

DE UMA REPÚBLICA A OUTRA: NOTAS SOBRE OS CÓDIGOS PENAIS DE 1890 E DE 1940

FROM A REPUBLIC TO ANOTHER: NOTES ABOUT THE CRIMINAL CODES OF 1890 AND 1940

MARIANA MORAES SILVEIRA

Resumo: A história do Direito Penal no Brasil é marcada por uma tradição autoritária. Analisamos dois momentos emblemáticos em que essa tradição se expressou: a Primeira República e o Estado Novo. Procuramos explicitar, a partir de seus processos de elaboração e dos debates intelectuais que suscitaram, os papéis desempenhados pelos Códigos de 1890 e 1940 em cada um desses regimes. Discutimos, em seguida, as semelhanças e diferenças entre esses dois processos históricos, buscando compreender porque, embora tenha tido um processo de elaboração mais longo e conturbado, o Código Penal de 1940 foi recebido de maneira mais positiva que a legislação que o antecedeu.

Palavras-chave: História do Direito, Direito Penal, Códigos Penais Brasileiros

Abstract: There is an authoritarian tradition in the history of Penal Law in Brazil. We analyze two emblematic moments in which this tradition was expressed: the First Republic and the Estado Novo. We seek to explain, through their writing processes and the ensuing intellectual debates, the roles played by the codes of 1890 and 1940 in each of these regimes. We also discuss the similarities and differences between these two historical processes, seeking to understand why, in spite of having been written through a longer and more troubled process, the 1940 Penal Code was received more positively than the legislation that preceded it.

Keywords: History of Law, Penal Law, Brazilian Penal Codes

1 Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da UFMG.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. 1890 E A PRIMEIRA REPÚBLICA. 2. 1940 E O ESTADO NOVO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Ao longo da História brasileira, pode-se observar uma tendência autoritária no âmbito do Direito em geral, e do Direito Penal, em particular. Isso se verifica seja no plano legal, seja no plano institucional, como há muito o demonstram nossa polícia e nossas prisões. Tal autoritarismo se expressa com especial clareza ao serem comparadas as trajetórias das vertentes criminal e civil do ordenamento jurídico².

Quase um século separa o início efetivo da implantação de leis verdadeiramente brasileiras para o Direito Penal (1830) e o Direito Civil (1916)³. Muito ilustrativo, nesse sentido, é o comentário tecido por Oscar de Macedo Soares em 1910, quando já se discutia uma possível substituição para o Código Penal de 1890. Após citar o senador Castro Pinto, que havia defendido a necessidade de aguardar “a solução de uns certos problemas de ordem preliminar, para uma completa, segura e adequada legislação”, Macedo Soares sai em defesa das leis nacionais face às influências estrangeiras:

Mas, se formos esperar a última palavra em matéria da legislação dos povos mais adiantados, ou das idéias e teorias conseqüentes do progresso das ciências e das últimas conquistas da civilização, a fim de que a nossa codificação civil e penal seja o transumpto dessas civilizações, tão cedo não teremos os nossos Códigos promulgados.

É melhor que continuem a nos reger as brumações do Reino, esperando que um dia possamos atingir esse momento histórico, em que estaremos adiante das mais avançadas nações civilizadas.⁴

2 De uma certa forma, a lentidão na escrita do Código Civil é também uma expressão de autoritarismo, na medida em que atesta contra a efetividade do Direito na relação entre os cidadãos ao perpetuar a incerteza da lei. Esse aspecto será, entretanto, negligenciado. O objetivo é, nesta breve introdução, ressaltar como o Direito Penal foi uma preocupação imediata em dois contextos, embora de diferentes formas, autoritários: a Primeira República e o Estado Novo.

3 Não nos esqueçamos da Consolidação de Teixeira de Freitas, mas, para os efeitos da análise aqui proposta, é preciso ressaltar que a elaboração de um código, que era o objetivo inicial dessa reforma, não se concluiu. Ver: COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais*. Medicina, Advocacia e Engenharia no Rio de Janeiro (1822-1930). Rio de Janeiro: Record, 1999, pp. 180-181.

4 SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado

Mais à frente, lamenta: “Quando teremos votado o novo Código Penal nas duas casas do Congresso? O Código Civil... esse aguarda a última palavra da legislação dos povos cultos”⁵.

Voltando o olhar para o Direito Penal, podemos dizer que as origens mais remotas da forte “violência de Estado” que se desenvolveu com especial magnitude nos primeiros anos da República e durante o Estado Novo são as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que apresentavam invariavelmente penas rigorosas. O Código Criminal do Império, de 1830, desenvolveu-se a partir da perspectiva de substituir esse aparato legal e institucional herdado de Portugal. Alvarez, Salla e Souza ressaltam que,

no entanto, a organização jurídico-política que foi sendo constituída, nas primeiras décadas do período imperial, ainda mesclava idéias que estavam em debate na Europa e nos Estados Unidos com aspectos da herança colonial. No campo penal, as concepções sobre os crimes e as formas de punição são bastante reveladoras dessa tensão que se mantém ao longo do Império.⁶

Os mesmos autores explicitam de maneira ainda mais clara a ausência de uma ruptura efetiva com as Ordenações:

Uma das novidades, sem dúvida, foi o Código Criminal de 1830 que, ao adotar a pena de prisão com trabalho, introduzia uma nova concepção em termos de punição. Mas nem por isso o Código deixou de contemplar formas já consideradas arcaicas de punição, como a pena de morte, as galés, a prisão perpétua. A estrutura escravista suportava igualmente a conservação dos castigos corporais aos escravos.⁷

Apesar dessas incongruências, é interessante notar que, na conturbada recepção que teve o primeiro Código Penal republicano, alguns de seus detratores chegaram a afirmar abertamente a superioridade da lei monárquica.

Analisaremos neste trabalho dois momentos em que se expressou forte e claramente essa “tradição autoritária” acina esboçada. Em pri-

Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. VIII.

5 *Ibidem*, p. IX

6 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. p. 2.

7 *Ibidem*, p. 2.

meiro lugar, o Código Penal de 1890, elaborado às pressas logo após o advento da República. Em seguida, o Código Penal de 1940, fruto de um longo processo de escrita que se estendeu por boa parte dos anos 30. Ao fim, faremos um esforço de comparação entre ambas as leis.

I. 1890 E A PRIMEIRA REPÚBLICA

“Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo”, diria Francisco Campos, então Ministro da Justiça, ao assinar a exposição de motivos do Código de 1940, referindo-se ao de 1890. Acrescenta o jurista mineiro:

A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e as falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis.⁸

Os dizeres de Campos dão uma boa idéia do teor das controvérsias em torno do Código Penal de 1890.

Trata-se de um exemplo emblemático da tendência autoritária que delineamos: antes mesmo que uma Constituição estabelecesse a nova organização jurídico-política e garantisse direitos fundamentais, vinha à tona uma lei repressiva – e uma pesada lei repressiva. Tal fato não se repete em toda a história brasileira. Ainda que o momento dramático, de uma República ainda instável, em que insurreições as mais diversas eram possibilidades latentes, justifique em parte a edição tão apressada de uma lei cujo objetivo explícito é o controle social, isso não elimina o caráter autoritário do Código. Ironicamente, muitos dos seus críticos defenderam posições ainda mais restritivas aos direitos dos cidadãos, apregoando a necessidade de se adotar a orientação da Escola Positiva, a partir de apropriações da obra de homens como Lombroso e Lacassagne⁹.

8 BRASIL. Leis, decretos, etc. *Código Penal*. Rio de Janeiro: 1940.

9 Ver, a respeito, o trabalho de Pierre Darmon, sobre as “aventuras e desventuras” da antropologia criminal na Europa do século XIX, e o de Luis Antonio Coelho Ferla, em que são discutidas as repercussões dessas idéias no Brasil.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. A medicalização do crime. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991; FERLA, Luis Antonio Coelho. *Feios, sujos e malvados sob medida*. Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945). São Paulo: Departamento de História da FFLCH - USP, 2006 (Tese de Doutorado).

Segundo Alvarez, Salla e Souza,

Com o Código Penal de 1890, as elites republicanas buscaram viabilizar novas percepções acerca da ordem social bem como criar mecanismos de administração dessa ordem. O paradoxo deste Código, no entanto, consiste no fato de que desde muito cedo ele foi alvo de duras críticas por parte de setores das elites republicanas, que já assimilavam os novos discursos criminológicos e referentes às práticas penais que emergiam em outros contextos sociais e políticos.¹⁰

Esses autores fazem, em seguida, um alerta fundamental, que auxiliará na organização de nossa análise:

Mas, apesar destas duras críticas, o Código não sofrerá alteração ao longo de toda a Primeira República. Qualquer análise da legislação penal do período, conseqüentemente, deve dar conta desta recepção paradoxal do Código por parte das elites republicanas.¹¹

Todas essas discussões devem ser estudadas à luz da forma como o Código Penal de 1890 foi elaborado. “Mandado executar” – para utilizar a expressão de Galdino Siqueira¹² – pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 (quando a República brasileira não havia completado sequer um ano de existência), o Código foi requisitado pelo então ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles ao conselheiro João Baptista Pereira. Pode-se perceber, aí, uma das inúmeras linhas de continuidade entre o Império e a Primeira República: Baptista Pereira, além de carregar o cobijado título de “conselheiro”, já havia sido o relator de uma comissão que revisou o ante-projeto apresentado por João Vieira de Araújo em 1889, cujos trabalhos foram interrompidos pelo advento da República. Baptista Pereira aceitou a tarefa, segundo suas próprias palavras, “de modo incondicional e sem compromissos recíprocos”, afirmando apenas a urgência do pedido que lhe fora feito¹³.

10 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. p. 3.

11 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. p. 3.

12 SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2 v.

13 *Apud SIQUEIRA, op. cit., v.1, p. 11.*

Antecedeu à edição do Código o Decreto nº 774 de 20 de setembro de 1890, que aboliu a pena de galés, estabeleceu o limite máximo de 30 anos para as penas, determinou que a prisão preventiva deveria ser computada na execução e estabeleceu a prescrição das penas. O trabalho final de Baptista Pereira seria entregue após pouco mais de três meses, sendo submetido a uma comissão presidida por Campos Salles, assistida pelo próprio autor do projeto e contando com o Desembargador José Julio de Albuquerque Barros (Barão de Sobral), Francisco de Paula Belfort Duarte e Luiz Antônio dos Santos Werneck. Poucas alterações foram feitas, e o Código foi decretado em 11 de setembro do mesmo ano. A essa relativa ausência de discussões durante a elaboração, seguiu-se uma profusão de críticas. Os juristas foram quase unânimes em afirmar a imperfeição da obra, acentuada pelas muitas modificações e pelas diversas leis extravagantes que foram editadas no anos seguintes. Analisaremos algumas dessas críticas, encontradas em obras de juristas da época.

João Vieira de Araujo elaborou, em 1901, uma espécie de objeção “implícita”, porém contundente. Seu *Código Penal Interpretado* se propunha a ser um comentário de um dos vários projetos que buscaram revogar o Código de 1890, como que a presumir que sua existência estava fadada ao fim. Em uma espécie de prefácio intitulado “O Código atual e o futuro código”, defende a relevância de sua obra, mesmo soando incerto quando à aprovação do “futuro código”:

O plano do presente livro visando o estado do nosso direito criminal atual constituirá um comentário antecipado do futuro código nesta parte, se porventura, o Senado converter em lei o referido projeto.

Não cremos, porém, que isto tão cedo aconteça, preterindo-se outras exigências da tarefa legislativa, inclusive a do Código Civil que é obra muito mais urgente.¹⁴

Oscar Macedo de Soares também atesta a vontade geral de reformar o Código de 1890, oferecendo sua obra como um possível instrumento para o fazer. ”Repositório de vários desses trabalhos, esta edição poderá servir de contribuição, embora modesta, para a reforma do Código Penal, cujo projeto aguarda a decisão do Congresso Nacional”¹⁵, afirma ele em sua nota ao leitor, datada de fevereiro de 1907.

14 ARAUJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. v.1, p. IV.

15 SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004., p. XII.

Um tom de decepção está implícito no comentário de Galdino Siqueira, um dos doutrinadores mais críticos e autor de um projeto datado de 1913 que sequer chegou a ser objeto de apreciação legislativa. De início, afirma, referindo-se ao Código Penal de 1890: “Inspirado ainda na intuição clássica, não satisfaz completamente as aspirações e necessidades do país, sendo objeto, por isso, de intensa crítica”¹⁶. Em seguida, exprime suas expectativas frustradas: após fazer menção a diversas contribuições históricas e teóricas, conclui: “era de esperar que o codificador, já distinguido pelo último governo do Império com igual incumbência, nos dotasse com um código que correspondesse à nossa civilização, às tradições do nosso direito”¹⁷. Diz também que foram feitas adaptações de leis estrangeiras, “com desvios para pior das fontes procuradas”¹⁸. Critica, a seguir, o método e a distribuição das figuras delituosas.

Merece destaque a eloquência com que afirma ser geral a sua crítica:

Neste sentido se têm pronunciado geralmente os nossos juristas, e isso mesmo têm reconhecido todos quantos labutam no foro, a cada passo encontrando tropeços na aplicação da lei, daí tirando partido os criminosos, em detrimento completo dos interesses sociais.¹⁹

Em sentido semelhante, discursa Dr. Esmeraldino Bandeira, em parecer datado de 1911, quando ocupava o ministério da Justiça:

Distanciado de muitos anos do atual momento, o código que ainda vigora no Brasil carece urgentemente de ser substituído, por lacunoso na precisão de diversas figuras do polimorfismo criminal; errado, muitas vezes, na doutrina jurídico-científica; baldio de sistema e de unidade teórica; deficiente em alguns casos, e, em outros, excessivo nas medidas consagradas de repressão e correção.²⁰

Ainda na década de 1930, o Código dos primeiros dias da República suscitava debates. No *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil commen-*

16 SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003., v. 1, p. 11.

17 SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 1, pp. 11-12.

18 *Ibidem*, v. 1, p. 12.

19 *Ibidem*, v. 1, p. 12.

20 *Apud* SIQUEIRA, *op. cit.*, v. 1, p. 12.

tado, tido por muitos como uma das maiores obras da literatura jurídica brasileira, Antônio José da Costa e Silva, após elogiar o Código de 1830 (“era reconhecidamente um dos mais notáveis de seu tempo e constituía um padrão de glória que atestava a cultura jurídica dos legisladores da infância da monarquia”²¹), afirma que as “mais severas críticas” dirigidas ao de 1890 são “não raro exageradas e destituídas de razão”²². Conclui: “A prática incumbiu-se de pôr em evidência os seus não poucos e reais defeitos”²³. Resta indagar como, apesar de todos esses ataques, o Código Penal de 1890 conseguiu se manter e, mais, funcionar como um instrumento a favor da República que se afirmava.

A República que se inaugurou em 15 de novembro de 1889 privilegiou, com a Espada forte de seus primeiros anos, a ordem em detrimento do progresso – ou, ao menos, na idéia de progresso não se incluiu de pronto uma verdadeira noção de cidadania²⁴. Segundo Lená Medeiros de Menezes, “os descompassos existentes entre a Carta Magna, de inspiração liberal, e o Código Penal, profundamente autoritário, possibilitaram que o Estado de Sítio” passasse de uma exceção constitucional “a ser aplicado como regra a facilitar a repressão”²⁵.

Alvarez, Salla e Souza chamam a atenção para alguns movimentos contraditórios que se observaram nesse contexto, com a concessão de alguns direitos aliada à repressão:

Sem dúvida, com a abolição da escravidão e com o advento da República, foram lançadas as bases para o exercício, mesmo que limitado, da cidadania. No âmbito da legislação penal, foram suprimidas as penas que atingiam diretamente os escravos e foi instaurada a universalidade da lei penal. No entanto, como instrumento de controle do crime, a nova legislação será considerada ineficaz pelos médicos, bacharéis e juristas envolvidos com as questões criminais.²⁶

21 SILVA, Antônio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004, v. 1, p. 1.

22 *Ibidem*, v. 1, p. II.

23 *Ibidem*, v. 1, p. II.

24 A esse respeito, ver: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

25 MENEZES, Lená Medeiros de. *Os indesejáveis: desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital Federal (1890-1930)*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1996. p. 199.

26 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, p. 3.

Esses críticos ferozes, dotados, em sua maioria, de concepções chamadas genericamente de “positivistas”, que “seriam instrumentalizadas no Brasil por [...] elites interessadas em implantar e justificar mecanismos de repressão e do controle ao crime e de cerceamento dos indivíduos à participação política”²⁷, acabaram contribuindo para a instauração de uma ordem efetivamente repressiva.

Citando os estudos de Kaluzynski sobre a França, Marcos César Alvarez mostra como o discurso da Criminologia e a noção de crime são, a um só tempo, científicos e políticos. “Ao ser incorporada no debate local a partir do final do século XIX, a Criminologia no Brasil sofrerá alguma refração, mas terminará por desempenhar papel bastante similar”, afirma ele²⁸. Assim, a Criminologia acaba por se constituir, ao longo desses anos, como um instrumento de uma “República que não foi”, do tempo do “liberalismo excludente”, para utilizar dois significativos títulos-síntese²⁹.

2. 1940 E O ESTADO NOVO

Apesar dos inúmeros golpes de que foi vítima, a legislação penal de 1890 sobreviveu por toda a Primeira República. Todas essas críticas culminariam, entretanto, na intensificação da tendência à sua reforma observada nos últimos anos do regime a que serviu. Virgílio de Sá Pereira elaborou, em 1927, um novo projeto. Esse texto não foi objeto de votação nas casas do Congresso nos anos que se seguiram, e permaneceu esquecido até que se formassem, sob a égide do Governo Provisório, comissões de legislação. Composta pelo próprio Sá Pereira, por Evaristo de Moraes e por Bulhões Pedreira, a comissão encarregada do Direito Penal promoveu uma revisão do trabalho do primeiro, tampouco apreciada de imediato pelo Congresso. O texto somente seria aprovado pela Câmara dos Deputados em 1935, já durante a vigência da Constituição de 1934, prosseguindo para o Senado em 1937.

O golpe do Estado Novo interrompeu os debates a respeito desse projeto, mas, como ordem autoritária que era, o novo regime preocu-

27 *Ibidem*, p. 3.

28 ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história da criminologia no Brasil. In: KOERNER, Andrei (org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006., pp. 140-141

29 CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987; FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.). *O Brasil Republicano: O tempo do liberalismo excludente - da Proclamação da República à Revolução de 1930*. Livro 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

pou-se logo em se dotar de uma nova lei penal. Pouco menos de um mês depois de outorgada a Constituição de 10 de novembro, Francisco Campos, que assumira a pasta da Justiça e se consolidava como um dos ideólogos varguistas, delegou a Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo - já contatado com os mesmos fins por Vicente Rao, antecessor de Campos na pasta da Justiça, em 1934³⁰ -, a tarefa de redigir um novo projeto de codificação³¹. É interessante notar que, embora encarregado de substituir o Código Penal de 1890, Machado afirma ser injusta a convicção que se generalizou de se tratar do “pior de todos os códigos conhecidos”, atribuindo aos excessos de seus críticos muitas das controvérsias a esse respeito: “não é de admirar que surgisse imediatamente a tendência de reformá-lo”³².

Em maio de 1938, Alcântara Machado entregava a Francisco Campos o primeiro fruto de “alguns meses de trabalho exaustivo”³³: um anteprojeto de parte geral. Sua epígrafe, longa citação de comentário do italiano Adolfo Zerboglio ao Código Rocco, demonstra o caráter autoritário dos debates: afirma-se a necessidade do recrudescimento do Direito Penal para a defesa do Estado contra as “forças de dissolução que são bastante difusas e profundas no mundo moderno”³⁴. Ao explicar por que elaborou obra nova, e não apenas promoveu a revisão do projeto Sá Pereira, Moraes e Pedreira, o paulista aparece como um firme defensor da ordem recentemente estabelecida:

Redigiu-o [o projeto anterior] a Comissão Legislativa (e não podia deixar de fazê-lo) acordemente com as condições políticas e sociais do tempo. Umas e outras se modificaram profundamente de então para hoje. *Os movimentos subversivos de 1935 patentearam a gravidade e a extensão dos perigos a que nos expunha a deficiência do nosso aparelhamento repressivo.* A Constituição de 10

30 Cf. ofício reproduzido em MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II - março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. 12.

31 Cf. carta reproduzida em MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II - março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. 13.

32 MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II - março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. 11.

33 *Ibidem*, p. 21.

34 Tradução nossa. Citado em italiano: “forze dissolvitrici che sono assai diffuse e profonde nel mondo moderno”. *Apud* MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 10.

de novembro deu nova estrutura ao Estado e novo sentido à política nacional, tornando imperiosa a mudança das diretrizes penais. *Reforçar a defesa coletiva contra a criminalidade comum e resguardar as instituições contra a criminalidade política, são imperativos a que não pode fugir o legislador em países organizados da maneira por que atualmente se encontra o nosso*³⁵.

É muito significativa a menção à dita “Intentona Comunista”, apresentada como justificativa para a adoção das mais variadas medidas repressivas. Face ao “perigo vermelho”, o estabelecimento de uma ordem autoritária aparece como uma solução necessária e mesmo desejável.

Estava aberto um longo e conturbado debate: mesmo sem a necessidade da aquiescência do Congresso, o Código Penal somente seria concluído mais de dois anos após o pedido de Campos a Alcântara Machado – algo surpreendente, sobretudo se contraposto aos três meses despendidos por João Baptista Pereira em 1890. Esse fato deve ser compreendido a partir da forma como operou o “Poder Legislativo” durante o Estado Novo. A começar pela Constituição de 1937, a escrita da lei se deu, por um lado, com a exclusão dos debates públicos, cuja expressão mais notável foi o fechamento do Congresso, e, por outro, com a busca da manutenção de uma aparência de legalidade e legitimidade. O segundo aspecto obrigava os governantes a realizar concessões que, não raro, atenuavam os efeitos do primeiro. Além disso, deve-se ressaltar que a escrita desse código se inseriu em um processo mais amplo de reforma legislativa, em que surgiram, entre outros, a muito estudada Consolidação das Leis do Trabalho (1943), um Código de Processo Penal (1941), um Código de Processo Civil (1939) – mas não, muito significativamente, um Código Civil³⁶.

As tensões entre Alcântara Machado e Francisco Campos não tardariam a emergir, apesar do tom cerimonioso com que se tratavam publicamente e em suas correspondências. Elas explicam, em boa medida, a demora na conclusão dos trabalhos. Após o recebimento da versão completa do projeto, em novembro de 1938, Campos convocou uma comissão revisora, atitude reprovada pelo autor original. “Efetuavam-se as reuniões a portas e janelas cerradas, como se o trabalho tendesse não à repressão, mas à prática de crimes”³⁷, afirmaria ele mais tarde. Emanava desse comentá-

35 *Ibidem*, p. 13. Grifos nossos.

36 O projeto encomendado por Francisco Campos a Orozimbo Nonato, Hahneman Guimarães e Filadelfo Azevedo em 1939, embora tenha merecido de revistas jurídicas como a *Forense* uma atenção maior que a dada ao projeto Alcântara Machado, não chegou a se transformar em lei.

37 MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e*

rio irônico um dos principais pontos de disputa entre o ministro da Justiça e aquele que encarregara de elaborar um novo código.

Alcântara Machado demonstra, desde os momentos iniciais, a intenção de conferir aos debates um caráter público. Quando o anteprojeto ainda contava apenas com a parte geral, sua divulgação foi feita por iniciativa do autor. A versão completa foi publicada no final de 1938 pela Editora Revista dos Tribunais, na época uma das mais modernas do país. As esperanças de que se formasse um verdadeiro foro de debates foram, entretanto, frustradas. Em *O projeto do Código Criminal perante a crítica*, artigo publicado no número de janeiro a abril de 1939 da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e posteriormente em separata³⁸, Alcântara Machado denuncia as poucas reações que o anteprojeto suscitara: “Tudo, porém, demonstra que a parcimônia das críticas *dignas desse nome* não é índice de perfeição da obra, e sim testemunho de desinteresse”³⁹. Respondendo às críticas que o projeto sofreu, o paulista considera uma parcela ínfima procedente, o que nos leva a questionar até que ponto a sua abertura ao debate público era real ou meramente retórica.

Quando contraposta à atitude de Francisco Campos, contudo, a disposição de Machado a discutir publicamente a sua obra se mostra mais consistente. Alcântara Machado é explícito quanto aos fins de controle social da nova legislação, remete-se expressamente ao levante de 1935 para justificar as medidas tomadas e, em geral, apresenta propostas autoritárias, como a colocação dos crimes contra o Estado anteriormente aos contra a pessoa. O ministro da Justiça e sua comissão, por sua vez, atenuam muitas das medidas abertamente repressivas e evitam menções ao contexto político, porém trabalham em segredo, recolhem o debate para um círculo fechado de grandes juristas.

É sob esse registro que compreendemos a redação de um novo projeto por Alcântara Machado. Após o fim dos trabalhos da comissão revisora, uma cópia foi entregue ao autor original, que comentaria mais

jurisprudência. v. VIII, ano II - março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. 24.

38 Há vários indícios de que esse texto teve uma circulação considerável, além do simples fato de ter sido publicado na revista e como obra autônoma. A título meramente exemplificativo, mencionaremos que a Bibliothèque Cujas, uma das mais importantes bibliotecas jurídicas da França, ligada à hoje dividida Faculdade de Direito de Paris, conserva um exemplar da separata, obtido a partir de permuta com a Universidade de São Paulo.

39 MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 3. Grifos nossos.

tarde: “O que me foi presente, com o rótulo ‘Código Penal do Brasil’, era na realidade um decalque do ‘Código Criminal Brasileiro’, projetado por mim”⁴⁰. O paulista reagiu com uma análise virulenta do projeto da comissão, em que condena a forma como a revisão foi feita, as alterações realizadas na linguagem e mesmo sua adequação ao regime⁴¹, além de acusar o texto de cometer “desumanidades” e operar “mutilações a granel”. Campos cedeu a essa pressão, e, em abril seguinte, era publicada por iniciativa de Alcântara Machado a *Nova redação do Projeto de Código Criminal do Brasil*. A exposição de motivos, reduzida a duas páginas, expressa o descontentamento do autor, obrigado ele também a ceder em muitos pontos. Alcântara Machado a encerra com os dizeres: “Dando por terminada a temerosa empresa, cuja responsabilidade assumi, sem atenção à minha pouquidade”⁴².

A “comissão secreta” voltaria a se reunir e, em dezembro de 1940, era decretado o novo Código Penal. “Cumpre-me deixar aqui consignado o nosso louvor a obra do eminente patricio, cujo valioso subsídio ao atual projeto nem eu, nem os ilustres membros da Comissão revisora deixamos de reconhecer”⁴³, afirmou Francisco Campos na exposição de motivos. Podemos supor que essa referência a Alcântara Machado visou muito mais a silenciar tensões que a efetivamente reconhecer seu papel na escrita do Código. O professor paulista, insatisfeito, ainda lançaria um último lamento, em artigo publicado postumamente na revista *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência* que constituiria o primeiro capítulo de um livro de comentários ao Código que deixou inacabado⁴⁴:

40 MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II - março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. 22.

41 Defendendo a colocação dos crimes contra o Estado anteriormente aos contra a pessoa, organização refutada pela comissão, Alcântara Machado afirma: “O substitutivo denuncia, em mais de um passo, desconformidade flagrante com o espírito do atual regime político. [...] Obediente às tradições do nosso direito codificado, o projeto classifica os delitos, de acordo com a hierarquia dos bens sacrificados ou postos em perigo. Ocupa-se primeiro dos crimes contra a nação; e depois, sucessivamente, dos que se referem à coletividade social, à família, ao indivíduo. [...] Outro não pode ser [o critério] da reforma em andamento, quando o princípio fundamental do regime vigente é a subordinação dos interesses individuais aos interesses coletivos”. MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II - março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. 33. Grifos nossos.

42 MACHADO, Alcântara; CAMPOS, Francisco (Org.). *Nova redação do projeto de Código Criminal do Brasil; organizado por incumbência do prof. dr. Francisco Campos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

43 BRASIL. Leis, decretos, etc. *Código Penal*. Rio de Janeiro: 1940.

44 Esse texto também foi publicado em separata.

Seja como for, o código aí está. É, na substância e na forma, o projeto de minha autoria, amputado de vários dispositivos, transtornado parcialmente na ordenação de certos assuntos, modificado puerilmente na redação de muitos preceitos; mas, apesar dessas e outras manobras artificiosas, irrecusável e positivamente reconhecível. Tanto quanto é reconhecível no código civil o trabalho insigne de Clovis Bevilacqua.⁴⁵

Faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a influência da Escola Positiva. Se, como discutimos na primeira parte deste trabalho, foi o fundamento para muitas das críticas dirigidas ao Código Penal de 1890, ela desempenhou papel importante no processo de elaboração da lei de 1940. Consideramos, contudo, que esse papel é menos central que o sugerem as visões consolidadas a seu respeito. É preciso ter em mente que a mobilização de autores como Ferri, Garofalo, Lombroso, Lacasagne ou Tarde pelos intelectuais brasileiros dos anos 1930 não implica necessariamente uma adesão ao programa positivista da maneira como ele foi formulado na Europa a partir da segunda metade do século XIX⁴⁶. A apropriação dessas idéias foi certamente seletiva e marcada por desvios, reformulações e novas perspectivas face à(s) matriz(es), como o demonstra o sucesso tardio que as teses biodeterministas tiveram no Brasil, em um momento em que já se encontravam em certo descrédito no cenário internacional⁴⁷.

As medidas de segurança, descritas por muitos como a grande inovação da legislação de 1940, são reivindicações históricas da Escola Positiva. Alcântara Machado refuta a visão positivista da unidade entre penas e medidas de segurança, considerada por ele incompatível com a tradição constitucional brasileira⁴⁸. Essa recusa do positivismo, porém, pode ser vista como um artifício teórico, uma forma de acomodação que garantiu sua aplicação, se não completa, ao menos parcial. Face às resistências sociais à adoção da pena indeterminada, a clivagem entre penas e medidas de segurança aparece como uma espécie de solução de compromisso, permi-

45 MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II - março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. 41.

46 A respeito, ver: KALIFA, Dominique. «Dangerosité et «défense sociale» au début du XXe siècle. In: *Crime et culture au XIXe siècle*. Paris: Perrin, 2005, pp. 257-268.

47 Cf. FERLA, Luis Antonio Coelho. *Feios, sujos e malvados sob medida*. Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945). São Paulo: Departamento de História da FFLCH - USP, 2006 (Tese de Doutorado), p. 44.

48 Cf. MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 24.

tindo que ao menos os inimputáveis e os criminosos por tendência fossem encarcerados indefinidamente.

Por outro lado, é fundamental ressaltar que a atuação das comissões revisoras convocadas por Francisco Campos tendeu mais para a atenuação da presença do positivismo que para o seu reconhecimento, como se observa nas mudanças feitas na classificação dos criminosos. Nesse sentido, é muito significativo que delas não tenham participado médicos legistas e que Nelson Hungria, “principal articulador e veiculador do discurso”⁴⁹ dos opositores das teses positivistas, tenha sido um de seus membros mais atuantes. No texto final do Código, se há uma inegável apropriação da Escola Positiva, ela é mais que nunca seletiva. Observa-se, outra vez, o desejo de manter uma aparência de legitimidade, ocultando as medidas mais abertamente autoritárias.

CONCLUSÃO

A contraposição entre as breves notas a respeito desses dois momentos emblemáticos da tradição autoritária do Direito Penal brasileiro nos leva a concluir que, embora por vias diversas, ambas as legislações analisadas chegaram a resultados semelhantes. Seus fins de controle social foram certamente atendidos, e este é o principal ponto de contato entre 1890 e 1940, embora uma correta avaliação deste aspecto dependa de um estudo dessas leis em ação, de como o debate intelectual aqui evocado se traduziu em práticas no foro, em decisões judiciais, em condenações.

É preciso atentar, contudo, para os traços que as distinguem. Em primeiro lugar, a discrepância em seus processos de elaboração. Embora nem um Código nem o outro tenha sido submetido ao processo legislativo regular, a escrita do Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 foi significativamente mais lenta e conturbada que a do Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Acreditamos que isso se deve à consolidação de uma certa idéia de República – ainda que, no caso, esta seja discutivelmente a mais autoritária das Repúblicas sob as quais o Brasil já viveu – ao longo do meio século que separa as duas codificações. No Estado Novo, os intelectuais, notadamente os juristas, mas também os jornalistas, constituíram-se como uma espécie de “foro paralelo” de debates. O governo não

49 FERLA, Luis Antonio Coelho. *Feios, sujos e malvados sob medida*. Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945). São Paulo: Departamento de História da FFLCH - USP, 2006 (Tese de Doutorado), p. 336.

pôde, assim, impor uma lei escrita unilateralmente, foi obrigado a ceder em mais de um ponto. Na instabilidade da fundação da República, ainda com muitas linhas de continuidade com o Império, isso não foi possível, ou foi mesmo impedido pelo duro militarismo daquela que ficou conhecida como a República da Espada.

O debate somente viria emergir durante a vigência do Código, com especial virulência, o que levou à edição de uma multitude de leis extravagantes e à formação de uma visão comum de que se tratava do pior dos códigos já escritos. O Código Penal de 1940, por sua vez, foi recebido com entusiasmo, e muitos foram os que se apressaram a elaborar comentários a seu respeito. O tom era, em geral, elogioso, e a maior expressão de seu sucesso talvez seja a sua longevidade. Nem mesmo o outro regime autoritário do Brasil republicano, a Ditadura Militar, conseguiu o substituir⁵⁰. Somente às vésperas da redemocratização, em 1984, esse Código deixou de vigorar em sua parcela mais dura, a parte geral. Não se pode esquecer, porém, que, ainda hoje, pesa parcialmente sob nós a espada de Dâmocles forjada durante o Estado Novo.

REFERÊNCIAS

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.

ARAUJO, João Vieira de. *O Código Penal interpretado*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. v.1.

BRASIL. Leis, decretos, etc. *Código Penal*. Rio de Janeiro: 1940.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: Medicina, Advocacia e Engenharia no Rio de Janeiro (1822-1930)*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque. A medicalização do crime*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.

50 Referimo-nos ao Código Penal aprovado em 1969 a partir de um projeto de Nelson Hungria, revogado após sucessivas prorrogações de seu período de *vactio legis*.

FERLA, Luis Antonio Coelho. *Feios, sujos e malvados sob medida*. Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945). São Paulo: Departamento de História da FFLCH – USP, 2006 (Tese de Doutorado).

FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.). *O Brasil Republicano: O tempo do liberalismo excludente – da Proclamação da República à Revolução de 1930*. Livro 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

KALIFA, Dominique. «Dangerosité et «défense sociale» au début du XXe siècle. In: *Crime et culture au XIXe siècle*. Paris: Perrin, 2005, pp. 257-268.

KOERNER, Andrei (org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

MACHADO, Alcântara; CAMPOS, Francisco (Org.). *Nova redação do projeto de Código Criminal do Brasil; organizado por incumbência do prof. dr. Francisco Campos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

MACHADO, Alcântara. Para a história da reforma penal brasileira. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II – março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos.

MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939.

MENEZES, Lená Medeiros de. *Os indesejáveis: desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital Federal (1890-1930)*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1996.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. 2 v.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

