstra que no âmbito da Medicina a Escola é construída como referencia fundadora de uma constelação diferenciada de posicionamentos entre os autores. Utilizada como recurso retórico de legitimação de uma comunidade científica. (CORRÊA, Mariza. **As ilusões da liberdade**: a Escola Nina Rodrigues e a Antropologia no Brasil, 2001).

<sup>497</sup> CORRÊA, Mariza. **As ilusões da liberdade**: a Escola Nina Rodrigues e a Antropologia no Brasil. 2ª ed. Bragança Paulista : Editora Universidade São Francisco, 2001, p. 359.

uma intervenção indefinida para a garantia da *defesa social*, a que os juízes criminais atenderam prontamente.<sup>498</sup>

Mas a periculosidade não foi, antes de sua sistematização promovida pela codificação de 1940, um critério utilizado privilegiadamente para os casos de distinção entre *criminosos* e *loucos*, como nos dois citados acima. Paulatinamente, na década seguinte, a jurisprudência se serviu dele também como critério a ser adotado para os *criminosos normais*, como forma de ponderar e individualizar a punição, independente de previsão legal.<sup>499</sup>

Os casos do Tribunal do Júri, já tratados na tese sobre a passionalidade, eram paradigmáticos nesse sentido. Em sua defesa persistente da instituição, M. Torres revelava os fundamentos das decisões do Júri:

O Jury, em summa, adiantando-se ao legislador, faz justiça **preventiva**, punindo, às vezes, pela simples **periculosidade revelada** em actos legalmente impuníveis. E nisto, toma por intuição, a vanguarda dos cientistas. Para elle não são chimeras ou ideaes a realizar aqueles dois postulados enaltecidos por GIMENES DE ASÚA para a justiça: o critério da perigosidade do delinquente e do arbitrio judiciário.<sup>500</sup>

Em 1936, a Revista publicou em sua seção de jurisprudência uma decisão penal que se fundamentava na avaliação da periculosidade como

<sup>498</sup> Marisa Correra realiza a análise desses dois casos, enfocando a consolidação paradigmática dos laudos médicos na Justiça Penal. Cf. CORRÊA, Mariza. **As ilusões da liberdade**: a Escola Nina Rodrigues e a Antropologia no Brasil. 2ª ed. Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2001, p. 349-351.

<sup>499</sup> Sobre a tese de que a jurisprudência nem sempre julgava de acordo com a lei, há também alguns exemplos relativos às previsões legais da vadiagem, que eram ignoradas. Ver TORRES, Magarinos. O conceito da Contravenção de vadiagem e a Colonia Correicional de Dois Rios. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. III, março, 1936, p. 222 ; e TORRES, Magarinos e BITTENCOURT, C.A. Lucio. Chronica Forense do Districto Federal. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. III, março, 1936, p. 287.

<sup>500</sup> TORRES, Eugenio Magarinos. O Jury no interior do Brasil. **Revista de Direito Penal**. Vol.2, fasc.I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933, p.5. Ainda Torres, fazendo uma crítica à « obsoleta e já cahotica legislação penal », ele afirma « não fosse, de um lado, a elaboração doutrinaria, alargando o arbitrio da jurisprudencia, e de outro lado, na applicação das grandes penas, a estrutural autonomia individualizadora do Jury, e os textos, que deviam regular a conducta harmonica dos homens, teriam sido, entre nós, uma injuria á própria sociedade. » (TORRES, Magarinos. Relatório do 2. Semestre de 1935 da Sociedade Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. III, março, 1936, p. 195).

critério de condenação/absolvição do réu, reforçando o indício de que tal categoria era já utilizada nos tribunais.

De acordo com a sentença,

Este conceito, que foi inicialmente formulado por Garofalo, como postulado da nova escola, adquiriu tal relevo na sua ulterior fixação doutrinária, que se tornou o *punctum saliens*, e princípio medular do positivismo penal. O delicto passa a não ter outra importância que a de um *symptoma* do “estado perigoso” do agente. Se este, apreciado não só através do acto delictuoso, como de seu *curriculum vitae*, do seu carácter, da sua personalidade total, não traduz um perigo social, deixa de justificar-se qualquer sanção e deve ser concedido o perdão judicial. **O delinquente responde, não propriamente pelo que fez, mas pelo que é, pelo que representa de capacidade para o mal, para o crime, para os actos contrários á disciplina e segurança sociaes.**<sup>501</sup> (grifo nosso).

Lucio Bittencourt, também na seção de jurisprudência da Revista, divulgava uma decisão que fundava uma nova orientação jurisprudencial na interpretação das agravantes e atenuantes previstas no Código de 1890. Tratava-se de analisar as circunstâncias à luz da análise do *delinquente* e de sua *periculosidade*, potencializando com isso o arbítrio do judiciário.<sup>502</sup>

**O critério da periculosidade no debate doutrinário.** À época se compreendia que um dos recursos para a realização de uma reforma penal que apresentasse maior eficácia na atividade repressora era a conversão do delinquente ao centro do sistema de justiça penal, como forma de melhor controlá-lo e reprimi-lo. Essa conversão, juridicamente, se exprimia através da fórmula da periculosidade como critério de orientação do funcionamento das diversas instâncias repressoras do controle penal, e dogmaticamente, através da produção técnico-jurídica que potencializaria a eficácia da aplicação da lei penal.

<sup>501</sup> NOGUEIRA, Anderson Perdigão. Periculosidade em material criminal. **Revista de Direito Penal**. Vol. XIV, Fasc. I, Rio de Janeiro, julho, 1936, p. 96.

<sup>502</sup> BITTENCOURT, C. A. L (commentario de). Circunstancias Gradativas da Pena. **Revista de Direito Penal**, vol. X, fasc. III, set.1935, p.257-262.

Durante a década de 1930, como viemos demonstrando nessa tese, o saber predominante dos juristas era o saber criminológico. Apenas a partir de meados de 1930, impulsionado especialmente por Hungria, é que a tecnicização do direito promovido por uma ciência do direito penal autônoma, buscará encontrar um lugar no discurso dos juristas e na justificação do direito, sob o fundamento de dar eficácia à aplicação da lei. Quando, entretanto, o impulso do tecnicismo jurídico-penal se instaurou, o eixo programático da defesa social já estava consolidado na doutrina, na jurisprudência, e nas reformas legais de 1920, como parte do desdobramento das ideias criminológicas de garantia da ordem social contra o indivíduo diferente/desigual/perigoso, seja por meio de intervenções corretivas ou repressivas (resguardadas pelos juristas como função primordial do controle penal).<sup>503</sup>

Na abertura da I Conferência Brasileira de Criminologia, em 1936, Evaristo de Moraes, membro da comissão revisora do anteprojeto do Código Penal de Sá-Pereira, afirma:

Se é certo que não nos adiantamos até o extremo de estabelecer sanções para o *estado perigoso antes do cometimento, pelo indivíduo, de qualquer delicto*, também é indubitável que, no instituir de varias sanções, foi tomada em consideração a periculosidade revelada pelos delictos.

Alludo a esse assumpto, porque percebo que vae ser um dos motivos de debate na Conferencia e porque o nosso proceder, a tal respeito, patenteia a *situação de prudência* em que nos collocamos, no

---

<sup>503</sup> Segundo Lyra, leitor assíduo das publicações da Revista da Escola Positiva italiana, essa Escola surgiu “para organizar racionalmente e tornar **eficiente** a defeza social.” (grifo nosso). (LYRA, Roberto. Voto vencido. **Revista de Direito Penal**. Vol.2, fasc.I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933, p.388). Para entender a defesa social como desdobramento da perspectiva criminológica de defesa da ordem contra os indivíduos perigosos, e não como decorrência da uma legitimidade fundada no contrato social, ver FERRI, Enrico. **Principii di diritto criminale**. Delinquente edelitto nella scienza, legislazione, giurispudenza in ordine al Codice penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927. Torino: Unione Tipografica Torinese, 1928. Nos textos de Enrico Ferri, representante da Escola Positiva, a periculosidade, como fundamento de medidas de intervenção (durante investigação policial, o processo judicial ou a execução da pena) privilegia o discurso que funda um direito da *sociedade* em detrimento ao direito do indivíduo. Seu fundamento último é a persecução da eficácia no funcionamento do sistema penal em *defesa da sociedade*.

meio das pretensões mais vanguardistas de Política Criminal.<sup>504</sup>

De fato, um dos temas a serem debatidos durante a Conferência foi a importância da periculosidade como critério de estruturação do Código. Evaristo de Moraes já anunciava o jogo de forças que se estabelecería em torno das questões surgidas a partir desse tema: o conflito ocorreu, de fato, em virtude do debate entre os que defenderão posição mais extremada da adoção do critério da periculosidade, a ser aplicada inclusive nos casos de não realização de crime, e os que defenderão uma aplicação mais *ponderada*. Confirmava-se, portanto, a aceitação pacífica do critério da periculosidade, temperado apenas com a avaliação de sua amplitude na estruturação do Código.<sup>505</sup>

Autores com alinhamentos teóricos distintos apresentavam algum ponto de divergência na extensão que poderia se ocupar a periculosidade como critério jurídico capaz de orientar o funcionamento da justiça penal. Mas nenhum deles apresentou uma oposição à utilização da periculosidade.<sup>506</sup> Assim o lento processo de dogmatização, promovido

<sup>504</sup> MORAES, Evaristo de. Discurso do Orador Oficial. Sessão de Instalação em 18 de junho de 1936. **Revista de Direito Penal**. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936, p. 22.

<sup>505</sup> Bulhões Pedreira, em aula no Curso de Criminologia de Extensão Universitária, afirma, com certo traço de exagero quanto a se tratar de um princípio absolutamente pacífico, mas revelador de uma tendência da época: “pena se deve aplicar em relação à personalidade do delinqüente e não consoante a índole da norma jurídica violada, princípio pacífico em todas as correntes.” (PEDREIRA, Mario Bulhões. Características do Direito Penal contemporâneo. **Revista de Direito Penal**, Vol.I, Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p. 133). Por outro lado, Lucio Bittencourt, apresenta uma perspectiva mais ponderada, ao analisar o Código Rocco, defende que a utilização da periculosidade como critério penal deve ser aplicada dentro dos limites fixados pela lei. (BITTENCOURT, Lucio. O critério da retroatividade da lei penal no Código Rocco. **Revista de Direito Penal**, Vol.I, Fasc. III, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, junho, 1933, p.531). Narelcio de Queiroz, que fez parte da Comissão Revisora do Código, em 1935, ao resenhar texto de um jurista italiano alinhado às propostas da Escola Positiva, compreende o texto do autor compreende como uma « documentação de Escola », na qual se resolvem « antagonismos extremados » através no « armistício » em torno da « bandeira da periculosidade criminal ». Não está claro se ele realiza esta observação como apoio à idéia de Florian, ou com o simples descrição do conteúdo do texto. (QUEIROZ, Narelcio de. Resenha. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, abril-maio, 1935, 125-126.)

<sup>506</sup> Nelson Hungria, um dos autores que mais se indispunha com as idéias promovidas pela « Escola Positiva » italiana, em manifestações em fins de 1930, não demonstrava contrariedade absoluta ao critério da periculosidade como ponto de articulação do funcionamento da justiça penal. Desde que, como dissemos, fosse tratado a partir de um critério *racional*. Seus posicionamentos mais aderentes à centralidade da periculosidade, manifestada em 1933, são matizadas no decorrer da década de 1930, sem tanto abandonar a adesão. Em texto publicado em 1933, aderiu inclusive a uma proposta penal manifestamente antiliberal em elogio à Mussolini, ao propor a aplicação de medidas de segurança a indivíduos que, mesmo não tendo

pelo tecnicismo, ainda *intuitivo*, e organizado para atender às necessidades de justiça e de defesa da sociedade a serem traduzidas pelos juristas, operaria *a partir* das justificativas de defesa social e da aceitação pacífica da *periculosidade*.

.....

Lei, doutrina e jurisprudência foram os espaços de acomodação dos juristas no processo da particular modernização do controle penal. As críticas ao direito entendido como *experiência* e *bom senso*, vinculado à expressão de uma justiça leiga e à lei como fruto da representação popular, eram parte de uma lenta mudança gestada ao longo das primeiras décadas da república no Brasil.

No lugar daquela ideia de direito se construía a proposta de um direito como técnica, vinculado à organização de uma justiça e de uma lei de carácter também técnicos. Mas o que isso significava em termos de configuração dos espaços para se dizer o direito?

A tecnicização da legislação foi acompanhada por uma negação da democracia representativa, na medida em que a lei não deveria ser expressão da política como representação popular, mas antes, deveria contar com um grupo de especialistas capazes de *escrever* uma lei tecnicamente boa, a ser aplicada por uma justiça técnica. Esse modelo de produzir a lei foi concretizado por meio das Comissões técnicas de Reforma da Justiça, que contaram com vários juristas que compunham a Revista de Direito Penal.

A doutrina, por sua vez, passava a ser alvo também de críticas contra os denominados “glosadores” do direito, que eram considerados incapazes de construir uma ciência dogmática para orientar de aplicação judicial. A centralidade da lei na produção doutrinária, acompanhada das exigências de um corpo técnico capaz de interpretar a legislação e promover um sistema de orientação jurisprudencial, garantia o lugar do

---

cometido ato que se configurasse como crime, demonstrassem algum índice de periculosidade. “Ao influxo das directrizes da Escola Positiva Penal, tem-se sugerido que, nos casos de delicto putativo por erro de facto, deve ser o agente submettido, não a uma pena, mas a medidas de segurança, dada a **periculosidade** de que a sua acção é índice, embora penalmente indifferente. É um critério acceptavel, que já foi, aliás, adoptado no Código de Mussolini, e não seria desaconselhável a sua acolhida pela nossa futura lei penal, em alínea ao artigo acima proposto. Aqui deixamos a suggestão.” (HUNGRIA, Nelson. O delicto putativo. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933, p. 100.). Em 1935 também faz alusão à periculosidade como medida de reacção penal ao tratar dos crimes de sedição. (HUNGRIA, Nelson. O crime de sedição. **Revista de Direito Penal**, vol. X, fasc. I – II, julho-agosto, 1935, p.5-13.)

jurista, agora nos espaços das universidades, dos institutos e das revistas especializadas.

A justiça técnica deveria se contrapor à uma justiça despreparada, o que significava contar com um juiz que fosse capaz de submeter-se à vinculação legal e, ao mesmo tempo, utilizar-se da interpretação dogmática e científica da produção doutrinária. A confiança no juiz, como a elite burocrática capaz de decidir a partir da lei, mas também de integrá-la, interpretá-la, individualizá-la a partir do “equilíbrio” representava uma vez mais um importante espaço de atuação do jurista que deveria informar as decisões de um magistrado tecnicamente preparado.

A formação desse jurista em sua atuação política de assistir a produção legal promovida pelo Executivo, em sua atuação acadêmica de produzir uma dogmática penal, em sua atuação prática de individualizar as decisões penais, no campo do penal, ganhava uma especificidade: não se tratava apenas de uma especialização que tinha como foco o conhecimento da lei e a produção dogmática mas também exigia o conhecimento sobre o delinquente, que deveria passar por um processo de dogmatização e formalização. Nesse lugar, retórica criminológica e dogmática penal se entrelaçavam em torno das exigências de modernização do controle penal.

Essa especificidade penal também contava com sentido próprio que os juristas atribuíam à reorganização e racionalização do controle penal: a realização de uma eficaz defesa da sociedade. Era esse critério que orientava a produção legal, doutrinária e jurisprudencial. Mas por ser essa produção vinculada ao trabalho do jurista, sua centralidade estava na função repressiva da defesa social e não em seu caráter terapêutico. O debate correcionalista da pena só era apropriado pela retórica dos juristas *na medida* em que justificasse a ampliação do controle penal sobre o delinquente, e apenas *até o limite* em que não descaracterizasse as funções repressivas do controle.

A especialização promovida pela retórica criminológica e pela dogmática penal, em sua concretização da legitimidade pela defesa social, mais do que expressão de uma *conciliação*, representava o transbordamento da lei em seus sentidos repressivos e defensistas. A legalidade em sua dimensão técnica, de organização da produção doutrinária e jurisprudencial foi atravessada pelo eixo de legitimidade da defesa social, em seu conteúdo repressivo, por meio de um debate sem polarizações significativas.

## CONCLUSÃO

Uma fonte não pode nos dizer nada daquilo que cabe a nós dizer. No entanto, ela nos impede de fazer afirmações que não poderíamos fazer. As fontes têm poder de veto. Elas nos proíbem de arriscar ou de admitir interpretações as quais, sob a perspectiva da investigação das fontes, podem ser consideradas simplesmente falsas ou inadmissíveis. Datas e cifras erradas, falsas justificativas, análises de consciência equivocadas tudo isso pode ser descoberto por meio da crítica de fontes. As fontes nos impedem de cometer erros, mas não nos revelam o que devemos dizer.<sup>507</sup>

Com essas palavras Koselleck acentua o poder de veto das fontes. Se elas não nos *dizem* nada por si, tampouco são irrelevantes. Cumprem a importante função de impedir o desenvolvimento de hipóteses e interpretações inadmissíveis no confronto com os textos. Foi nesse sentido que as publicações da Revista de Direito Penal, confrontada com outros periódicos e registros monográficos, nos serviram como limite, prova e teste das hipóteses de leituras que propusemos ao longo do trabalho.

Foi também por esse motivo que as hipóteses e linhas interpretativas foram sendo construídas e desconstruídas conforme nos aproximávamos de novos textos, novas falas, novos contextos.

O que devíamos dizer não era ditado pelas fontes escolhidas, mas orientado pelos “pontos firmes” da discussão criminológica: a compreensão do controle penal a partir das demandas de ordem social e a especificidade do controle à margem da legalidade nas sociedades latino-americanas. Eram esses mesmos pontos que se redimensionavam e se reconstruíam durante as investigações.

O projeto inicial desta tese partia de uma pesquisa exploratória das fontes e indagava sobre a influência da Escola Positiva na elaboração do direito penal de 1940. Tratava-se de uma pergunta formulada a partir das afirmações do revisionismo histórico sobre nosso direito penal. E foi, aos poucos, que a nossa pergunta se tornou ela mesma objeto de trabalho e subverteu-se em crítica.

---

<sup>507</sup> KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006, p. 188.

A hipótese formulada centrava-se na discussão sobre a juridicização da periculosidade nos anos 1930. Partíamos do pressuposto de que teria havido um *debate* e uma *polarização* na apropriação jurídica da periculosidade, enquanto proposta vinculada à Criminologia positiva italiana. E nossa primeira *conclusão* ao nos aproximarmos do poder de veto das fontes foi verificar que *não havia entre os juristas uma oposição significativa à apropriação da periculosidade*. Mais do que isso: o critério da periculosidade já estava de tal maneira consolidado que encontramos decisões judiciais e posicionamentos doutrinários que antecipavam qualquer sistematização legal. Ele já não era identificado como resultado da proposta de uma Escola, era sim reconhecido como um avanço das modernas teorias penais e criminológicas.

A proposta inicial de indagar sobre o conflito e a polarização em torno das ideias da Escola Positiva italiana se reorganizou na elaboração da pergunta *sobre os sentidos produzidos pelos juristas em torno das ideias de “compromisso” e “conciliação” do direito penal*. A interpretação do compromisso produzida pelo modelo do saber penal central e reproduzida pela literatura revisionista do nosso direito penal deveria ser posta à prova, compreendida a partir de um contexto específico de produção cultural e reorganização social e política do Brasil nos anos 1930.

Para enfrentarmos a pergunta delimitamos nosso objeto de investigação em torno *do debate doutrinário dos juristas na Revista de Direito Penal entre os anos de 1933-1940*. Procedemos a sua leitura em conjunto com outras publicações do período a fim de verificarmos as inflexões e os matizes da produção da cultura jurídico-penal daquele momento e buscarmos ali o elementos a serem problematizados.

Compreendemos o saber dos juristas a partir de sua dimensão cultural, sem nos descuidarmos do contexto político e social que localizava as falas em seu tempo e em seu horizonte explicativo. Encontramos, por sua vez, nos pontos firmes da discussão criminológica a respeito do controle penal a referência interpretativa que foi sendo depurada no caminho entre o que *devíamos dizer* e o que efetivamente *podíamos dizer* a partir da análise das fontes.

A hipótese que buscava responder à nossa pergunta a respeito dos sentidos atribuídos pelos juristas em relação ao modelo de “compromisso” do direito penal foi construída no decorrer da produção do trabalho. E se definiu nos seguintes termos: não houve uma polarização entre o discurso dos direitos individuais disposto no eixo de legitimidade pela legalidade e o discurso da defesa da ordem social

referente ao eixo de legitimidade pela defesa social, sobre o qual se teria construído um equilibrado “compromisso” ou uma “conciliação” na doutrina penal. *A retórica criminológica predominou no debate doutrinário e, submetida à tradução conservadora dos juristas, subordinou a legitimidade pela legalidade à defesa social.* Os direitos individuais foram delimitados e justificadas pela retórica das ciências criminológicas, de modo que as dimensões política e técnica da legalidade foram atravessadas pela legitimidade pela defesa social, em seu sentido repressivo, garantido pelo lugar dos juristas no discurso racionalizador do direito penal.

A compreensão do quadro de transformações sociais e políticas de 1930 nos orientou na leitura das fontes, e embora não pudéssemos fazer a partir delas afirmações excessivamente generalizantes, foi necessária para adequar a leitura ao contexto e às disputas político-institucionais de então.

**O lugar dos juristas.** A dicotomia entre os juristas cientistas e o juristas eloquentes não serviram para explicar as mudanças relativas ao poder de dizer o direito durante a década de 1930. De um lado, a valorização no debate doutrinário da produção *científica e especializada* do direito garantiu a ampliação da importância dos espaços das faculdades, das instituições e das revistas especializadas. De outro lado, porém, o jurista dito assim *cientista* trouxe consigo um modo muito particular de produzir seu saber: a apropriação retórica dos padrões de cientificidade.

Mais do que uma questão de recurso estilístico, essa retórica encontrada na apropriação das *ciências* criminológicas e na produção de uma precária dogmática no debate doutrinário, também é reveladora do pequeno vigor sistematizador dos juristas. Chamados a serem os intérpretes da lei penal a fim de produzirem a sistematização para orientação das decisões judiciais, em fins de 1930 ainda não encontrávamos uma doutrina rotineira que tivesse se desvinculado de uma atividade de “glosadores” da lei. O que indicava uma baixa capacidade de produzir uniformização e racionalização na produção das decisões.

Do ponto de vista da política de dizer o direito, a valorização do jurista acadêmico, cientista, teórico (nos termos limitados como indicamos acima) não reduziu suas competências à produção teórico doutrinária. Nas condições de produção da lei penal em um contexto antiliberal, o parlamento e a representação popular foram substituídos pelo poder do executivo e pela consulta aos *técnicos*. Eram eles, os juristas, que se apresentavam como especialistas para compor as

Comissões de Reforma que orientaram a produção legislativa governamental. Por outro lado, era necessário que os magistrado fossem preparados para interpretar a lei em seu sentido *científico e dogmático*, com o auxílio da produção teórica dos juristas. Aliás, não raras vezes, juristas e magistrados eram os mesmos personagens. Lei, doutrina e jurisprudência deveriam contar com o saber do jurista.

Um saber que ganhava contornos e especificidades no campo do penal: os juristas produziam um saber técnico-dogmático (ainda precário) e um saber sobre o delinquente. No campo da dogmatização do direito penal ocupavam-se com a interpretação da lei a partir das necessidades de “justiça social” e de produção de uma “eficaz defesa da sociedade”, afastando-se assim dos parâmetros de busca pela “segurança jurídica”. No campo do saber sobre o delinquente, apropriavam-se retoricamente dos saberes criminológicos, que definiam os contornos de um delinquente marcado pela desigualdade antropológica, médica ou social.

A produção da dogmática penal condicionada pela finalidade interpretativa de integrar a lei às necessidades de defesa social e produção de justiça, e sustentada por um conhecimento antropológico sobre o delinquente, fazia do jurista-penalista mais do que um técnico. Ele precisava também ser um intérprete dos interesses da coletividade e da nação, para atuar em sua defesa.

Eles se ocuparam, assim, de um duplo papel: foram técnicos e intérpretes dos interesses da coletividade. Enquanto técnicos, responderam ao processo de modernização e especialização do saber e tecnicização do direito, e tinham como função constituir um saber técnico-racional capaz de uniformizar e desenvolver a programação racionalizadora de uma sociedade complexa. Enquanto *intelligentzia* vincularam-se à função pedagógica de traduzir os interesses nacionais em termos de equilíbrio e composição de classes substanciadas na reforma legal (na qual foram ativos participantes por meio da composição das Comissões de Reforma) e usá-la no sentido de interpretar e aplicar a lei capaz de adaptar a *massa* à modernização do País.

Assim afirmava um doutrinador em relação ao papel do juiz, que deveria ser formado na técnica jurídica e na sociologia aplicada, diretamente vinculado ao trabalho teórico dos juristas:

Pelo contacto mais íntimo que mantém com o material humano, o juiz é um excelente veículo dessas diretrizes civilizadoras. O respeito tradicional

que impõe a toga, desde os primórdios das sociedades organizadas, o prestígio oriundo da sua autoridade, conservada através dos tempos, facilitam-lhe essa tarefa e assinam-lhe um papel altamente educativo, que se enquadra perfeitamente (sic) dentro da política e das suas finalidades do Estado moderno.

(...)

O Sr. Getúlio Vargas resolveu – resolveu galhardamente – o problema do proletariado e certamente resolverá também o da organização da justiça brasileira.<sup>508</sup>

O lugar dos juristas na produção do direito estava bastante comprometido com as demandas por ordem. Mas seus compromissos com as propostas governistas e seus graus de comprometimento foram variados. Especialmente no que toca a repressão aos crimes políticos, boa parte dos juristas se posicionaram de modo independente às políticas repressivas do Estado. Esse quadro se alterou após a instituição do Estado Novo, quando o silêncio foi o que preponderou, com algumas críticas localizadas em relação a dispositivos específicos das legislações sobre crimes políticos.

O compromisso ideológico com o regime político do Estado Novo mais acentuado esteve marcado pelas adesões de Nelson Hungria, que mimetizou o discurso governista da preponderância dos interesses coletivos sobre os direitos individuais e justificou nas instituições científicas a reforma legal promovida durante o regime.

**O conteúdo defensivo.** Independente do contexto político conjuntural, que determinou compromissos variados entre os juristas e as propostas do governo, encontramos na doutrina a consolidação de *um sentido* para as demandas por defesa social.

Se for certo que foi o defensismo penal o eixo de legitimidade que orientou as reformas penais e a produção do saber pelos juristas, o seu conteúdo foi ambigualmente construído ao longo da década de 1930.

A discussão sobre o repúdio à pena de morte nos crimes comuns esteve marcada pelo *sentido correccionalista da pena*, no qual a defesa da sociedade ganhava como conteúdo o tratamento e a readaptação do delinquentes à vida produtiva. Encontramos nesse argumento as ressonâncias da organização social de 1930 em torno aos ideais da

---

<sup>508</sup> PASSOS, Vital Francisco dos. O juiz e a justiça no Estado Novo e na sociologia. *Revista de Direito Penal*, vol. XIV, fasc. III, março, 1939, p.214.

sociedade do trabalho e à incorporação jurídica de novos setores da população, especialmente dos trabalhadores.

Entretanto o fundamento correcionalista apropriado pelos juristas só valia na medida em que justificava a ampliação da intervenção penal em nome de suas finalidades ressocializadoras e terapêuticas. O seu limite era a descaracterização das funções repressivas do controle penal.

Na campanha promovida pelos juristas, que deu origem à Sociedade Brasileira de Criminologia, a absolvição dos crimes passionais reatualizava o discurso sobre a defesa social em suas características repressivas. A reafirmação da responsabilidade moral jogava o importante papel de garantir ao jurista, em lugar do médico, o lugar por excelência na defesa da sociedade. O discurso terapêutico perdia seu alcance em nome do discurso da punição.

Nesse jogo ambíguo dos conteúdos da defesa social, entre terapia e repressão, os juristas construíram seu lugar privilegiado no papel justificador e racionalizador do controle penal. A extensão do controle punitivo encontrava seu equivalente na racionalização do discurso punitivo comprometido com a ideia de *necessidade* de defesa da sociedade em seu conteúdo repressivo.

**A subordinação das dimensões política e técnica da legalidade à legitimidade pela defesa social.** A modernização do controle penal promovida pela reforma buscava determinar a racionalização do poder punitivo por meio do esforço em submeter o controle à autoridade legal estatal. Entretanto, o compromisso dos juristas com as demandas por ordem organizou a legitimidade pela defesa social como eixo estruturador das reformas, subordinando as dimensões política e técnica da legalidade.

Na reprodução da autoimagem do direito penal, a dimensão jurídica da legalidade, representada pela formalização legal dos princípios liberais nos documentos penais de 1930 e 1940, garantiram uma leitura sobre um direito penal *liberal* por parte do revisionismo penal. A narrativa memorialística de Nelson Hungria foi o marco interpretativo dos demais juristas que, amparados pela leitura de Hungria de 1948 (esquecido o Hungria de 1940) replicaram a imagem liberal de nosso direito penal a partir do Código Penal de 1940.

O que observamos, todavia, é que o fundamento político-penal da defesa social subordinou os princípios liberais, como resposta às demandas de ordem, e como contingência do poder político antiliberal. Apenas posteriormente, como recurso *ad hoc* é que, sob as exigências do processo de democratização do Estado, os juristas recontaram sua

história ajustando-a para as demandas políticas do Estado de direito democrático.

Ao tratarmos dos sentidos da legalidade no debate doutrinário de 1930, observamos que essa perspectiva liberal do direito penal ganhou nuances bastante particulares.

Em sua *dimensão política*, o critério de justificação do controle penal predominou sobre a determinação dos limites do poder de punir. Por meio do discurso correccionalista o indivíduo não era considerado o centro gravitacional sobre o qual o controle penal deveria encontrar seus limites. No indivíduo era delimitado, a partir de fundamentos antropológicos ou sociais, um delinquente desigual e inferior, que deveria ser objeto da intervenção punitiva.

Em sua *dimensão técnica*, a legalidade como determinação da subordinação da doutrina e da jurisprudência à lei estatal, também esteve atravessada pelo eixo da legitimidade pela defesa social.

O legalismo penal não consolidado previamente não podia apresentar um contrapeso suficiente aos fundamentos defensistas criminológicos, de modo que não encontrávamos uma polarização no debate entre os juristas. O controle penal se organizava promovendo concomitantemente o giro da submissão à lei e a incorporação da retórica criminológica defensista à dogmatização penal.

O processo de dogmatização, orientado pelas *necessidades* de defesa social, incorporou a periculosidade como critério orientador da interpretação *técnica* que deveria orientar as decisões judiciais e os pareceres sobre os delinquentes.

A periculosidade foi o capítulo consensual entre os juristas, dispostos a reproduzir a categoria como indicativo científico para definição do conteúdo do arbítrio judicial. Sua juridicização tinha assim o efeito de neutralizar, sob o discurso genérico da lei e sob o fundamento científico da criminologia, a figura do criminalizado e a característica da seletividade do controle penal, apresentando o poder de punir, genericamente, em nome da defesa social.

**A dimensão da conciliação.** O discurso da «conciliação» do direito penal em 1940 foi uma explicação *ad hoc* que pautou o revisionismo penal desde então. Se confrontarmos essa narrativa à produção da cultura penal e criminológica de 1930 verificamos que a representação do «equilíbrio» fazia obscurecer a predominância da legitimidade pela defesa social. A ausência de uma polarização organizada em torno de modelos de direito penal e o comprometimento dos juristas (em diferentes graus) com as demandas por ordem, definiam

no debate doutrinário a subordinação do eixo de legitimidade da legalidade à defesa social.

**Conjecturas.** Se avaliarmos esse debate a partir do contexto de reforma social e política brasileira de 1930 podemos conjecturar, para além da avaliação de nossas fontes, que a predominância da legitimidade pela defesa social traduzida pelos juristas em termos de compromisso e conciliação, revelava uma forma de administrar os conflitos na nova ordem social do trabalho urbano, entre a divisão de homens produtivos e improdutivos, proprietários e não proprietários, perigosos e trabalhadores.

Um conflito revelado na ambiguidade do debate jurídico-penal de 1930, proposto entre o discurso do reformismo ético que afastava a pena de morte em nome da utilidade das penas e da produtividade dos corpos, e o discurso repressivo que definia a necessidade da intervenção excludente da punição para aqueles que não estivessem na nova ordem produtiva. Ambiguidade que, no entanto, não se traduzia em compromisso, visto que era a repressividade, em sua dimensão defensiva, o que definia o campo do penal.

No Brasil, ainda precisamos investigar a existência, até 1930, da formação sólida de um legalismo no campo do controle penal. Suspeitamos que ele não tenha se consolidado no campo punitivo quando surgiram os discursos penais defensores e correccionistas.

Os princípios penais liberais haviam penetrado as agências do controle penal de modo desigual e heterogêneo e não representaram, nesse sentido, uma polarização ou resistência à apropriação do conteúdo defensivo da retórica criminológica. A jurisprudência, as agências prisionais e policiais não pareciam estar uniformemente familiarizados com os limites impostos pelo eixo da legalidade.

Na seção de jurisprudência da Revista de Direito Penal nos encontramos com várias decisões judiciais que não se organizavam a partir da autoridade legal. Situação que era, inclusive, um dos alvos de crítica de Hungria, que, retoricamente, atribuía a responsabilidade ao apagado “debate entre escolas”.

As agências prisionais, ao que temos notícias, por terem sido construídas a partir no século XIX sob os influxos da dualidade punitiva entre homens livres e escravos, tampouco parece terem conhecido os limites legais da execução de pena.<sup>509</sup>

---

<sup>509</sup> Cf. KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX, *Lua Nova*, São Paulo, 68, 2006; CHAZKEL, Amy. **Uma perigosíssima lição: a casa de detenção do Rio de Janeiro na Primeira República.** In: MAIA, Clarissa e Nunes et al (org.).

As agências policiais, se conheceram na década de 1930 a formação de uma polícia técnica, não abandonaram a dimensão da experiência (arbitrária e ilegal), utilizando-se do discurso da lei e da ciência para promover a legitimação de antigas práticas.<sup>510</sup>

O eixo da defesa social apropriado a partir das propostas criminológicas de mote correccionalista tampouco parece ter sido desenvolvido para além da justificativa da expansão da intervenção punitiva. Os programas disciplinares e correccionalistas não parece terem estendido amplas redes que oferecessem alternativas ao controle repressivo.

Segundo Alvarez, nas primeiras décadas do século XX, com a entrada do discurso científico criminológico orientador dos critérios da intervenção desigual do controle social, “as reformas nunca chegaram a desenhar uma efetiva rede de instituições e dispositivos disciplinares, uma verdadeira sociedade disciplinar.”<sup>511</sup>

Na década de 1930, os motes correccionalistas provavelmente também tiveram uma repercussão bastante limitada nas estratégias e práticas especializadas, além da regulamentação do livramento condicional e do *sursis*, e da formação dos Conselhos Penitenciários.

O alcance limitado dos programas correccionalistas (que, apesar disso, eram retórica comum no debate penal dos juristas de 1930) e a precariedade do legalismo liberal informaram uma modernidade penal peculiar no Brasil. Embora ambos, correccionalismo e legalismo, buscassem encontrar no discurso dos juristas uma pretensão racionalizadora do controle penal, eles se sustentavam no controle de *caráter repressivo* que continuava a agir para além das fracas demandas de legalidade.

**História das Prisões no Brasil**, volume 2. Rio de Janeiro: Rocco, 2009; BRETAS, Marcos Luiz. **O que os olhos não vêem: história das prisões do Rio de Janeiro**. In: MAIA, Clarissa e Nunes et al (org.). **História das Prisões no Brasil**, volume 2. Rio de Janeiro: Rocco, 2009; SANT’ANNA, Marilene Antunes. **Trabalho e conflitos na casa de correção do Rio de Janeiro**. In: MAIA, Clarissa e Nunes et al (org.). **História das Prisões no Brasil**, volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

<sup>510</sup> Cf. CUNHA, Olivia Maria Gomes da. Os domínios da experiência, da ciência e da lei : os Manuais da Polícia Civil do Distrito Federal, 1930-1942. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol.12, n.22, 1998.

<sup>511</sup> ALVAREZ, Marcos César. **A formação da modernidade penal no Brasil: bacharéis, juristas e criminologistas**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 301.

Mais do que uma conclusão, essas conjecturas marcam um importante programa de pesquisa que ainda está à espera de encontrar nas investigações dos campos da história, da sociologia e do direito a formulação de novas chaves interpretativas.

## REFERÊNCIAS

### Fontes Primárias

Acc. Da 1 Camara da Côrte de Appel. Do Dist. Fed., de 12-11-34 – *Habeas Corpus* n. 8.333 – Relator Galdino Siqueira). Promptuario de Jurisprudencia Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I-II, out-nov, 1935, p.100.

Acc. Da 2. Camara da Côrte de Appellação do Districto Federal, de 18-6-1935 – *Habeas Corpus* n. 8523 – Relator : Carneiro Cunha. Promptuario de Jurisprudencia Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. III, dez, 1935, p. 226.

Acc. Da 2 Camara da Côrte de Appellação do Districto Federal, de 11-9-1934 – Recurso Criminal n. 1.624 – Relator : Vicente Piragibe). Promptuario de Jurisprudencia Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. III, dez, 1935, p. 227.

ALMEIDA, Candido Mendes de. Injustiças Sociais. **Revista de Direito Penal**. Vol. V, abril-junho, 1934, p.116-120.

ALVARENGA NETTO. O desmemoriado de Collegno. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I-II, out-nov, 1935, p. 33-51.

AMADO, Gilberto. Os dados sociaes e a technica jurídica no direito Penal. **Revista de Direito Penal**. Vol. II, Fasc. 2, agosto de 1933, p. 227-240.

AMARANTE, Jurandyr. Paixão, Crime, Julgamento. *Revista de Direito Penal*. Vol. XVII, Fasc.2, Anno V, maio, 1937, p. 125-134.

\_\_\_\_\_. Pena de Morte. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIV, Fasc. I, jan. 1939, p.39.

Annuario da Faculdade de Direito de São Paulo. Ano letivo de 1936. São Paulo: Empresa Revista dos Tribunais, 1936

Apresentação. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I – III, out-dez, 1936.

ARAGAO, Antonio Moniz Sodré de. **As tres escolas penaes**: classica, anthropologica e critica. 2 ed. Rio de Janeiro : Ribeiro Gouveia, 1917.

ASÚA, Luis Jiménez de. **El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal Moderno**. Madrid: Ed. Reus, 1920;

\_\_\_\_\_. **La pericolosit **. Nuovo criterio peri l trattamento represivo e preventivo. Torino: Fratelli Bocca, 1923.

\_\_\_\_\_. **Un viaje al brasil**: impresiones de un conferenciante seguidas de un est dio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Ed. Réus, 1929.

AUSTREGESILO, A. A filosofia biológica. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, Fasc. 3, setembro de 1933, p. 522-524.

Ata da sessão do Conselho Tecnico. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, Fasc.II, agosto 1933, p. 395.

BARCELLOS, Milton. Col nias Correccionais Agrícolas. **Revista de Direito Penal**. Vol. XII, Fasc. III, março, 1936, p. 179-182.

BARRETO, Carlos Xavier Paes. A periculosidade no Projecto de Codigo Criminal. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, outubro, 1936, p. 290-291.

\_\_\_\_\_. A philosophia deve ser banida do Direito Penal? **Revista de Direito Penal**. Vol. XVI, Fasc.III, Anno IV, março, 1937, p. 175-178.

BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. In: **Estudos de Direito**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. **Menores e loucos em direito criminal**. Campinas. Romana, 2003.

BRITO, Lemos. A propósito da pena de morte. **Revista de Direito Penal**, vol. V, abril-junho, 1934.

\_\_\_\_\_. Crime. Anormalidade. Degenerescência. **Revista de Direito Penal**. Vol. XVI, Fasc.III, Anno IV, março, 1937, p. 143-156.

\_\_\_\_\_. A elaboração científica do direito penal. **Revista do Direito Penal**, vol. XXI, fasc. II-III, maio-junho, 1938.

BERARDINELLI, Waldemar. Criminologia e Constituição. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, junho de 1933, p. 525-529.

BITTENCOURT, Lucio. Lucio. Endocrinismo e criminologia. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933, p. 347-353.

\_\_\_\_\_. O critério da retroatividade da lei penal no Código Rocco. **Revista de Direito Penal**, Vol.I, Fasc. III, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, junho, 1933.

\_\_\_\_\_. Ainda a pena de morte. A propósito de um recente artigo de Raffaele Garofalo. **Revista de Direito Penal**, vol. IV, fasc.I-III, janeiro-março, 1934, p. 276-277.

\_\_\_\_\_. (comentarios). Circunstancias Gradativas da Pena. **Revista de Direito Penal**, vol. X, fasc. III, set.1935, p.257-262.

\_\_\_\_\_. O novo Direito Penal Alemão. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. I e II, janeiro-fevereiro, 1936.

Breve notícia histórica. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 209.

BUENO, Stelio Galvão. Da lei penal para os doentes incuráveis. **Revista de Direito Penal**. Vol.XVIII, Fasc.I/II, Anno V, julho-agosto, 1937, p. 3-8.

CANELLA, Giulio. Depois de oito anos de lucta. **Revista de Direito Penal**. Vol. V, abril-junho, 1934, p. 194-235.

CARRILHO, Heitor. As diretrizes atuais de medicina das prisões. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933a, p. 331- 336.

\_\_\_\_\_. Psicopatologia da paixão amorosa e seu aspecto medico-legal. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, julho de 1933b, p. 52- 71.

\_\_\_\_\_. O livramento condicional em face dos antecedentes psychopaticos dos sentenciados. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, jan. 1935, p. 23-28.

CASTRO, Viveiros de. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro : Livraria Domingos de Magalhães, 1894.

Chronica do Jury. Estatística dos julgamentos de 1935. **Revista de Direito Penal**. Vol. XII, Fasc.1 e 2. Ano III, jan-fev, 1936, p. 137-141.

COLL, Jorge Eduardo. Teoria de la responsabilidad social. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. I, janeiro, 1938.

\_\_\_\_\_. La tecnica juridica de la Peligrosidad en el proyecto de Codigo Penal Argentino. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. II, fev. 1938.

CONDE, Bertho. Detalhes. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933.

Conselho Penitenciário do Estado de Minas Gerais. Cópia do Parecer do Conselho sobre o pedido de indulto de Pedro Edmundo Monteiro. **Revista de Direito Penal**. Vol. V, abril-junho, 1934, p. 130-133.

Contracto de Aquisição da Revista de Direito Penal pela Sociedade Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, jan. 1935, p. 63-65.

CORREA, L. Moraes. Amor e Crime. **Revista de Direito Penal**. Vol. IV, Fasc. I, II, III, jan-março, 1934, p. 179- 187.

COSTA, Armando. Os condenados a mais de 30 annos e o Livramento Condicional. **Revista de Direito Penal**. Vol. XIII, Fasc. II, Ano IV, maio, 1936, p. 213-216.

COSTA E SILVA, Antonio J. da. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

\_\_\_\_\_. O novo projeto de Codigo Criminal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc. I-III, julho-setembro, 1938.

\_\_\_\_\_. Crítica do Dr. A.J. Costa e Silva. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc.I-III, 1938.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Contasa, 1967.

Decima Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc.I-III, out-dez, 1936.

Decima Primeira Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936.

Decima Terceira Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936.

Decima Quarta Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936.

DINIZ, Raimundo. Dissertação sobre Direito Penal. **Revista de Direito Penal**. Vol. IV, Fasc. I, II, III, jan-março, 1934, p. 233- 244.

DORIA, Rodrigues. Castigo Corporal. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, junho de 1993, p. 540-547.

DUARTE, José. A analogia no direito penal. **Direito: doutrina, legislação e jurisprudência**, vol. IX, maio-junho, 1941, p. 31-53.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Conducta e Trabalho para Liberação Condicional. **Revista de Direito Penal**. Vol.XVII, Fasc.1, Ano V, abril, 1937, p. 34-40.

FERRI, Enrico. **Studi sulla criminalità**. 2ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1926.

\_\_\_\_\_. **Principii di diritto criminale**. Delinquente edelitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente – Progetto 1921 – Progetto 1927. Torino: Unione Tipografica Torinese, 1928.

\_\_\_\_\_. **Sociologia criminale**. 5ed. Torino: Unione Tipográfico-editrice Torinese, 1930.

\_\_\_\_\_. **O Delito Passional na Sociedade Contemporânea**. Campinas: LZN Editora, (1934) 2003.

FIORAVANTI, Gervasio. Livramento condicional. **Revista de Direito Penal**. Vol. III, Fasc.3, dezembro de 1933, p. 616-617.

FRANCO, Ary Azevedo. FRANCO, Ary Azevedo. **Aspectos legais e sociais da contravenção de vadiagem**. Rio de Janeiro: Alba, 1930.

\_\_\_\_\_. É mantida a instituição do Júri. **Revista de Direito Penal**. Vol. 1, Fasc.I, abril 1933, p. 91-95.

\_\_\_\_\_. Exercício ilegal da advocacia. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, jan, 1935.

\_\_\_\_\_. Tribunal do Jury. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, jan. 1935.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GAMEIRO, Mario. Pena de Morte. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, jan. 1935.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. O Ante-projecto do Código de processo penal para o Brasil. **Revista de Direito Penal**. Vol. XI, Fasc. I e II, out-novembro, 1935, p.19-32.

HUNGRIA, Nelson. O juiz no Codigo Penal actual e no ante-projeto Sá Pereira. **Revista de Crítica Judiciária**. Vol. VIII, n.1, Rio de Janeiro, janeiro, 1931.

\_\_\_\_\_. O delicto putativo. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933.

\_\_\_\_\_. Breve notícia sobre Eduardo Massari. **Revista de Direito Penal**, vol. VII, out-dez, 1934a.

- \_\_\_\_\_. Pragmatismo e Direito Penal. **Revista Jurídica**, Vol. II, 1934b.
- \_\_\_\_\_. A repressão dos delitos políticos. **Revista de Direito Penal**, Vol. V, abril-junho, 1934c.
- \_\_\_\_\_. Lei de Segurança. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, fevereiro-março, p. 1935a.
- \_\_\_\_\_. O crime de sedição. **Revista de Direito Penal**, vol. X, fasc. I – II, julho-agosto, 1935b.
- \_\_\_\_\_. **Compendio de Direito Penal** : parte especial. Rio de Janeiro : Livraria Jacyntho, 1936.
- \_\_\_\_\_. O tecnicismo jurídico. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc.I-III, julho-set, 1938a.
- \_\_\_\_\_. O projecto de Código de Processo Penal Brasileiro. **Revista Forense**, fevereiro, 1938b.
- \_\_\_\_\_. **Pragmatismo e Direito Penal**. In: **Questões Jurídico-Penais**. Rio de Janeiro : Livraria Jacyntho, 1940.
- \_\_\_\_\_. Critérios para aplicação da pena. **Revista Forense**, janeiro, 1941a.
- \_\_\_\_\_. O direito penal e o Estado Novo, **Revista Forense**, fev. 1941b.
- \_\_\_\_\_. O Novo Código Penal. Notas e Comentários. **Revista Forense**, out. 1941c.
- \_\_\_\_\_. O Código Penal e as novas teorias criminológicas. **Revista Forense**, agosto, 1942a.
- \_\_\_\_\_. Introdução à Ciência Penal. **Revista Forense**, n.22, outubro, 1942b.
- \_\_\_\_\_. A evolução do direito penal. **Revista Forense**, julho, 1943.
- \_\_\_\_\_. Os pandectistas do Direito Penal. **Jornal do Comércio**. Rio de Janeiro, 1949.

\_\_\_\_\_. **A autoria intelectual do Código Penal de 1940. In :** HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**, (1948) 1977.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, (1948) 1977.

Índice das proposições aprovadas pela I Conferencia Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**. Anno IV, Vol.XIV, fasc.I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1936, p.193

JORDÃO, Edmundo de Miranda. O júri atual e sua estatística. **Revista de Direito Penal**. Vol. II, Fasc. 2, agosto de 1933, p. 415- .

LEMOS, Haeckel de. A dôr como dirimente da responsabilidade criminal. **Revista de Direito Criminal**, vol. VI, julho-setembro, 1934.

\_\_\_\_\_. Psychologia do Ciume. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. I, janeiro, 1938a.

\_\_\_\_\_. A cultura filosófica e a Ciencia Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXII, fasc. I-III, julho-set, 1938b.

\_\_\_\_\_. A sociologia, sua concepção filosófica e a ciencia penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIII, fasc. I-III, out-dez, 1938c.

LEMOS, Jefferson. A escola antropologica criminal e a pena de morte à luz da ciência social. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIV, Fasc. I, jan. 1939.

LESSA, Mario. Privilegio de Prisão. **Revista de Direito Penal**. Vol. X, Fasc. I e II, julho-agosto, 1935, p. 71-84.

LIMA, Roberto M. da Costa. Livramento Condicional e Patronatos. **Revista de Direito Penal**. Vol. VIII, fev-março, 1935, p. 161-164.

LIMA SOBRINHO, Barbosa e CARNEIRO, Ribas. A ação dos Cursos Jurídicos no Brasil. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, Fasc. 3, setembro de 1933, p. 607-612.

LIRA, José Pereira. Lei de Segurança Nacional. Reparos ao projecto. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, jan. 1935.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. e coment. José Higinio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.

LYRA, Roberto. O amor no Banco dos Reus. **Revista de Direito Penal**. Vol.I, fasc.II, maio 1933a.

\_\_\_\_\_. Voto vencido. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, fasc.I. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933b.

\_\_\_\_\_. Educação sexual e criminalidade. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, julho de 1933c, p. 43-44.

\_\_\_\_\_. Pobres e Ricos em direito penal. **Revista de Direito Penal**. Vol. III, Fasc.3, dezembro de 1933, p. 524-532.

\_\_\_\_\_. **O ensino do direito penal e a doutrina contemporânea**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1934.

\_\_\_\_\_. **Novas Escolas Penaes**. Rio de Janeiro: Canton e Reile, 1936.

\_\_\_\_\_. A lei penal e o casamento religioso. **Revista de Direito Penal**, vol. XVII, fasc.I, abril, 1937, p. 1-10.

\_\_\_\_\_. O projecto de Codigo Penal Argentino. **Revista de Direito Penal**, vol.XXI, fasc. II-III, maio-junho, 1938.

\_\_\_\_\_. Escola Penal Brasileira. **Revista Forense**, julho, 1940a.

\_\_\_\_\_. Um decênio de Reformas Penais. **Revista Forense**, dez. 1940b.

\_\_\_\_\_. Segundo Congresso Latino-americano de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, vol.XXXIII, fasc. II-III, maio-dezembro de 1941, p. 110

MACHADO, Alcântara. Para a história da Reforma Penal Brasileira. **Revista Direito**, Vol. VIII, março-abril, 1941, p. 9-42.

MACHADO, Eugenio S. A escola endocrinológica constitucionalista e a escola anthropologica no Direito Penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. II, abril, 1936, p. 197-211.

\_\_\_\_\_. Psychologia Pathologica. Shakespeare e alguns de seus typos. **Revista de Direito Penal**. Vol. XIV, Fasc. II, Ano IV, agosto, 1936, p. 173-186.

MADEIRA, Almir. Da reincidência em face das novas leis e tendencias penais. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933, p. 358-372.

MAGALHÃES, Eudoro. A pena de morte e a revisão criminal. **Revista de Direito Penal**. Vol. XVIII, Fasc.III, Anno V, setembro, 1937, p. 155-158.

MENDONÇA, Carlos Sussekind de. Lucio de Mendonça e os que se dizem criminosos por amor. **Revista de Direito Penal**. Vol. II, Fasc. 2, agosto de 1933, p. 241-254.

\_\_\_\_\_. Chronica Forense do Districto Federal. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, fev-março, 1935.

\_\_\_\_\_. Crônica Forense do Distrito Federal. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIII, fasc.I-II-III, out-dez, 1938.

\_\_\_\_\_. Cronicas Forenses. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIV, fasc. I, jan. 1939.

\_\_\_\_\_. Chronicas Forenses. Um exemplo a ser imitado. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIV, fasc. III, março, 1939, p. 273.

MORAES, Evaristo de. **Criminalidade Passional**. O homicídio e o homicio-suicídio por amor. (Em face da Psychologia Criminal e da Penalística). São Paulo: Saraiva, 1933.

\_\_\_\_\_. **Psicologia da acusação e de defesa**. Na vida judiciária e na literatura. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933, p. 226-236.

\_\_\_\_\_. Concessão de Livramento Condicional a Reincidentes. **Revista de Direito Penal**. Vol. X, Fasc.III, setembro, 1935, p. 149-154.

MORAES, Evaristo de. Tobias Barreto Criminalista. **Revista de Direito Penal**. Vol. XIV, Fasc.III, Ano IV, setembro, 1936, p. 261-280.

\_\_\_\_\_. Discurso do Orador Oficial. Sessão de Instalação em 18 de junho de 1936. **Revista de Direito Penal**. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, out-dez, 1936.

\_\_\_\_\_. A psychanalyse e o direito penal. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. III, março, 1938.

\_\_\_\_\_. Primeiros Adeptos e Simpatizantes, no Brasil, da chamada “Escola Penal Positiva”. **Revista Forense**, set. 1939.

MOREIRA, João Pacheco. Opinião de um rotariano sobre o Jury. *Revista de Direito Penal*. Vol. VIII, janeiro, 1935, p. 125-126.

NEVES-MANTA. Psicanálise e Sociologia Criminal. **Revista de Direito Penal**. Vol. VII, out-dez, 1934, p. 26- 30.

Noticiário. Reunião do Conselho Técnico. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, fasc.I, julho 1933.

Nona Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc.I-III, out-dez, 1936.

NOGUEIRA, Anderson Perdigão. Periculosidade em material criminal. **Revista de Direito Penal**. Vol. XIV, Fasc. I, Rio de Janeiro, julho, 1936.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 4ª ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1967.

O curioso julgamento da pena de morte. Secção Universitária. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I –II, out-nov., 1935.

O presidente Getúlio Vargas e a sua obra. In: SCHWARTZMAN, Simon (org.). **Estado Novo, um Auto-retratato** (Arquivo Gustavo Capanema). Brasília, CPDOC/FGV: Universidade de Brasília, 1983, p. 21).

Oitava Sessão Ordinária. Primeira Conferência Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**. Vol. XV, Rio de Janeiro, outubro, 1936.

OLIVEIRA, Álvaro Goulart de. Emoção e crime. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, julho de 1933, p. 36- 40.

O novo Código Penal. Discursos Proferidos. **Arquivo Judiciário**. Jornal do Comércio, vol. LVI, fasc. I, out. 1940.

PAIVA, J. M. Gomes de. Autonomia do Jury e sua relação com a Justiça Togada. *Revista de Direito Penal*. Vol. X, Fasc.III, setembro, 1935, p.237-256.

PARDO, Ramon. A pena de morte sob o ponto de vista médico e biológico. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I e II, out-nov., 1935.

Parecer sobre o projecto de Código Criminal dos Estados Unidos do Brasil. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. II, fev. 1936.

PASSOS, Vital Francisco dos. O juiz e a justiça no Estado Novo e na sociologia. **Revista de Direito Penal**, vol. XIV, fasc. III, março, 1939, p.211-214.

PECO, José. La analogia penal y la peligrosidad criminal. **Revista de Direito Penal**. Vol. XX, Fasc.III, Anno V, março, 1938, p. 291-305.

PEDROSA, Amaro. Dos estigmas anatómicos da criminalidade. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, julho de 1933, p. 173- 185.

PEDREIRA, Mario Bulhões. Características do Direito Penal Contemporâneo. (Aula oferecida no Curso de Criminologia de Extensão Universitária). **Revista de Direito Penal**, Vol.1., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril, 1933a.

\_\_\_\_\_. Códigos Penaes Modernos. **Revista de Direito Penal**, Vol.I, Fasc. II, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, maio, 1933b.

\_\_\_\_\_. Defesa dos ex-senadores no caso da Paraíba. **Revista de Direito Penal**, Vol.2., Fasc. I, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, julho, 1933c.

\_\_\_\_\_. O caso do desmemoriado de Colegno. **Revista de Direito Penal**, Vol. V, abril-junho, 1934, p. 236-248 .

PEIXOTO, Afranio. Prefacio. In: LYRA, Roberto. **O amor e a responsabilidade criminal**. Accusação no Tribunal do Jury do Districto Federal. São Paulo: Saraiva, 1932.

\_\_\_\_\_. **Criminologia**. São Paulo: Ed. Nacional, 1933.

PIRAGIBE, Vicente. Códigos Penais. **Revista de Direito Penal**. Vol.I, Fasc.II, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, maio 1933, p.140-143.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das leis penaes**. 3ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1936.

\_\_\_\_\_. **Diccionario de jurisprudencia penal do Brasil**. 2ed. Vol.1 e 2. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1938.

PORTO-CARRERO, J. P. O sentimento de inferioridade fisica. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933, p. 300-311.

\_\_\_\_\_. O abortamento legal. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, Fasc. 3, setembro de 1933, p. 510-521.

\_\_\_\_\_. Sobre a pena e o direito de punir. **Revista de Direito Penal**. Vol. XX, Fasc.III, Anno V, março, 1938, p. 285-290.

POZNANSKI, Roman. O Código Criminal e o Estado Novo. **Revista de Direito Penal**. Vol. XXIII, Fasc.I, II, III. Ano VI, out-dez, 1938, p. 71-76.

PRINS, Adolfo. **Ciência Penal e Direito Positivo**. Lisboa: A. M. Teixeira, 1915.

QUEIROZ, Marcelio de. Algumas notas sobre o crime político. **Revista de Direito Penal**. Vol. 1, Fasc.I, abril 1933, p. 117-123.

\_\_\_\_\_. Justiça Penal e Justiça Social. **Revista de Direito Penal**. Vol.II, Fasc. 3, setembro de 1933, p. 429-432.

\_\_\_\_\_. Resenha. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, abril-maio, 1935.

\_\_\_\_\_. (relator) Segunda Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936.

REZENDE, Astolpho. Parte Geral : título III, art. 22 a 24. **Revista de Direito Penal**, vol. XXXIII, fasc.II-III, maio a dezembro, 1941, p. 198-200.

Relatorio e contas do anno 1937. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc. III, marco, 1938, p. 309.

Resolutions votees par le congres de Palerme (Sicile, 1933). **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc. I-II, out-nov, 1935, p.146).

RIBEIRO, Jorge Americano. Modalidades da pena de morte. *Revista de Direito Penal*. Vol.XVII, Fasc.1, Ano V, abril, 1937, p. 15-26.

RIBEIRO, Leonídio. Ordem dos Médicos. **Revista de Direito Penal**. Vol. 1, Fasc.I, abril 1933, p. 59-64.

\_\_\_\_\_. O instituto de identificação do Rio de Janeiro. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933, p. 337-341.

\_\_\_\_\_. A identidade do ‘desmemoriado de collegno’ e o valor da prova datiloscópica. **Revista de Direito Penal**, Vol. V, abril-junho, 1934, p. 182- 193.

\_\_\_\_\_. Homossexualismo e Endocrinologia. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, fasc. III, junho, 1935, p. 135-151.

\_\_\_\_\_. O papel da medicina na prevenção do crime. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I, abril, 1936, p. 55-61.

\_\_\_\_\_. Relatório apresentado à UNESCO, sobre o ensino da Criminologia no Brasil. In: RIBEIRO, Leonídio. **Criminologia**. 2 vol. Rio de Janeiro: Ed. Sul Americana, 1957.

ROCCO, Arturo. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. **Rivista di diritto e procedura penale**, vol. I, 1910.

\_\_\_\_\_. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal**. 2 ed. Trad. Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá : Temis, 1982.

ROMEIRO NETO, João. Donde se vê que “os miseráveis” de Victor Hugo, não constituem uma hipótese fantástica. **Revista de Direito Penal**. Vol. II, Fasc. 2, agosto de 1933, p. 275-285.

ROMERO, Sylvio. **O Brasil Social e outros Estudos Sociológicos**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

SALES, José Luiz. Tentativa em crimes de dolo indeterminado. *Revista de Direito Penal*. Vol. VII, out-dez, 1934, p. 3-4.

SALGADO, César. Novos rumos da criminologia. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.2. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933.

SAMPAIO, João Borges. Novo Aspecto da Colaboração do Educador na Obra de Regeneração do Sentenciado. **Revista de Direito Penal**. Vol. IX, Fasc. III, junho, 1935, p. 159-168.

Seção de jurisprudência. **Revista de Direito Penal**, Vol. VII, out-dez, 1934, 172-177

Secção Universitária. **Revista de Direito Penal**, vol.X, fasc. I – II, julho-agosto, 1935, p. 69-70 ;

Secção Universitária. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc.I-II, out-nov, 1935, p.85-96.

Segunda Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936, p.48)

Sessão de 25 de maio de 1935. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, fasc. III, junho, 1935.

Sessão de 27 de abril de 1935. **Revista de Direito Penal**, vol.IX, abril-maio, 1935.

Sessão da Sociedade Brasileira de Criminologia de 27 de abril de 1935. **Revista de Direito Penal**, vol. IX, abril-maio, 1935, p.53-57.

Sétima Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936.

SEVERIANO, Jorge. Arbítrio legal, arbítrio do juiz. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933, p. 312-314.

\_\_\_\_\_. Edade e Responsabilidade Penal. **Revista de Direito Penal**. Vol. III, Fasc. 1, outubro de 1933, p. 51-56.

\_\_\_\_\_. O direito penal na nova constituição. **Revista de Direito Penal**. Vol.XI, Fasc. III, dezembro, 1935, p. 163-180.

Sexta Sessão. **Revista de Direito Penal**, vol. XIII, fasc. I-III, out-dez, 1936.

SILVA, Evandro Lins e. O "sursis" e o crime político. **Revista de Direito Penal**, vol. XXIII, fasc, I-III, out-dez, 1938, p. 17-24.

\_\_\_\_\_. Chronica do Jury. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, jan.1935, p. 117-120.

SILVA, Gastão Pereira da. Liberdade individual, de Freud a Krishnamurti. **Revista de Direito Penal**. Vol. X, Fasc.III, setembro, 1935, p. 155-158.

SIQUEIRA, José Prudente. A imputabilidade e a responsabilidade criminais. **Revista de Direito Penal**, vol. XXI, fasc. II-III, maio-junho, 1938, p.169-218.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal**: parte geral, vol. I e II, Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1924.

\_\_\_\_\_. Código Penal Comentado. **Revista de Direito Penal**, vol. XXXIII, fasc.I, 1941.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de S. Paulo. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933, 212-213.

Sociedade Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, vol. XVI, fasc.I-II, jan-fev., 1937.

SOLER, Sebastian. El elemento político de la formula del estado peligroso. **Revista de Direito Penal**. Vol. III, Fasc.3, dezembro de 1933, p. 513-523.

TORNAGUI, Alberto. Conceito da libidinagem criminosa. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, Fasc. II, maio de 1933, p. 409-410.

\_\_\_\_\_. Defloramento. Seus requisitos de criminalidade. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, junho de 1933, p. 608-611.

\_\_\_\_\_. Crime de morte. Temibilidade do delinqüente. **Revista de Direito Penal**. Vol. III, Fasc. 2, novembro de 1933, p. 400-402.

TORRES, Antonio Eugenio Magarinos. O Jury e seu rigor contra os passionaes ou o amor no banco dos reos. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1, abril 1933a.

\_\_\_\_\_. Introdução. **Revista de Direito Penal**. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933b.

\_\_\_\_\_. O Jury no interior do Brasil. **Revista de Direito Penal**. Vol.2, fasc.I, julho, 1933c.

\_\_\_\_\_. Relatorio e Contas do Segundo Semestre de 1934. **Revista de Direito Penal**, Vol. VIII, fev-março, 1935a.

\_\_\_\_\_. A condennação á morte de Violette Nozière. Intervenção de Henry Bordeaux. **Revista de Direito Penal**, vol. VIII, fev-março, 1935b.

\_\_\_\_\_. Relatório do 1. Semestre de 1935. **Revista de Direito Penal**, Vol. X, fasc.III, set.1935c.

\_\_\_\_\_. Nota prévia da Redacção. **Revista de Direito Penal**, vol. XI, fasc.I-II, out-nov, 1935d.

\_\_\_\_\_. Manutenção do Jury. Critica ao Jury tecnico e ao profissionalismo no julgar. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. I-II, jan-fev,1936a.

\_\_\_\_\_. O conceito da Contravenção de vadiagem e a Colonia Correccional de Dois Rios. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. III, março, 1936b.

\_\_\_\_\_. Relatorio do 2. Semestre de 1935 da Sociedade Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. III, março, 1936c.

\_\_\_\_\_. **A Colônia Correccional de Dois Rios. Revista de Direito Penal. Vol. XIII, Fasc. II, Ano IV, maio, 1936d, p. 225-240.**

\_\_\_\_\_. Discurso Inaugural da Sessão de Instalação da Primeira Conferencia Brasileira de Criminologia. **Revista de Direito Penal. Ano IV, Vol. XV, Fasc. I a III, out-dez, 1936e.**

\_\_\_\_\_. Penitenciaria Modelo? **Revista de Direito Penal. Vol. XX, fasc. II, Anno V, fevereiro, 1938, p. 181-188.**

\_\_\_\_\_. A nova lei do Jury. **Revista de Direito Penal**, vol. XX, fasc.II, fev. 1938.

TORRES, Magarinos e BITTENCOURT, C.A. Lucio. Chronica Forense do Districto Federal. **Revista de Direito Penal**, vol. XII, fasc. III, março, 1936.

Um apelo. **Revista de Direito Penal. Vol.1, fasc.1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, abril 1933.**

VALADÃO, Haroldo. Circunstancia agravante e elemento constitutivo do crime. **Revista de Direito Penal**. Vol. I, Fasc. III, julho de 1933, p. 111-118.

VEIGA, João Pimenta da. Leon Rabinowicz e o crime passionnal. **Revista de Direito Penal**, vol. XVI, fasc. I-II, jan-fev, 1937.

## A

ALVAREZ, Marcos Cesar. A Criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. **Dados**, vol. 5, Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **Bacharéis, criminologistas e juristas no Brasil: saber jurídico e nova escola penal no Brasil**. São Paulo: Método, 2003.

\_\_\_\_\_. **A formação da modernidade penal no Brasil: bacharéis, juristas e criminologistas**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airtton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

ALVAREZ, Marcos César ; SALLA, Fernando ; SOUZA, Luís Antônio F. A Sociedade e a Lei : o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. **Justiça e História**, Porto Alegre, v.3, n.6, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da Reação Social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 14, 1996.

\_\_\_\_\_. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. Capítulo Criminológico. **Revista das disciplinas del control social**, v. 37, 2009.

\_\_\_\_\_. **Em busca da latinidade criminológica:** da recepção da Criminologia Crítica em América Latina à construção da(s) Criminologia(s) Crítica(s) latinoamericana e brasileira(s). Inédito.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de ; DAL RI Júnior, Arno ; SONTAG, R. . **A construção da Dogmática Penal entre o final do século XIX e o início do século XX.** In: DAL RI Júnior, Arno; SONTAG, Ricardo. (Org.). **História do Direito Penal entre medievo e modernidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. , p. 379-411.

ANITUA. Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos.** Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Guiringuelli e AZEVEDO, Tupinambé Pinto de. **Política Criminal e Legislação Penal no Brasil:** histórico e tendências contemporâneas. In: WUNDERLICH, Alexandre (coord). **Política Criminal Contemporânea.** Criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

## B

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Dogmática Penal:** pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: MIR PUIG, Santiago et al. **Política criminal y reforma del derecho penal.** Bogotá: Temis, 1982.

\_\_\_\_\_. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. *Poder y Control*, Barcelona, n. 0, 1986.

\_\_\_\_\_. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. **Estúdios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, n XI, p.15-68, 1989. Separata.

\_\_\_\_\_. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.** Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARBOSA, Mario Davi, PRANDO, Camila Cardoso de Mello.  
**Homens de *sciencia* e a desigualdade como desafio:** a apropriação da criminologia em Tobias Barreto. Inédito.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos:** violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

\_\_\_\_\_. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

\_\_\_\_\_. **Os sistemas penais brasileiros.** In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Verso e Reverso do Controle Penal.** (Des) Aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Vol. 01. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

\_\_\_\_\_. Pena Pública e escravismo, **Arquivos do Ministério da Justiça,** Ano 51, nº 190, Brasília: Imprensa Nacional, jul/dez.2006.

BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, E. Raúl et alii. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade no Rio de Janeiro:** dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRETAS, Marcos Luiz. **O que os olhos não vêem: história das prisões do Rio de Janeiro.** In: MAIA, Clarissa e Nunes et al (org.). **História das Prisões no Brasil,** volume 2. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

BENEDUCE, Pasquale. **Il corpo eloquente:** identificazione del giurista nell'Italia liberale. Bologna: Il Mulino, 1996.

BERGALLI, Roberto. La ideologia del control social tradicional. **Doctrina Penal.** Teoria y Practica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, n.2/12, p. 805-818, (19..);

CANCELLI, Elizabeth. **O mundo da violência**. Brasília: UnB, 1994.

\_\_\_\_\_. **Repressão e Controle Prisional no Brasil: Prisões Comparadas**. In : **História: Questões e Debates**. Curitiba: Ed. UFPR, 2005, p. 141-156.

CANDIDO, Antonio. A Sociologia no Brasil. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**. v 18, n. 1. São Paulo: Editora da USP, 2006.

CARONE, Edgard. **A segunda república**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973.

\_\_\_\_\_. **A república nova**. São Paulo: Difel, 1974.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Cia das Letras, 1987.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **Uma reflexão sobre a civilização brasileira** (Prefácio). In: VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

CARVALHO, Thiago Fabres, PRANDO, Camila Cardoso de Mello. O sistema penal e as versões do pluralismo jurídico no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, vol. 35, 2009.

CASTRO, Lola Anyiar de. **Criminologia de la liberacion**. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1987.

CAULFIELD, Sueann. **Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)**. Campinas: Editora da Unicamp, 2000.

CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril: cortiços e epidemias no corte imperial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CHARTIER, Roger. **História intelectual e história das mentalidades: uma dupla reavaliação**. In: CHARTIER, Roger. **A história cultural**. Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro e Lisboa: Bertrand Brasil e Difel, 1988.

\_\_\_\_\_. **Do livro à leitura.** In: CHARTIER, Roger (org.). **Práticas de Leitura.** São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 77-105.

CHAZKEL, Amy. **Uma perigosíssima lição: a casa de detenção do Rio de Janeiro na Primeira República.** In: MAIA, Clarissa e Nunes et al (org.). **História das Prisões no Brasil**, volume 2. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

COHEN, Stanley. **Visiones del Control Social.** Delitos, Castigos y Classificaciones. Trad. Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988.

CORRÊA, Mariza. **As ilusões da liberdade:** a Escola Nina Rodrigues e a Antropologia no Brasil. 2ª ed. Bragança Paulista: Editora Universidade São Francisco, 2001.

CUNHA, Olívia Maria Gomes da. Os domínios da experiência, da ciência e da lei : os Manuais da Polícia Civil do Distrito Federal, 1930-1942. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol.12, n.22, 1998.

\_\_\_\_\_. **Intenção e gesto:** pessoa, cor e produção cotidiana da (in)diferença no Rio de Janeiro (1927-1942). Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2002.

CYPRESTE, Artur Dalla. **Crime e Trabalho no Brasil:** o controle das drogas entre a Primeira República e Código Penal de 1940. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, UENF, 2010

## D

DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos:** a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DARMON, Pierre. **Médicos e Assassinos na “Belle Époque”:** a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DECCA, Edgar de. **1930. O silêncio dos vencidos.** Memória, história e revolução. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Celebres.** 3ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia e Racismo**: Introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. Dissertação de mestrado em Direito. PPGD/UFSC, Florianópolis, 1998.

## F

FARIS, Thais Dumet. **A festa das cadernetas**: o conselho penitenciário da Bahia e as teorias criminológicas brasileiras no início do século XX. Dissertação de Direito submetida à Universidade de Brasília, março de 2007.

FAUSTO, Boris. **A revolução de 1930**. Historiografia e História. São Paulo: Brasiliense, 1970.

\_\_\_\_\_. **Crime e cotidiano**. A criminalidade em São Paulo. 1880-1924. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: teoria del diritto e della democrazia. *Vol. I*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FERLA, Luis Antonio Coelho. **Feios, sujos e malvados sob medida**: do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-19465). Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Econômica da Universidade de São Paulo, 2005.

FERREIRA, Marieta de Moraes e PINTO, Suram a Conde Sá. **A crise dos anos 1920 e a Revolução de 1930**. In: FERREIRA, Jorge e DELGADO, Lucília de Almeida Neves. **O Brasil Republicano**: o tempo do liberalismo excludente. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. História da Violência nas Prisões. 23ª ed. Trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini*, 2006, p. 365-371)

\_\_\_\_\_. **Introdução teórica à história do direito.** Curitiba: Juruá, 2009.

## G

GARLAND, David. **Punishment and welfare: a history of penal strategies.** Vermont: Gower, 1985.

\_\_\_\_\_. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GINZBURG, Carlo. **Sinais: raízes de um paradigma indiciário.** In: **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história.** Trad. Federico Carotti. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

GRIZA, Aida. **Polícia, técnica e ciência: o processo de incorporação dos Saberes técnico-científicos na Legitimação do Ofício de Polícia.** Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1999.

GROSSI, Paolo (*a cura di*). **La ‘cultura’ delle riviste giuridiche italiane.** Atti del Primo Incontro di Studio. Firenze, 15-16 aprile 1983. Milano: Giuffrè.

GRYNSZPAN, Mario e PANDOLFI, Dulce Chaves. Da Revolução de 30 ao Golpe de 37: a depuração das elites. *Revista de Sociologia Política.* Dossiê Estado Novo: 60 anos, n.9, 1997

## H

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

## I

IANNI, Octavio. **O Estado e planejamento econômico no Brasil.** 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1986.

**K**

KIRCHHEIMER, Otto e RUSCHE, George. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

KOERNER, Andrei. **O poder Judiciário na constituição da República**. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, USP, 1992.

\_\_\_\_\_. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX, **Lua Nova**, São Paulo, 68, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n.10, 1992.

\_\_\_\_\_. **Futuro Passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Tradução Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

**L**

LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Trad. Marcelino Rodriguez Molinero. Barcelona: Ed. Ariel, 1994.

LENHARO, Alcir. **Sacralização da Política**. 2ª ed. São Paulo: Papyrus, 1986.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under vargas**. New York: The Macmillan Company, 1942.

LUCA, Tania Regina de. História dos, nos e por meio dos periódicos. In: PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *Fontes históricas*. São Paulo: Contexto, 2006. pp. 111-153.

**M**

MENDONÇA, Joseli Maria Nunes. **Evaristo de Moraes, tribuno da República**. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

MICELI, Sérgio. **Intelectuais e classe dirigente no Brasil (1920-1945)**. São Paulo: Difel, 1979.

MIGLIORINO, Francesco. **Il dottor Freud e le riviste** dei colpevoli. Apresentação oral em Seminário. **Una ‘tribuna’ per le scienze criminali**: la cultura delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento. Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici, Jesi, 25-26 febbraio, 2010.

MOTA, Carlos Guilherme. **Para uma visão de conjunto**: a história do Brasil pós-1930 e seus juristas. In: MOTA, Carlos Guilherme et al. **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**. 1930-dias atuais. São Paulo: Saraiva, 2010

## N

NEDER, Gizlene. Absolutismo e Punição, **Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade**, ano 1, n. 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

\_\_\_\_\_. **Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro**: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 2000.

NUNES, Diego. **Os crimes políticos nos escritos de Néelson Hungria** In: DAL RI JR., Arno & NUNES, Diego (orgs.). ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC - **Regimes de legalidade e a construção do Direito Penal moderno**: a questão do crime político. Florianópolis: FUNDAÇÃO Boiteux, 2009.

## O

OLIVEIRA JUNIOR, Alcides de. “**Penas especiais para Homens especiais**”: as teorias biodeterministas na Criminologia Brasileira da década de 1940. Casa de Oswaldo Cruz, História das Ciências, 2005.

OLMO, Rosa del. **América Latina y su Criminología**. 2ed. Mexico: Siglo Veintiuno, 1984.

## P

PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación:** teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemônico. 7 ed. Trad. Ignacio Muñagorri. México: Siglo Veintiuno, 1999.

PETIT, Carlos. Discurso sobre el Discurso. **Oralidad y Escritura en la Cultura Jurídica de la España Liberal.** Huelva: Universidad de Huelva, 2000.

PIACENZA, Paolo. Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del Codice Penale e della legge di pubblica sicurezza. **Política del diritto**, n.3, giugno 1979.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral, vol1. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Jefferson de Almeida. **Idéias Jurídico-Penais e cultura religiosa em Minas Gerais na passagem à modernidade (1890-1955).** Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, 2011.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **Sistema penal subterrâneo:** o controle sócio-penal do trabalho escravo rural contemporâneo na Amazônia. Dissertação de mestrado em Direito. PPGD/UFSC, Florianópolis, 2003.

## R

RAMOS, Henrique César Monteiro Barahona. **A Revista O Direito –** Periodismo Jurídico e Política no final do Império do Brasil. Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, Departamento de História, 2009.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RIBEIRO, Carlos Antonio Costa. **Cor e criminalidade:** estudo e análise da justiça no Rio de Janeiro (1900-1930). Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1995.

## S

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo: 1822-1940**. São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999.

SALLA, Fernando e MARINHO, Maria Gabriela S. M. C. **Medicina legal e perícias médicas em processos criminais. Constituição de saberes e aplicação de procedimentos médico-legais. Campo, personagens e práticas periciais**: São Paulo e Bragança. Anais do XIX Encontro Regional de História: Poder, Violência e Exclusão. ANPUH/SP – USP. São Paulo, 08 a 12 de setembro de 2008. Cd-Rom.

SANT'ANNA, Marilene Antunes. **Trabalho e conflitos na casa de correção do Rio de Janeiro**. In: MAIA, Clarissa e Nunes et al (org.). **História das Prisões no Brasil**, volume 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

SBRICCOLI, Mario. Il diritto penale liberale la 'Rivista Penale' di Luigi Lucchini, 1874-1900. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico**. Riviste giuridiche italiane (1865-1945). Vol, 16, 1987, p.105-183.

\_\_\_\_\_. **La penalistica civile**. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita. In: COSTA, Pietro (et alii). **Stato e Cultura Giuridica in Itália Dall'Unità allá Republica**. Roma-Bari: Laterza e Figli, 1990.

\_\_\_\_\_. **Caratteri Originari e Tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)**. In: SBRICCOLI, Mario **Storia del diritto penale e della giustizia**. Tomo I. Milano : Giuffrè, 2009.

\_\_\_\_\_. **Codificazione civile e penale**. In: SBRICCOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**: scritti editi e inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2009.

\_\_\_\_\_. **Política e giustizia in Francesco Carrara**. In: SBRICCOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**: scritti editi e inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè, 2009.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Cia das Letras, 1993.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. O direito penal e a criminologia em Nelson Hungria e Roberto Lyra. **Discursos Sediciosos**, n.2, 2. Semestre, 1996, p. 260.

SILVA, Evandro Lins e. **O salão dos passos perdidos: depoimento ao CPDOC. Entrevistas e notas: Marly Silva da Motta, Verena Alberti; Edição de texto Dora Rocha**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1997.

SILVEIRA, Mariana de Moraes . Entre doutores e bacharéis : a medicina legal no Brasil dos anos 1930. In: **Encontro Nacional de Pesquisadores em História das Ciências**, 2010, Belo Horizonte. **Anais do I Encontro Nacional de Pesquisadores em História das Ciências / ENAPEHC**, 2010.

\_\_\_\_\_. As Revistas Jurídicas como objetos e como fontes da história do direito: algumas considerações teórico-metodológicas. In: **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**. São Paulo, 2011. (no prelo)

\_\_\_\_\_. "Um processo de difusão e desenvolvimento cultural excelente": A revista *Direito* e os periódicos jurídicos no Brasil da passagem dos anos 1930 aos anos 1940. In: **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**. São Paulo, 2011. (no prelo)

SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, UFSC, Florianópolis, 2009.

SOZZO, Maximo. **Roberto Bergalli y la tarea de hacer una historia crítica de la criminología en America Latina**. In: Beiras, Iñaki Rivera

(coord). **Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli**. Barcelona: Anthropos, 2006, p. 394-400.

## T

TORTIMA, Pedro. A conferencia judiciária-policia de 1917 no Rio de Janeiro, DF: uma radical virada conservadora no Estado Brasileiro.

**Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade**, n.2, 2 semestre, 1996, p. 241-258

\_\_\_\_\_. **Crime e castigo para alem do Equador**. Belo Horizonte: Inédita, 2002.

## V

VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

\_\_\_\_\_. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

\_\_\_\_\_. **A institucionalização das Ciências Sociais e a reforma social: do pensamento social à agenda americana de pesquisa**. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A revolução passiva: iberismo e americanismo no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. A nova política social no Brasil: uma prática acima de qualquer suspeita teórica? Praia Vermelha. Política Social e Serviço Social, v.18, ESS/UFRJ, 2008.

## W

WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada**. Crítica política da burocracia e da natureza dos partidos. Trad. Karin Bakke de Araújo. Petrópolis: Vozes, 1993.

WEHLING, Arno, **O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)**, In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 388-392

WIEACKER, Franz. **Historia do direito privado moderno**. 2 ed. Trad. A. M. Botelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antonio Carlos. A magistratura brasileira no século XIX. **Seqüência**, v. 18, n. 35, 1997.

## Z

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Criminologia**. Aproximación desde una margen. Vol.01. Bogotá: Themis, 1988.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.