

Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – *Em busca do código perdido: uma trajetória tortuosa*; 1.1 – *O Direito Penal nos primeiros anos do governo Vargas: do Código de 1890 ao Projeto Alcântara Machado*; 1.2 – *Do Projeto Alcântara Machado ao Código Penal de 1940: breve história de um debate*; 2. *As idéias em jogo, o jogo das idéias*; 2.1 – *A “Escola Positiva” no Brasil dos anos 1930*; 2.2 – *O Código Rocco: modelo, influência, inspiração?*; 4 – *Conclusão*; *Referências*

RESUMO: *A elaboração de um novo Código Penal constituiu uma das primeiras preocupações governamentais após o estabelecimento do Estado Novo. Mesmo com o Congresso fechado desde 1937, o texto final somente seria promulgado em 1940. Pretendemos analisar a história desse conturbado processo, desde as críticas ao Código de 1890 até a versão acabada da lei que o substituiu. Será dada ênfase ao projeto elaborado pelo professor da Faculdade de Direito de São Paulo Alcântara Machado em 1938, sobretudo às tensões que se desenvolveram entre ele e Francisco Campos, então Ministro da Justiça. Discutiremos, também, as idéias que animaram o debate subsequente, a partir de uma perspectiva crítica sobre duas visões simplificadoras a respeito do Código: a de que representou o triunfo da Escola Positiva de Criminologia no Brasil e a de que era uma cópia do Código Rocco italiano (1930).*

PALAVRAS-CHAVE: *História do Direito, Direito Penal, Códigos Penais, Escola Positiva de Criminologia*

ABSTRACT: *The writing of a new penal code was amongst the first governmental concerns after the establishment of the dictatorship of Estado Novo. Even though the Congress had been shut down since 1937,*

the final text would only come to light in 1940. We analyze the history of this troubled process, from the criticism of the 1890 code to the completed version of the law that replaced it. Emphasis is given to the project written in 1938 by Alcântara Machado, teacher at the São Paulo Faculty of Law, and especially to the tensions that arose between Machado and Francisco Campos, then Minister of Justice. We also discuss the ideas involved in the ensuing debate, from a critical perspective towards two simplifying visions of the code: that it represented the triumph of the Positive School of Criminology in Brazil and that it was a “reproduction” of the Italian Rocco Code (1930).

KEYWORDS: *History of Law, Penal Law, Penal Codes, Positive School of Criminology*

1. Introdução

“Uma ciência rigorosa do direito se distingue daquilo a que se chama comumente ‘a ciência jurídica’ por tomar esta última como objeto”, propõe Pierre Bourdieu¹. No Brasil, o diálogo entre o direito e as outras ciências sociais foi sempre difícil, como ressalta Sérgio Adorno², ao afirmar que aquele era, ao menos até a década de 1970, um objeto pouco contemplado pelos estudos destas. A história não é uma exceção: embora nos últimos anos tenham aumentado consideravelmente a quantidade e a qualidade dos estudos acerca do universo jurídico, a distância entre as duas disciplinas permanece significativa³.

1 Tradução nossa. No original: “Une science rigoureuse du droit se distingue de ce que l’on appelle d’ordinaire la ‘science juridique’ en ce qu’elle prend cette dernière pour objet”. BOURDIEU, Pierre. La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la recherche en sciences sociales*. Année 1986, volume 64, pp. 3-19. Tradução para o português: BOURDIEU, Pierre. A força do direito: Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In : *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. pp. 209-254.

2 ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. O bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988., em especial pp. 20-22.

3 Sobre a distância e o desinteresse mútuo entre historiadores e juristas, ver THOMAS, Yan. Présentation. *Annales. Histoire, sciences sociales*. 57e année – n° 6 – Novembre-Dé-

Propomos, aqui, uma leitura do Código Penal de 1940 mais próxima do *modus operandi* dos historiadores que dos juristas. A atenção se concentra não em um cotejamento de dispositivos dessa lei, mas na análise de seu processo de elaboração. Buscamos, assim, expor as tensões políticas que permearam a sua feitura, com ênfase em suas duas figuras centrais: Francisco Campos, Ministro da Justiça entre 1937 e 1942, e Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo que elaborou em 1938 o Projeto do Código Criminal Brasileiro.

Inicialmente, analisaremos a trajetória do Direito Penal nesse período, em dois momentos: dos primeiros anos do governo Vargas, quando ainda vigorava o criticado Código de 1890, até o projeto de Alcântara Machado, e deste até a versão final decretada em 1940. Parafraseando E. P. Thompson, que, ao iniciar seu estudo da Lei Negra inglesa, indaga “Por que escrevê-la em sangue foi tão fácil para os legisladores de 1723?”⁴, buscaremos discutir por que, mesmo sem necessidade de aquiescência do Congresso, escrever “a ferro” o Código Penal foi tão difícil para os legisladores do Estado Novo.

Em seguida, desenvolveremos uma argumentação mais analítica, sob a perspectiva da história das idéias. Discutiremos duas simplificações bastante arraigadas e, de certa forma, intrinsecamente relacionadas a respeito do Código⁵: a de que significou o triunfo da Escola Positiva de criminologia no Brasil e a de que se trata de uma cópia do Código Rocco italiano de 1930.

cembre 2002. pp. 1425-1428.

4 THOMPSON, E. P. *Senhores e Caçadores*. A origem da lei negra. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1987. p. 25.

5 Uma confirmação disso pode ser encontrada em qualquer incursão pelos manuais de Direito Penal hoje editados.

2. Em busca do código perdido: uma trajetória tortuosa

2.1 A lei penal nos primeiros anos do governo Vargas: do Código de 1890 ao Projeto Alcântara Machado

“Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo”⁶. São os dizeres com que Francisco Campos, então Ministro da Justiça, inicia em 1940 a exposição de motivos daquela que viria a substituir a legislação de 1890. As críticas à obra dos primeiros dias da República eram constantes e, não raro, inflamadas. Um bom exemplo pode ser encontrado no comentário de Galdino Siqueira, autor de respeitados manuais de Direito Penal e Processual Penal e, em 1913, de um projeto de Código Penal. Ao falar da atividade no foro durante sua vigência, afirma serem encontrados “a cada passo [...] tropeços na aplicação da lei”, de que tirariam “partido os criminosos, em detrimento completo dos interesses sociais”⁷. Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, sustenta, entretanto, ser injusta a convicção que se generalizou de se tratar do “pior de todos os códigos conhecidos”. Questionando essa idéia consolidada, que associa aos exageros dos críticos, conclui, em um provável diálogo com o texto de Campos, que “não é de admirar que surgisse imediatamente a tendência de reformá-lo”⁸.

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

7 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. 12.

8 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.

Apesar dos ataques de que foi vítima e dos sucessivos projetos apresentados para o substituir, o Código Penal de 1890 sobreviveu por meio século, desempenhando papel fundamental na Primeira República⁹. Às vésperas da Revolução de 1930, a tendência à sua reforma se intensificou. 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 parlamentares a esse respeito.

O Direito Penal não escapou, porém, às atenções da nova ordem que se estabelecia - ao contrário, constituiu-se como uma de suas primeiras preocupações. 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 do Estado Novo, delegou a Alcântara Machado a tarefa de redigir um novo projeto de codificação¹⁰. Trata-se, à primeira vista, de uma escolha estranha: Alcântara Machado fora, em 1932, “um dos dirigentes intelectuais da Revolução Constitucionalista”¹¹, movimento em que os paulistas expressaram seu descontentamento com o in-

9 Para uma análise desse papel, bem como da recepção do Código pelos juristas da época, ver: 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.

10 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.

11 PROFESSOR Alcântara Machado. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II – março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. p. VII.

definitamente prolongado governo provisório de Getúlio Vargas. Como poderia, meia década depois, Machado trabalhar a favor do regime que rompeu com a ordem constitucional por que lutara com “fervor cívico”¹² - e que, mais, ajudara ativamente a construir, como líder de bancada na Constituinte de 1933?

Os primeiros contatos do catedrático paulista de Medicina Legal com o governo Vargas e, mais especificamente, com Francisco Campos datam de antes de sua participação no movimento de 1932. Em 1931, quando Campos ocupava o recém-criado Ministério da Educação e Saúde Pública, Alcântara Machado foi convocado para colaborar com a reforma do ensino superior, ao longo da qual foi nomeado diretor da casa em que lecionava. Vicente Rao, antecessor de Campos na pasta da Justiça, já lhe havia proposto a tarefa de elaborar um novo Código Penal em 1934¹³. Enquanto ainda pendia o juízo do Congresso sobre o projeto Sá Pereira, Morais e Pedreira, um novo texto era encomendado à atividade solitária de um jurista, o que expressa uma tendência, acentuada ao longo do governo Vargas, ao recolhimento dos debates a um círculo cada vez mais restrito de intelectuais. Machado não atendeu, entretanto, a esse chamado, considerando necessário aguardar a deliberação do Congresso, de que participou como presidente da Comissão de Constituição e Justiça do Senado¹⁴.

Um outro elemento a considerar é o prestígio de que Alcântara Machado gozava. Membro de uma tradicional família paulista, foi admitido como professor substituto em 1895 na Faculdade de Di-

12 PROFESSOR Dr. José de Alcântara Machado d'Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito*. v. XXXIII, fasc. I e II - janeiro-agosto 1941. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 13.

13 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.

14 Cf. 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. pp. 12-13; MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 11.

reito de São Paulo, onde construiu uma sólida carreira, ascendendo a catedrático em 1925. A partir de 1911, ocupou diversos cargos legislativos, tendo participado da elaboração do Código de Processo de São Paulo e de sua lei sobre os manicômios judiciários. De 1921 a 1937, foi presidente da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, que ajudara a fundar. Entre 1939 e 1940, foi nomeado seu Presidente de Honra e, pouco após sua morte, homenageado com a criação do Prêmio Alcântara Machado de Direito Penal, em 1942¹⁵. Era membro das Academias Paulista e Brasileira de Letras e autor de diversas obras jurídicas, além de *Brasílio Machado: o Grande Advogado*, uma biografia de seu pai, e de *Vida e Morte do Bandeirante*, uma leitura do passado colonial de seu estado de origem a partir de inventários. Publicada originalmente em 1929, esta obra surpreende pela crítica que traz à historiografia tradicional¹⁶, antecipando em muitos pontos a renovação operada pela *École des Annales* francesa, que no mesmo ano dava seus primeiros passos.

A escolha de Alcântara Machado deve ser entendida, finalmente, à luz da maneira como se desenvolveram as relações entre os intelectuais e a política durante o governo Vargas, e, mais especificamente, a partir de 1937. “O Estado Novo em sua complexa trama de ‘tradição’ e ‘modernização’ exerceu um apelo substancial sobre a intelectualidade brasileira”, afirma Lúcia Lippi Oliveira¹⁷, permitindo o

15 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), pp. 85 e 369-375.

16 “Como poderemos atingi-lo [o conhecimento histórico] se concentrarmos toda a atenção em meia dúzia de figuras, esquecendo o esforço permanente dos humildes, a silenciosa colaboração dos anônimos, as idéias e os sentimentos das multidões?”, afirma Machado em seu prefácio. MACHADO, Alcântara. *Vida e morte do bandeirante*. São Paulo: Martins; Brasília: INL, 1972. p. 15.

17 OLIVEIRA, Lúcia Lippi. As raízes da ordem: os intelectuais, a cultura e o Estado. In: *A Revolução de 30: seminário internacional realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea da Fundação Getúlio Vargas*. Brasília, D.F.: Ed. Universidade de Brasília, c1982. p. 508.

encontro de pensadores das mais diversas tendências em seu seio. Sob essa perspectiva, é possível estender para o caso da Justiça as reflexões de Helena Bomeny a respeito do Ministério Capanema, em que identifica a coexistência de dois movimentos dos intelectuais: “de resposta ao chamado do Estado para a construção de políticas nas mais distintas áreas da vida social” e “de adesão/afastamento, de entusiasmo/recusa”¹⁸. Se o primeiro ajuda a compreender por que Alcântara Machado reagiu positiva e prontamente à “insigne demonstração de confiança”¹⁹ nele depositada por Francisco Campos, o segundo prenuncia as tensões que se acentuariam a partir da entrega do projeto ao ministro.

2.2 Do Projeto Alcântara Machado ao Código Penal de 1940: breve história de um debate

Em maio de 1938, Alcântara Machado entregava a Francisco Campos o primeiro fruto de “alguns meses de trabalho exaustivo”²⁰: um anteprojeto de parte geral. A exposição de motivos que o precede é marcada por uma aparente adesão profunda ao projeto estadonovista. A começar pela epígrafe, longa citação de comentário do italiano Adolfo Zerboglio ao Código Rocco, em que se afirma 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”²¹. Ao explicar por que elaborou obra nova, e não apenas

18 BOMENY, Helena. Infidelidades eletivas: intelectuais e política. In: BOMENY, Helena (org.). *Constelação Capanema: Intelectuais e políticas*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas ; Bragança Paulista(SP): Ed Universidade de São Francisco, 2001. p. 26.

19 MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 30.

20 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. 21.

21 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.

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 de novembro deu nova estrutura ao Estado e novo sentido á 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*²².

Resta indagar, pois, sobre as intenções de Alcântara Machado ao aceitar a tarefa que lhe foi delegada - e, aqui, arriscamo-nos exclusivamente no campo das possibilidades. Em primeiro lugar, podemos enxergar nessa atitude um exemplo típico de resposta de um intelectual às demandas do Estado, não desprovida de um desejo de conquista de poder, perdido por São Paulo com o triunfo da Aliança Liberal e, mais particularmente, por Alcântara Machado com a dissolução do Senado. Além disso, embora tenha lutado ao lado dos constitucionalistas, o posicionamento político de Machado está longe de ser “liberal” e é marcado por sua origem elitista. Nesse sentido, 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, assim, não apenas como uma solução preferível, mas necessária e mesmo desejável.

22 MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 13. Grifos nossos.

Por outro lado, pode-se supor que o entusiasmo com que Alcântara Machado se dedicou à redação dos futuros dispositivos de lei provinha mais de motivos científicos que propriamente políticos²³. Embora não consideremos que Machado se filiava completamente aos ensinamentos da Escola Positiva²⁴, as idéias dessa corrente teórica tiveram um peso considerável em sua formação e nas posições acadêmicas que defendeu. Ele certamente compartilhou do “tom permanentemente reivindicativo e reformista”²⁵ que Luis Antonio Coelho Ferla atribui aos adeptos dessa escola, o que se confirma por sua atuação legislativa, notadamente na criação dos manicômios judiciários, e na Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo. Estava de acordo, também, com a opinião corrente de que era necessário substituir “o edifício arruinado”²⁶ do Código Penal de 1890. Alcântara Machado pode, dessa maneira, ter enxergado no convite de Campos uma oportunidade de, independente do regime político ou mesmo apesar dele, fazer com que prevalecessem suas convicções acadêmicas.

De toda forma, as tensões entre Alcântara Machado e Francisco Campos não tardariam a (re)emergir, apesar do tom cerimonioso com que se tratavam publicamente e em suas correspondências. Após o recebimento da versão completa do projeto, em novembro de 1938, Campos convocou uma comissão revisora para dar prosseguimento aos trabalhos. Atitude que despertou a fúria do autor original: “a comissão revisora se transformara manhosamente em comissão organizadora do novo código. Nada se percebia além disso. Efetuavam-se as reuniões a portas e janelas cerradas, como se o trabalho tendesse não à repressão,

23 As duas dimensões são, em muitos aspectos, indissociáveis. A separação aqui feita se presta a fins puramente analíticos.

24 Essa questão será discutida mais detidamente no item 2.1 deste texto.

25 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. 273.

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

mas à prática de crimes”²⁷, afirmaria ele mais tarde. Emana desse comentário 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. Um diálogo se estabeleceu - com interlocutores restritos e elitizados, sem dúvida, mas sem se resumir ao universo peculiar das revistas jurídicas. A imprensa comum acompanhou o processo de escrita do Código, divulgando notas e buscando recolher comentários especializados a seu respeito. 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 separata²⁸, 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”²⁹. O catedrático de medicina legal procede à resposta aos comentários que considerou legítimos, ao longo de que emerge como um implacável e pouco transigente censor a seus censores, refutando as críticas uma a uma com um tom não

27 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. 24.

28 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.

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

raro irônico. Apesar de ter afirmado que reagira às censuras “confessando a procedência de várias dentre elas e defendendo-me das que pareceram menos justas”³⁰, o balanço realizado pelo próprio autor ao fim do texto mostra que foram considerados “aceitáveis” ou “atendíveis” somente 4 dos 54 tópicos de que se ocupou³¹. Esse fato 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. Essa espécie de movimento contraditório não deixa de ser condizente com a 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.

É sob esse registro que compreendemos a redação de um novo pro-

30 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.

31 Cf. MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939, p. 60.

jeto por Alcântara Machado. Após o fim dos trabalhos da comissão revisora, uma cópia foi entregue ao autor original, que comentaria mais 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”³². 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 regime³³, além de acusar o texto de cometer “desumanidades” e operar “mutilações a granel”. Essa análise, endereçada a Francisco Campos em janeiro de 1940, encerra-se com votos de que seja ouvido, “não pela vaidade de autor, mas tão somente pelo desejo de prestar um último serviço à Pátria”³⁴. 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”³⁵.

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. 22.

33 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.

34 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. 38.

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

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 à obra do eminente patricio, cujo valioso subsídio ao atual projeto nem eu, nem os ilustres membros da Comissão revisora deixamos de reconhecer»³⁶, 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 inacabado³⁷:

Seja como for, o código ai 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.³⁸

Em vão: o “projeto bandeirante” perecera definitivamente, substituído pelas mãos hábeis do ministro mineiro por uma obra de que não era visto como mais que “valioso subsídio”. As idéias que o animaram, no entanto, sobreviveram sob diversas formas, motivo por que passaremos a sua análise.

vista dos Tribunais, 1940.

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

37 Esse texto também foi publicado em separata.

38 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.

3. As idéias em jogo, o jogo das idéias

3.1. A Escola Positiva no Brasil dos anos 1930

Uma visão corrente sobre o Código Penal de 1940 é a de que ele representou a incorporação da Escola Positiva ao ordenamento jurídico brasileiro. Elizabeth Cancelli sustenta essa leitura, afirmando que isso teria sido feito na busca de “adequar o cenário às novas matrizes ideológicas” e abrir “espaço maior para a ação da nova polícia”³⁹. A antropologia criminal ocupava, de fato, um espaço considerável no ambiente intelectual brasileiro da época em que se deu a sua gestação. Para citar apenas um exemplo, foi criada em 1921 a Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, composta por médicos legistas e juristas majoritariamente filiados, ainda que em diferentes intensidades, ao positivismo criminológico⁴⁰. Isso demonstra o forte grau de institucionalização que esses intelectuais haviam alcançado, fato que a escolha do presidente da Sociedade para a elaboração da nova codificação da área somente viria a reforçar.

É preciso ter em mente, entretanto, que a mobilização de autores como Ferri, Garofalo, Lombroso, Lacassagne 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 XIX⁴¹. A apropriação dessas idéias foi certamente sele-

39 CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência. A polícia na Era Vargas*. Brasília: Unb, 1993, pp. 78-79.

40 Para uma análise mais detida a esse respeito, ver 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), em especial pp. 96-121.

41 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.

tiva 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 internacional⁴². Outro sinal do ecletismo com que as diferentes vertentes da Escola Positiva foram absorvidas do outro lado do Atlântico pode ser encontrado na justificativa de Alcântara Machado para a classificação dos criminosos que propôs em seu projeto, em que recorre simultaneamente à autoridade dos italianos Lombroso e Ferri e à do francês Tarde⁴³. Embora Tarde tenha sido recebido inicialmente com entusiasmo pelos criminologistas italianos, as diferenças teóricas não demoraram a prevalecer, levando à ruptura entre eles⁴⁴. O uso indistinto desses três autores para fundamentar as diferentes categorias de uma mesma classificação aponta, dessa forma, para um distanciamento em relação às fontes.

Um indício significativo da força que as idéias ligadas, de uma forma ou de outra, à Escola Positiva tinham no contexto aqui discutido pode ser encontrado na Coleção Brasileira. Trata-se de um amplo projeto lançado em 1931 pela Companhia Editora Nacional com o intuito de constituir “a maior e mais completa biblioteca de estudos”⁴⁵ sobre o Brasil. O Direito era uma das áreas do conhecimento contempladas pela coleção, mas, entre 1931 e 1941, período de maior vigor desse empreendi-

42 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.

43 MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 57.

44 Para uma análise da relação de Tarde com seus colegas italianos a partir de sua correspondência, ver BORLANDI, Massimo. Tarde et les criminologues italiens de son temps. *Revue d'Histoire des sciences humaines*. Gabriel Tarde et la criminologie au tournant du siècle. n° 3, 2000/2.

45 BRASILIANA: (pequeno catálogo). São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1941. p. 2.

mento editorial, somente duas obras⁴⁶ compuseram a divisão dedicada às letras jurídicas: *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (1894) e *O alienado no Direito Civil Brasileiro* (1901), ambas de autoria de Raymundo Nina Rodrigues (1862-1906), médico legista maranhense contemporâneo de Lombroso, Lacassagne e Tarde.

A edição de *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, obra em que se defende um tratamento diferenciado para os grupos étnicos a partir das estatísticas criminais, foi acompanhada de um prefácio⁴⁷ de Afrânio Peixoto, também estudioso da Medicina Legal, com quem Alcântara Machado mantinha contatos⁴⁸. A afirmação de que Cesare Lombroso (1835-1909), conhecido como criador da figura do “criminoso nato” e um dos pioneiros da Escola Positiva italiana, reconhecia em Rodrigues o “apóstolo da Antropologia Criminal no Novo-Mundo”⁴⁹ é utilizada para ressaltar sua importância. Esse elogio encerra uma certa ambigüidade: ao mesmo tempo em que apresenta traços nacionalistas⁵⁰, recorre à autoridade estrangei-

46 Em 1937, a coleção ultrapassava a barreira dos 100 títulos e, em 1941, comemorava a publicação de seu volume número 200. Cf. DUTRA, Eliana de Freitas. A nação nos livros: a biblioteca ideal na coleção Brasileira. In: DUTRA, Eliana de Freitas; MOLLIER, Jean-Yves (orgs.). *Política, Nação e Edição: O lugar dos impressos na construção da vida política*. São Paulo: Annablume, 2006, p. 313; e BRASILIANA: (pequeno catálogo). São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1941.

47 Embora não esteja datado, as referências temporais presentes no prefácio levam a concluir que ele foi escrito especialmente para a publicação na Brasileira, ou ao menos em momento próximo a ela.

48 No exemplar de *Nova redação do projeto de Código Criminal do Brasil* conservado pela biblioteca da Academia Brasileira de Letras, encontra-se a seguinte dedicatória de Alcântara Machado: “A Afrânio Peixoto, mestre e amigo”.

49 RODRIGUES, Raymundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957, p. 11. Esta edição reproduz o estudo de Afrânio Peixoto que acompanha a da Brasileira, acrescentando um outro prefácio, de Estácio de Lima.

50 “Nós o achamos surpreendente e original... Pois se aqui sabíamos de todo o mundo, menos de nós!... [...] Nina Rodrigues foi a seu modo um dos nossos descobridores”, afirma Afrânio Peixoto. RODRIGUES, Raymundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957, p. 13.

ra (autoridade esta, no caso de Lombroso, há muito criticada) como fonte de legitimidade. A segunda obra, embora trate do Direito Civil, também nos remete aos debates em torno da Escola Positiva, ao mobilizar o conceito de alienação mental. Difundido nos meios médico-legal e jurídico, o termo é defendido por Alcântara Machado como o único capaz de abarcar “todos os distúrbios de ordem psíquica, transitórios ou permanentes, adquiridos ou congênitos, excludentes da imputabilidade criminal”⁵¹, o que nos remete à associação entre doença mental e ameaça à sociedade que era utilizada como razão para o isolamento do indivíduo por períodos indeterminados.

Essas aproximações com a Escola Positiva deixaram suas marcas no projeto de 1938. A começar pelo título: Código Criminal, e não Código Penal. As duas expressões parecem, à primeira vista, perfeitamente intercambiáveis. A atenção dada a essa escolha demonstra, contudo, tratar-se de uma questão não meramente lexical. Dela se ocupou Alcântara Machado desde a exposição de motivos do anteprojeto, em que se justifica: “Porque, antes de tudo, o Código não se ocupa somente de penas, mas também de medidas de segurança que não têm caráter punitivo”⁵². O epíteto “criminal” é criticado por diversos de seus interlocutores, mas o professor paulista segue em sua defesa, afirmando que por razões de “ordem lógica” a “idéia do crime precede manifestamente a da penalidade”⁵³. Isso se torna ainda mais significativo pelo fato de Francisco Campos ter decidido nomear a versão final de Código Penal, sem fornecer explicações a respeito. A atenção se desloca, assim, do crime e,

51 MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 49.

52 MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 14.

53 MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 5.

em última análise, da figura do criminoso, posta em evidência pelos positivistas, para o poder repressivo do Estado, como que a constituir um lembrete aos cidadãos de que a espada de Dâmocles pairava a todo tempo sobre suas cabeças.

Quanto aos dispositivos do projeto, a influência das teses bio-deterministas pode ser vista na proposta de classificação dos criminosos em de ocasião, por tendência⁵⁴, reincidentes e habituais. Alcântara Machado recusa a divisão, proveniente de uma leitura mais simplista da Escola Positiva, entre criminosos *corrigíveis* e *incorrigíveis*⁵⁵, o que demonstra uma evolução no debate cujo sinal mais notável foi o desuso progressivo do conceito de natureza criminosa em favor do de predisposição a delinquir⁵⁶. O caráter central que essa questão assumiu para o catedrático paulista é confirmado pela maneira como ele reage às mudanças feitas pela comissão revisora. Após afirmar que se trata de algo “indispensável ao tratamento penal”, sustenta que, com a classificação reduzida a primários e reincidentes, “a codificação penal brasileira nascerá atrasada de meio século”⁵⁷.

Um outro aspecto do projeto Alcântara Machado que pode ser associado ao positivismo criminológico é o tratamento dado às

54 O dispositivo dedicado a essa categoria merece ser transcrito na íntegra: “Art. 21 – Haver-se-á como criminoso por tendência aquele que *demonstrar notável perversão moral*, por seu comportamento anterior, concomitante ou subsequente a um crime doloso de perigo comum ou contra a integridade pessoal ou a vida”. Nota-se uma forte ênfase na personalidade do indivíduo, importando não só o crime, mas também (e, talvez, sobretudo) suas atitudes antes e depois dele. In: MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 47.

55 Cf. MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 23.

56 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. 347.

57 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. 35.

medidas de segurança. Amplamente consagradas em seu texto e justificativa central para o nome dado a ele, essas reivindicações históricas da Escola Positiva representam, paradoxalmente, um ponto em que o autor refuta essa orientação. Alcântara Machado adota o dualismo, segundo o qual penas e medidas de segurança possuem naturezas distintas, em preferência ao monismo, sob o argumento de que este seria incompatível com a tradição constitucional brasileira⁵⁸. 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, vista pelos positivistas como *tratamento* e não mais como *castigo* e fundada na *periculosidade* - portanto não extingüível até que esta deixasse de subsistir - e não mais na *culpa*, o reconhecimento da clivagem entre penas e medidas de segurança aparece como uma espécie de solução de compromisso, permitindo que ao menos os inimputáveis e os criminosos por tendência fossem encarcerados indefinidamente.

Não obstante a presença de todos esses traços, considerar que o projeto Alcântara Machado se orientou exclusivamente pela doutrina positivista seria falsear a realidade. Dela se afastou em pontos substanciais, como demonstra a recusa da colocação do conceito de criminoso anteriormente ao de crime, que resultaria de uma aplicação mais extremada dos pressupostos positivistas⁵⁹. O distanciamento com que Alcântara Machado se refere a essa escola ao adotar posicionamento divergente no que tange às medidas de segurança reforça a impossibilidade de se afirmar sua completa filiação teórica a ela⁶⁰. Por outro lado,

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

59 MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 17.

60 MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribu-

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”⁶¹ dos opositores das teses positivistas, tenha sido um de seus membros mais atuantes. O argumento de Cancelli, portanto, não se sustenta: 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.

3.2. O Código Rocco

A segunda simplificação consolidada a respeito do Código Penal de 1940 é mais grosseira e, por isso mesmo, mais simples de discutir: a de que se trata de uma cópia do Código Rocco⁶². Durante os debates acerca do Projeto Alcântara Machado, a influência do Código Penal fascista foi mobilizada tanto por seus partidários quanto por seus detratores. O autor menciona explicitamente a influência em diversos momentos de sua exposição de motivos. Ao iniciar a discussão das medidas de segurança, por exemplo, afirma: “a matéria está admiravelmente definida e organizada pelo legislador italiano, que fez obra superior à dos projetos e textos dos códigos posteriores. [...] Neste, e em outros lances, tomamos por modelo o trabalho

nais, 1938, pp. 22 e 24.

61 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.

62 Uma boa edição desse Código é MANGINI, GABRIELI e COSENTINI (orgs.). *Codice Penale*: Illustrato con i lavori preparatori. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1930.

de Alfredo Rocco”⁶³. Respondendo aos primeiros comentários que seu trabalho suscitara, o mestre paulista afirma ser “naturalíssima a influência exercida em [seu] espírito pela vigente codificação italiana”, que qualifica a seguir como “construção técnica de perfeição tamanha, que constitui modelo impecável”⁶⁴. Em seguida, afirma existirem “laços espirituais” e “afinidades políticas”⁶⁵ entre as duas nações, em que se destacava o fortalecimento do poder do Estado.

Em vários momentos, entretanto, a influência da lei italiana é refutada, sobretudo no que diz respeito à classificação e à ordenação das matérias⁶⁶. Alcântara Machado se afasta desse modelo, por vezes, atendendo às críticas de que o Código Rocco foi objeto, como o fato de se chamar Penal e não Criminal⁶⁷. Sob essa perspectiva, podemos enxergar seu projeto não como uma *cópia* do equivalente italiano, mas como uma tentativa de superá-lo, de realizar uma obra ainda mais perfeita. Além disso, embora Machado cite autores italianos, em regra, no original e com uma frequência maior que outras fontes, eles não são os únicos. Ao contrário, o catedrático de medicina legal se mostra a par das últimas legislações da época e dos comentários que suscitaram⁶⁸. Suas influências foram inegavelmente múltiplas e ecléticas, e não se pode perder de vista que a elaboração de um código envolve invariavelmente um exercício de direito comparado. Em

63 MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 27.

64 MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 11.

65 MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 11.

66 Ver a exposição de motivos em MACHADO, Alcântara. *Projeto do código criminal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, em especial p. 12.

67 Ver MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. pp. 5-6.

68 Essa afirmativa pode ser comprovada pela leitura de qualquer dos textos de Alcântara Machado sobre o assunto, já exaustivamente citados neste trabalho.

suas próprias palavras: “seria simplesmente insensata a preocupação de originalidade absoluta em assunto desta natureza. ‘Je prends mon bien où je le trouve’, há de ser forçosamente o lema de quem empreende [...] uma reforma legislativa”⁶⁹.

Consideramos, portanto, suficiente uma análise minimamente detida das ecléticas influências evocadas tanto por Alcântara Machado quanto por Francisco Campos em suas exposições de motivos para mitigar o peso do Código Rocco sobre a lei brasileira. Embora seja insensato inferir da mera citação de algum texto sua efetiva utilização na escrita do Código, a multiplicidade de referências aponta, ao mínimo, para a presença de diversas direções no debate. Nesse sentido, o combativo bandeirante defendeu seu projeto impecavelmente da acusação de Jorge Severiano de que, quanto às causas de isenção e diminuição da pena, era simples cópia do projeto Rocco. Ironicamente, responde ele:

Não é tanto assim... Cópia significa, se os dicionários não mentem, “escrito feito segundo outro, palavra por palavra; traslado, reprodução textual do que está escrito algures”. Bastaria o fato de um texto ser redigido em italiano e o outro em português, para não se ter o direito de falar de cópia. Haveria, quando muito, tradução ou versão literal. Nem isso existe. [...] Nunca se viu “cópia” que tanto se afastasse do original...⁷⁰

4. Conclusão

Com esse breve panorama esboçado a respeito do Código Penal de 1940, esperamos ter fornecido subsídios para

69 MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. pp. 5-6.

70 MACHADO, Alcântara. *O projeto do código criminal perante a crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 52.

uma leitura mais contextualizada de sua gênese, embora não tenhamos a pretensão de esgotar o tema. Mostramos como esse processo foi conturbado, marcado por conflitos e concessões de parte a parte. Em um esforço de resposta à questão que propusemos no início deste texto – por que escrever o Código foi tão difícil no Estado Novo, mesmo com o Congresso fechado? – arriscamo-nos a dizer que os intelectuais, notadamente os juristas, mas também os jornalistas, constituíram-se como uma espécie de “foro paralelo” de debates. O governo não pôde, assim, impor uma lei escrita unilateralmente, foi obrigado a ceder em mais de um ponto. Acreditamos que a outorga de uma lei terminada não estava nem mesmo entre suas intenções, visto que a manutenção de uma aparência de legalidade permeava as atitudes legislativas do governo Vargas, mesmo quando tomava suas medidas mais duras.

Examinamos, em seguida, as idéias que estiveram em jogo durante esse processo, buscando questionar as simplificações que se consolidaram a respeito da norma penal que, ainda hoje, pesa parcialmente sobre nós. Nem incorporação da Escola Positiva, nem cópia do Código Rocco, embora uma e outro estejam presentes em seu texto final. É como consideramos razoável enxergar esse objeto, se não por outros motivos para, a partir da compreensão de sua especificidade histórica, evitar que sejam cometidos os mesmos erros. O Direito, é sempre fundamental ressaltar, é uma realidade social complexa, que de forma alguma se esgota na letra da lei. Para completar esse estudo, seria necessário, portanto, analisar essa lei em ação, buscar ver como toda essa miríade de idéias invocadas se traduziu em práticas no foro, em decisões judiciais, em condenações. Mas isso são outros trabalhos, são outras histórias.

Referências

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

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.

BOMENY, Helena. *Infidelidades eletivas: intelectuais e política*. In: BOMENY, Helena (org.). *Constelação Capanema: Intelectuais e políticas*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas ; Bragança Paulista(SP): Ed Universidade de São Francisco, 2001. pp. 11-35.

BORLANDI, Massimo. *Tarde et les criminologues italiens de son temps. Revue d'Histoire des sciences humaines. Gabriel Tarde et la criminologie au tournant du siècle*. N° 3, 2000/2.

BOURDIEU, Pierre. *La force du droit: éléments pour une sociologie du champ juridique. Actes de la recherche en sciences sociales. Année 1986, volume 64*, pp. 3-19.

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

BRASILIANA: *(pequeno catálogo)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1941.

CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência. A polícia na Era Vargas*. Brasília: Unb, 1993, pp. 78-79.

DUTRA, Eliana de Freitas. *A nação nos livros: a biblioteca ideal na coleção Brasileira*. In: DUTRA, Eliana de Freitas; MOLLIER, Jean-Yves (orgs.). *Política, Nação e Edição: O lugar dos impressos na construção da vida política*. São Paulo: Annablume, 2006. pp. 299-314.

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).

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

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. pp. 9-42.

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.

MACHADO, Alcântara. *Vida e morte do bandeirante*. São Paulo: Martins; Brasília: INL, 1972.

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.

MANGINI, GABRIELI e COSENTINI (orgs.). *Codice Penale: Illustrato con i lavori preparatori*. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1930.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *As raízes da ordem: os intelectuais, a cultura e o Estado*. In: *A Revolução de 30: seminário internacional*

realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea da Fundação Getúlio Vargas. Brasília, D.F.: Ed. Universidade de Brasília, 1982. pp. 505-526.

PROFESSOR Alcântara Machado. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. v. VIII, ano II – março-abril 1941. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. pp. V-VII.

PROFESSOR Dr. José de Alcântara Machado d'Oliveira. *Revista da Faculdade de Direito*. v. XXXIII, fasc. I e II - janeiro-agosto 1941. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 11-16.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1957.

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.

THOMAS, Yan. Présentation. *Annales. Histoire, sciences sociales*. 57^e année – n° 6 – Novembre-Décembre 2002. pp. 1425-1428.

THOMPSON, E. P. *Senhores e Caçadores. A origem da lei negra*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

