

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

CÓDIGO CRIMINAL DE 1830 X CÓDIGO PENAL DE 1890: UM EMBATE ENTRE LEIS, ESCOLAS E JURISTAS

CRIMINAL CODE 1830 X PENAL CODE 1890: A CLASH BETWEEN LAWS, SCHOOLS, AND JURISTS

RVD

Recebido em

03.05.2024

Aprovado em.

28.06.2024

Rebeca Fernandes Dias¹

RESUMO

Este artigo apresenta um dos aspectos interessantes sobre a absorção do pensamento criminológico no Brasil a partir do final do século XIX: o embate entre dois juristas, João Vieira de Araújo e João Baptista Pereira, cada qual representando na cultura jurídica da época a adesão a uma corrente doutrinária penal – a Escola Clássica e a Escola Positiva (ou Nova Escola) – e por trás disso o embate entre os Códigos de 1830 e 1890. Aludidos enfrentamentos, porém, não apenas mostravam rupturas, mas também continuidades, afinal, no fundo faziam parte de uma mesma e ampla tradição cultural. Trata-se de pesquisa histórico-jurídico, de caráter teórico realizada por meio de análise de conteúdo, inclusive, de fontes primárias, como os códigos e projetos de códigos.

Palavras-chave: Escola Clássica; Nova Escola Positiva; Código Imperial; Código Republicano; Criminologia Positivista

ABSTRACT

This article intends to present one of the interesting aspects about the absorption of criminological thought in Brazil from the end of the XIX century: the conflict between two jurists, João Vieira de Araújo and João Baptista Pereira, each one representing in the legal culture of the time the adherence to a criminal doctrinal current – the Classical School and the Positive School (or New School) – and behind it the clash between two codes, the Criminal Code of the Empire (1830) and the Republican Code (1890). The clash between jurists, schools, and codes, which nevertheless often showed not so much ruptures but also continuities, after all, in the background were part of the same and broad cultural tradition. This is a historical-legal research, theoretical carried out through content analysis (including primary sources such as codes and code projects).

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Sociantropologia do Direito, Teoria do Estado e do Poder e Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Justiça, Democracia e Direitos Humanos”, projeto “A crise e os dilemas jurídicos sobre a vida, o corpo e a morte na sociedade contemporânea”, desenvolvido na PUCPR. E-mail rebecadiaz7@gmail.com ORCID [0000-0003-2725-7562](https://orcid.org/0000-0003-2725-7562)

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Keywords: Classical School; New Positive School; Imperial Code; Republican Code; Positivist Criminology

1. INTRODUÇÃO

As discussões do positivismo criminológico começam a circular no Brasil justamente na transição do regime político, mas ainda de forma muito tímida entre os doutrinadores. Assim, a República produz um código muito mais nos moldes clássicos do que positivistas.

As críticas ao Código Republicano (1890) foram uma das formas que João Vieira de Araújo, um dos criminalistas precursores na divulgação do positivismo criminológico no Brasil, encontrou para disseminar os postulados da Nova Escola Penal. Justamente por isso, este autor muitas vezes defenderá o Código Criminal do Império que, embora tivesse sido elaborado antes da emergência da Antropologia Criminal lombrosiana, segundo ele era “menos clássico” que o Republicano.

Curioso perceber como este autor defende a mera reedição do Código Criminal do Império (após o fim da escravidão), mas, apenas promulgado o Código Republicano, elaborará projetos com a pretensão de substituí-lo substancialmente.

Embora, como bem analisou Ricardo Sontag (2014), seus projetos não tivessem tanto do positivismo criminológico como em suas lições e textos doutrinários, não se pode negar que o autor buscava nestes projetos adequar o código e convencer a cultura jurídica da época de que os postulados do positivismo criminológico eram os mais avançados no que se refere à ciência e ao direito penal.

Já desde antes da mudança de regime político, João Baptista Pereira, relator do Código Republicano, defendia a necessidade de uma reforma total do Código Criminal e não apenas sua adequação em função do fim da escravidão.

Também professor de Direito Criminal da Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, João Baptista Pereira elaborou o código às pressas e,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

dessa forma, mesmo antes da Constituição Republicana, contávamos com uma nova legislação criminal.

Todavia, este código foi alvo de inúmeras críticas e resistências, e estas vinham não apenas dos adeptos da Nova Escola Penal, como João Vieira e Viveiros de Castro, mas também de juristas que rechaçavam a Nova Escola e sua suposta originalidade, como se analisará em um parecer elaborado por juristas de São Paulo.

Ao longo, sobretudo, do início do século XX a criminologia positivista agrega cada vez mais adeptos e pode-se dizer que se tornou um discurso hegemônico entre os juristas criminalistas brasileiros. Embora este não seja o objetivo a ser estudado neste artigo, é importante frisar que a tendência, desde a inicial absorção dos novos postulados, e mesmo a despeito de um código republicano “clássico”, foi a de uma aderência cada vez mais significativa da cultura jurídica criminal à Nova Escola do Direito Penal.

O foco deste artigo é analisar um dos recortes possíveis nesse processo de absorção e gradativa adesão ao positivismo criminológico: o processo de substituição da legislação penal e os debates que a substituição do Código Criminal do Império para o Código Penal Republicano suscitaram, sobretudo entre dois grandes juristas criminalistas da época: João Vieira de Araújo e João Baptista Pereira, o primeiro adepto da Nova Escola e o segundo, tido como defensor da Escola Clássica.

Conquanto, como aponta o historiador do direito penal italiano Mario Sbriccoli (1998, p. 498), a divisão entre escolas funcione mais como argumento retórico, criado por Ferri, justamente para tentar estabelecer o terreno das novas ideias, no Brasil essa dicotomia foi bastante absorvida e usada como instrumento discursivo. A troca de “farpas” entre estes juristas, como se verá da análise de seus pareceres e réplicas, faz-se a partir deste *topoi*, como se nas discussões da nova legislação os juristas estivessem buscando delimitar suas próprias identidades, no meio do “bando ideias novas” que tocavam, agora, diretamente ao âmbito criminal.

Ciente de que o terreno ainda não estava plenamente preparado para a permeabilidade das ideias positivas, em alguns momentos, como pontuados, João Vieira buscava amenizar a discussão sobre determinados aspectos da legislação,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

suavizando a polarização entre as escolas. Ambas servem como instrumento discursivo: a radicalização das escolas e a sua relativização. O que talvez os juristas não perceberam, à época, é justamente que essa relativização – muitas vezes identificada com argumentos que indicam que determinadas propostas não eram apenas defendidas por positivistas, mas já estavam presentes no classicismo – era não apenas possível, mas coerente quando se percebe que as ideias “positivas” e as clássicas faziam ambas parte de uma mesma tradição cultural mais ampla, que emerge com Beccaria e Bentham, cujas continuidades, embora escamoteadas pela terminologia “escolas”, permaneciam e acabavam emergindo, de vez em quando, em disputas discursivas.

Ao ler os juristas brasileiros, embora “comprem” de modo integral a perspectiva das escolas e sua radical oposição, é possível visualizar os pontos de encontro entre elas. Justamente porque, ao absorverem esse discurso de escolas rivais, ao tentar deslegitimar os argumentos de seus “oponentes”, que falavam de “lugares” discursivos diversos, pontuando suas incongruências e contradições, identificaram elementos que eram defendidos tanto por juristas tidos como clássicos, como por juristas tidos como positivistas – ou seja, juristas que a princípio estavam “colocados” em escolas diferentes, mas que no fundo estavam defendendo a mesma ideia, afinal, pertencentes a um mesmo contexto cultural e epistemológico.

2. JOÃO VIEIRA DE ARAÚJO E A INSERÇÃO DO DISCURSO CRIMINOLÓGICO NO BRASIL

João Vieira de Araújo² é um dos primeiros criminalistas a absorver o pensamento criminológico europeu, divulgador de suas ideias em meio acadêmico em suas obras e

² Nasceu em 28 de fevereiro de 1844, em Pernambuco, doutor em direito pela Faculdade de Recife e lente de direito criminal. Ingressou, nessa instituição, como professor substituto em 1877, tornando-se catedrático em 1884. Exerceu magistratura, presidiu a província de Alagoas de 1874-1875, foi eleito deputado federal depois de proclamada a República. Segundo Clóvis Bevilacqua, João Vieira integrava o rol dos juristas célebres da Escola do Recife, pertencendo a ela em sua fase jurídica.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

programas de disciplina e no ambiente político por meio de seus projetos de revisão do Código Republicano.

Escreve em 1884 o “Ensaio de Direito Penal ou repetições escriptas sobre o Código Criminal do Império do Brazil”. Nesta obra, João Vieira demonstra um grande esforço em apresentar os novos parâmetros da ciência criminal formulados a partir da Antropologia Criminal de Lombroso e da Sociologia Criminal de Ferri. Todavia, ainda é prematura sua leitura, pois em muitos momentos é possível perceber contradições no autor que, mesmo declarando-se seguidor da Escola Positiva, ainda resvala nas concepções “clássicas” do direito criminal.

O autor ainda parece flutuar entre as correntes que se cruzavam e disputavam espaço naquele período. Mal começa suas preleções renegando o direito natural, afirmou, em páginas seguintes e quando questionava por quais sinais devemos identificar um ato como delito, que “a humanidade é essencialmente justa”.³

A despeito do evolucionismo spenceriano e do atavismo lombrosiano, quando discorre sobre a vontade criminoso, a expõe nos moldes da liberdade moral, muito longe do determinismo dos positivistas: “Dada uma acção criminosa, o seu lado subjectivo implica o conhecimento da lei, a precysão dos efeitos, a liberdade de escolha e a vontade de pratical-as.” Afirma ainda: “O direito não é infringido senão por seres racionais e livres. Só o homem pode ser causa da infração do direito” (Araújo, 1884, p. 65).

João Vieira de Araújo, nesse ponto, deixa bastante evidente o quanto ainda era prematura sua aderência às novas doutrinas penais. Ainda, há dificuldades em aplicar suas novas ideias sobre o homem e o criminoso no âmbito do direito positivo. Essa dificuldade, segundo Ricardo Sontag (2014), permanecerá no jurista brasileiro que, como veremos, elaborará uma série de projetos de reforma para o Código Republicano na década de 90 do século XIX, os quais ainda eram muito tímidos em termos criminológicos, em que pese a aderência teórica cada vez mais significativa do autor.

³ Sua resposta: “Por todos aquelles signaes reponderemos, pelos quaes a consciência da humanidade, que é essencialmente justa, se mostra ofendida (...)” (Araújo, 1884, p. 28).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Em 1889, em um texto que escreve para a revista “O Direito”, sua postura quanto à responsabilidade moral e ao livre-arbítrio parece já bastante diferente, considerando-os, exatamente nos termos dos seguidores de Lombroso, “uma pura ilusão fantasmagórica que não póde penetrar mais na cidadela do pensamento moderno” (Araújo, 1889a, p. 179).

E, já mais contaminado pela doutrina positiva da responsabilidade, defende que a liberdade moral deveria ser substituída pela “temibilidade do delinquente revelado pelo delicto e pelo habito de delinquir, tão bem defendido por Garofalo na sua Criminologia” (Araújo, 1889a, p. 189). Além de Garofalo, expõe a famosa classificação dos criminosos de Ferri, necessária justamente para adequar a repressão conforme o perigo que representam.

João Vieira encerra seu texto defendendo a superioridade da Nova Escola sobre a velha (clássica) com as palavras de Mancini no parlamento italiano (quando da discussão do novo Código Penal), segundo as quais os novos estudos buscavam compreender o criminoso na vida, no ambiente natural e social em que se determina por lei natural e inevitável, ao contrário das escolas clássicas que o estudavam “como se estivessem sob uma campula de vidro” (Araújo, 1889a, p.184).

Em 1889, ainda, João Vieira escreveu “Codigo Criminal Brasileiro: comentário filosófico-científico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada.” Nesse texto sua adesão à escola se intensifica e suas análises parecem mais maduras e menos ambíguas. Em vários momentos, afirma seguir a Escola Penal Positiva. Sugere, por exemplo, já nas primeiras páginas que, numa futura revisão do Código do Império, a palavra “crime” deveria ser substituída pela de “criminoso”, sempre que possível (Araújo, 1889b, p.03). Indica, com Ferri, que o crime é um fenômeno natural e uma das formas anormais de luta pela existência; defende, com este e com Lombroso, que a prevenção é função principalmente criminal e que o direito de punir não se aplica àquele que é moralmente mau, mas apenas ao socialmente nocivo. Garofalo mereceu uma atenção especial, sendo frequentemente citado.

No mesmo texto, João Vieira também trouxe o seu conceito de delito natural, considerando-o do ponto de vista teórico “uma feliz generalização das idéas

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

evolucionistas”. Ainda, segue os termos da responsabilidade social da Escola Positiva: “A responsabilidade penal deve atingir também todos quantos pela sua própria constituição orgânica, isto é, por causas congênicas ou adquiridas, soffrerem de qualquer alteração da *psyche*.” (Araújo, 1889b, p. 226). Assim, percebe-se nessa obra um aprofundamento de João Vieira nos estudos da Escola Positiva e uma adesão às suas ideias muito mais nítida e consolidada.

É também de 1889 uma publicação do jurista de Recife intitulada “Nova Edição Official do Codigo Criminal Brasileiro de 1830”, na qual ele atualiza o Código Criminal, tendo em vista o fim da escravidão. Tratava-se da proposta de uma nova edição, em que estariam eliminados os artigos relativos aos escravos, realizada a pedido do então deputado, Joaquim Nabuco. Ele mesmo apresenta o anteprojeto elaborado por João Vieira em sessão de 4 de outubro de 1889, ainda antes da Proclamação da República, portanto.⁴ Mas essa publicação acabou envolvendo uma discussão mais ampla sobre a revisão da legislação criminal (o que se intensificaria ainda mais tendo em vista o advento do regime republicano e a necessidade de reforma das leis). João Vieira defendia apenas uma nova edição, enquanto outros juristas, como João Baptista Pereira (que veio a ser o relator do Código Penal Republicano), defendiam uma revisão efetiva.

O parecer desse anteprojeto foi elaborado por uma comissão da qual fazia parte João Baptista Pereira. Essa comissão se propôs a analisar se os propósitos de tal edição tinham sido atingidos, mas sua conclusão é de que o código carecia “(...) não de uma nova edição e sim de uma revisão, que póde-se dizer, é hoje uma aspiração geral, que a nova edição projectada em vez de adeantar vem, talvez, retardar” (Araújo, 1910, p. 126).

⁴ “A lei n. 3353 de 13 de maio de 1888, declarando extinta a escravidão no Brasil, impõe como uma necessidade imperiosa o cancelamento de todos os institutos que puderem fazer lembrar aquelle monstruoso atentado aos direitos da humanidade, até então com existência legal.” O autor repele o regime imposto aos escravos pelo código, que mantinha contra estes as penas cruéis e infamantes que atingiam a sua integridade corpórea, embora tais penas tivessem sido abolidas pela Constituição do Império. Indica que além da supressão das disposições relativas aos escravos, deveriam ainda ser incluídas disposições de leis esparsas que tinham aparecido para suprir as necessidades repressivas e melhorado alguns preceitos do código (Araújo, 1910, p. 1-2).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

O Código Criminal do Império era visto pela comunidade jurídica brasileira como um patrimônio de prestígio cultural, uma vez que nele se identificava um grande salto na modernização da legislação penal (em função da presença nele dos princípios liberais), bem como uma certa dose de originalidade (sentimento único e especial, sobretudo, em um Estado que, quando da elaboração do Código, recém tornara-se independente e que engatinhava na busca também de uma independência não só legal, mas também cultural). Adquiriu tanto destaque, na época, que inspirou os Códigos Espanhol e tantos outros da América Latina. Era, portanto, um motivo de orgulho para a cultura jurídica brasileira e, por isso, resistências em reformá-lo não deixaram de aparecer, mesmo em juristas tidos como adeptos das novas ideias penais, como João Vieira – o que a princípio poderia causar estranheza, uma vez que o Código do Império representava uma legislação fundada nos parâmetros “clássicos”, inclusive porque temporalmente anterior à emergência das “novas ideias”.⁵

Tendo ciência de que resistências se armariam por conta dessa aura que pairava em torno do Código Imperial, afirma o parecer:

A revisão, sim, recomenda-se como urgente, instante (...) por grande que seja a nossa idolatria pelo passado, não devemos e nem podemos nutrir a crença de que o nosso código é a última palavra da sabedoria humana. Obra perfeita para o seu tempo, monumento glorioso que honra à cultura intelectual dos legisladores que o elaboraram, há 59 anos, e principalmente as largas intuições do privilegiado talento que o arquitetou, deixando na história da legislação e da administração do país um rastro de luz, que ainda não se apagou, não é, entretanto, uma arca sagrada, na qual, sem profanação, não se deva tocar (Araújo, 1910, p. 129).

Advinda a República, a legislação penal foi efetivamente reformada. O novo Código é elaborado às pressas (circunstância que passa a ser um dos principais argumentos de seu relator, como se verá, para justificar as inúmeras críticas que a ele serão dirigidas) e é promulgado já em 1890. Este, sim, sofrerá duras críticas de João

⁵ Como aponta Ricardo Sontag (2014, p. 64): “Os juristas positivistas – inclusive João Vieira – procurarão identificar as linhas ‘heterodoxas’ do código de 1830 e qualificá-las como antevisões do positivismo.” Nesta linha pode ser compreendida a resistência com a reforma.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Vieira, o qual não demora muito para elaborar um projeto de novo código para substituí-lo. O jurista, que era tão resistente à reforma do Código Imperial, não esperava muito para ver ao menos revisado o Código Republicano.

As resistências anteriores de João Vieira podem ser explicadas por seu receio de que uma reforma, naquele momento, não trouxesse as mudanças necessárias que a legislação penal precisava, tendo em vista as novidades postas pela “Nova Escola”. Para Vieira – como também constata Sontag (2014, p. 94-95) –, parafraseando Lombroso a respeito do Código Zanardelli, talvez fosse *troppo presto* e havia o risco de no Brasil ocorrer algo semelhante ao ocorrido na Itália. Se, mesmo em meio a um contexto de intensas discussões e no seio materno da Escola Positiva, aprovou-se um Código essencialmente “clássico”, a probabilidade desse reforço “clássico” era ainda mais eminente no Brasil, onde as novas ideias ainda não estavam plenamente disseminadas e contavam com uma certa resistência. Em um artigo que publicou na revista italiana “Scuola Positiva”, lamenta que no Brasil ainda houvesse poucos seguidores da Nova Escola, afirmando-se como “quase l’unico rappresentante e difensore delle nuove idee” (Araújo, 1895 *apud* Sontag, 2014, p. 254). Portanto, João Vieira não achava oportuna uma reforma do direito penal em um momento em que os fundamentos da legislação eram colocados em dúvida, mas pontua que considerava inegável a inspiração que as novas ideias traziam para as reformas dos códigos criminais (Araújo, 1895 *apud* Sontag, 2014, p. 255).

3. OS PROJETOS DE REFORMA DO CÓDIGO REPUBLICANO: O “PASSADO” COMO PROGRESSO

Ricardo Sontag (2014) faz uma análise interessante sobre os projetos de código de João Vieira (o projeto inicial é de 1893, que terá uma segunda versão em 1896 e será substituído em 1897). Seu estudo demonstra que, a despeito de sua adesão às ideias positivas, a sua proposta legislativa é bastante tímida no que se refere à adequação ao positivismo penal. As inovações seriam, essencialmente, a restauração do dano por juízo criminal – o que já existia no código de 1830 e que era apontado por

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

João Vieira um adiantamento de Pereira de Vasconcelos em relação às aspirações de então (Araújo, 1893b, p. 67) –, a previsão dos manicômios criminais – que de alguma sorte já eram visualizados no código anterior a partir da expressão genérica “casas destinadas a eles” –, a sentença condicional e a abolição do sistema celular (SONTAG, 2014, p. 256).

Já na sua exposição de motivos, João Vieira apontou as limitadas pretensões da comissão de reforma da qual era o relator:

A comissão teve uma esfera de acção limitada, qual a da revisão do código comum vigente em confronto com o anterior de 1830, para apresentar um projecto no intuito de melhorar aquelle, preenchendo as lacunas deste, aproveitando tudo quanto em ambos pudesse contribuir para a consecução do pratico desideratum do Congresso (Araújo, 1893b, p. 49).

Como bem pontua João Vieira, não se tratava de uma reforma drástica. O resgate de alguns elementos do código anterior não é fruto apenas de um suposto apego de João Vieira ao Código de 1830, nem se justifica apenas pelo prestígio generalizado que este contava na cultura jurídica brasileira, mas também pelo fato de que, se comparado ao Código Italiano, o Código Criminal do Império era considerado “menos clássico” (Sontag, 2014, p. 94), sendo visto como uma generalização e adequação normativa das concepções de Bentham realizadas pelo gênio de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Se não era possível ainda uma reforma ampla, naquele momento, voltar ao passado já seria um progresso.⁶

Segundo Sontag, nesse texto da exposição de motivos, os positivistas aparecem de maneira esparsa. De fato, se esperássemos linearidade entre o doutrinador João Vieira e o legislador, poderíamos presumir que as reformas por ele propostas seriam bem mais significativas. Ele nada comenta, por exemplo, sobre uma substituição efetiva da responsabilidade moral pelo critério da temibilidade, não propõe disposições com

⁶ Assim se expressa em artigo publicado na Revista “O Direito”, em 1891, quando se refere à não previsão no código de 1890 da reparação do dano em juízo criminal: “São progressos que equivalem a regressos e mostram que as classes directoras não se devem compor simplesmente de homens políticos, mas de capacidades especiaes e technicas” (Araújo, 1891, p. 378-379).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

classificações de criminosos, nem substitui o termo crime sempre que possível pelo de criminoso, como sugere no seu livro que acima analisamos. De qualquer maneira, essa parcimônia pode ser explicada pelo momento em que sugeria a reforma – quando a absorção do discurso criminológico no âmbito criminal brasileiro era ainda superficial. Uma mudança na legislação tão drástica poderia, então, causar mais reação do que aceitação.

Não obstante, as ideias positivas vão gradativamente emergindo no texto de exposição de motivos do projeto. O primeiro momento é quando propõe a correção do Código de 1890 no que diz respeito à alienação mental⁷, seguindo as sugestões de Lombroso quanto ao Código Italiano (já comentadas). Aponta críticas ao sistema celular, apropriando-se da frase ferriana de que este representava “uma das aberrações do século XIX” (Araújo, 1893a, p. 57). Em substituição ao regime celular, propõe as colônias penais (Ferri) e os trabalhos públicos (mesmo em campo aberto). Inspirado nas penas de caráter eliminatório dos positivistas, destinadas aos criminosos incorrigíveis, João Vieira inclui no projeto a pena do ergástulo (inspirado no Código Italiano). Afirma: “É intuitivo que é de necessidade indeclinável a existência de uma pena fortemente intimidadora contra os grandes assassinos e, na falta d’aquella (de morte), esta será a capital, o castigo supremo” (Araújo, 1893a, p.58).

A influência dos positivistas é bastante presente quando João Vieira comenta a necessidade de mudanças no que se refere à reincidência. Para ele, reincidência “é a mesma criminalidade e o problema, por assim dizer único, dos systemas penitenciários: ella revela que há criminosos habituaes, incorrigíveis ou instinctivos para os quaes o crime é uma profissão certa ou uma necessidade insaciável” (Araújo, 1893a, p. 64). Para o autor, a reincidência é o maior indício de temibilidade e por isso “seu critério deveria repousar sobre a verificação dos impulsos criminosos” (Araújo, 1893a, p. 64).

⁷ O Código Republicano assim definia em seu artigo. 27: “Não são criminosos: § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime;” e complementava em seu artigo 29: “Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico”.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Ciente da incompletude desse estudo, que acarreta a preferência pelo critério objetivo do crime ao subjetivo dos criminosos, aponta a solução intermediária, que teria sido então adotada pelo Código Italiano e que teria inspirado o projeto, embora estivesse ainda longe do *desideratum* da Escola Positiva italiana.⁸

Quanto à aplicação da pena, adotou-se o sistema de graus do Código de 1830, alterado pelo de 1890, e incluiu regras para limitar o arbítrio do juiz que, apontava João Vieira, “realizarão o *desideratum* de Garafalo aconselhando nos casos que o projeto figura, aplicar a pena em medida equidistante entre o máximo e o médio ou entre este e o mínimo” (Araújo, 1893a, p. 59). Justifica essa medida, afirmando que “A comissão não podia entregar ao arbítrio do juiz inspirado nas teorias desencontradas que disputam a primazia no terreno da sciencia criminal a apreciação do valor das circunstancias para o calculo das penas, recebeu que se variasse na medida da pena sobre fatos identicos” (Araújo, 1893a, p. 59).

Esse trecho demonstra a impressão de João Vieira de quanto ainda eram vacilantes as bases da ciência criminal, tendo em vista as diferentes correntes da época. Um dos aspectos que podem delimitar uma legislação de perfil mais criminológico é justamente o maior arbítrio do juiz combinado com a bandeira da especialização do juiz criminal, que, além da lei deve conhecer as demais ciências que contribuem no estudo do criminoso – como antropologia, psiquiatria, psicologia. Tanto maior o conhecimento do juiz, maior a sua legitimidade para ampliar a sua atuação. Mas, nesse ponto, João Vieira foi cauteloso – mesmo não tendo mais seu ânimo reformador contido pela idolatria a um documento legislativo significativo na cultura jurídica brasileira (uma vez que este acabou sendo inevitavelmente reformado) – e ainda via-se amarrado pelas incertezas da cultura jurídica criminal brasileira da época, constituída por magistrados formados nos parâmetros “clássicos” e tradicionais.

⁸ Assim o sistema da reincidência se estabelece da seguinte maneira: veda-se a aplicação do mínimo para o reincidente genérico, agrava-se a primeira reincidência específica e ainda mais a seguinte. A reincidência específica seria aquela em que o criminoso comete crime de mesma natureza, sendo esta compreendida como crime do mesmo capítulo ou título (no código de 1890 de mesma natureza compreendia-se o crime do mesmo artigo); exige-se ainda a condenação (Araújo, 1893a, p.65).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

De qualquer maneira, mesmo sopesando a parcimônia das propostas de reformas de Vieira, ainda reticentes (especialmente se comparada ao tom incisivo de adesão e sustentação das ideias da criminologia positivista em sua produção doutrinária), não considero tão tímidas as suas propostas em vista o contexto e o estado da cultura jurídica penal da época, como indicou Ricardo Sontag (2014).

Uma comissão composta por professores da Faculdade de São Paulo (Leite de Moraes, Brasílio dos Santos e João Monteiro, este último o relator) elaborou, em 1894, um parecer sobre esse projeto, de nº 250, de 1893, feito por João Vieira para substituir o Código de 1890.

Esse parecer apontou fortes críticas ao projeto julgado, não estando “em termos de ser aprovado pela Camara dos Deputados” (Monteiro; Moraes; Santos, 1894, p. 11). Considerava nem mesmo poder servir de base para a discussão no Congresso Nacional. Nem por isso defendia o Código Republicano, ao qual intitulou o “peior de todos os códigos” (Monteiro; Moraes; Santos, 1894, p. 10).

O parecer está atento às incoerências de João Vieira quanto à sua adesão teórica à “Nova Escola Penal” e sua atuação legislativa. Assim explana:

Tão pouco indagará a comissão si o Projecto, no modo de encarar o delicto e o delinquente em sua *anthropologico – biologico – estatístico – psychico – physio – pathologia*, na expressão, humoristicamente gryphada, de Vittorio Valetti, o mais cruel dos adversários de Lombroso, adoptou ou não a escola (mais uma vez diremos) pretenciosamente denominada A Nova Escola Penal, isto é, si viu no delicto apenas uma anomalia anatomo-psychica, ou si, ao contrario, com a chamada Escola Clássica, viu nelle puro movimento do livre-arbítrio, essa imponente verdade que hade sempre confundir aquelles mesmos que a negam, pois que, si a negam, é precisa e exclusicativamente porque teem a liberdade de a negar, aquelles mesmos em cujo espirito, emquanto a palavra está pregando o determinismo, echoa vibrante o profundo conceito de Cousin: ‘*La question: Sommes-nous libres? me parai tou dessous de la discussion. Elle est resolue par la témoignage de la conscience, attestant que, dans certains cas, nous porriouns faire le contraire de ce que nous faisons.*’ (Monteiro; Moraes; Santos, 1894, p. 48-50).

O parecer aponta, em nota, que a Nova Escola, embora se afirmasse como novidade, era na verdade um “novo aspecto do classicismo de Romagnosi, Ortolan ou

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Carrara”, a qual jamais deixou de atender ao delinquente, característica supostamente concebida como fundamental e inovadora para a Nova Escola, oposta à clássica,

Pois o velho systema das excusas legaes, justificativas e circumstancias atenuantes, a que principio da sociologia criminal obedecia senão a esse mesmo de que os *novos* fazem a pedra fundamental da tal escola: a punição do delinquente mas não do delicto? (Monteiro; Moraes; Santos, 1894, p. 48).

Aqui a crítica não é apenas a João Vieira e seu projeto, portanto, mas à própria “escola” a que João Vieira afirma aderir, desconstruindo sua originalidade. Trata-se da intenção de tirar o que há de original da Nova Escola (pretensiosamente assim chamada, como repetem mais de uma vez) para justamente deslegitimar a sua titularidade não só de escola, mas de “nova”. O parecer inclusive cita um texto de Dorado Montero (“La anthropologia Criminal en Italia”) que demonstrava que a Nova Escola se prendia ao classicismo beccariano (Monteiro; Moraes; Santos, 1894, p. 50).

O parecer ainda faz uma crítica ácida ao comentário de Viveiros de Castro em sua obra “A Nova Escola Penal”, segundo o qual os professores brasileiros ignoravam as revoluções do direito penal, sendo incapazes de expor as ideias de Lombroso, Ferri, Lacassagne – “Bem se vê que o sr. Dr. Viveiros de Castro nunca passou por esta Academia: é quanto basta para o nosso perdão” (Monteiro; Moraes; Santos, 1894, p. 49). O argumento aqui tem uma função maior que a mera defesa da atualização dos professores de direito – não se trata apenas de defendê-los da acusação de ignorância mas, sobretudo, contrapor-se à Nova Escola, ou seja, não aderir à Nova Escola não era consequência do não conhecimento de suas novas ideias, mas o fato de não conceber nelas as novidades que elas mesmo proclamavam para si, nem concordar com as supostas “verdades” sobre as quais se fundavam (a principal delas, a negação do livre-arbítrio), ditas mais seguras por basearem-se em métodos científicos. Todavia, não se tratava também de simplesmente negar a Nova Escola. Nos termos exatos do parecer:

Não proscrevamos a Nova Escola; ao contrario, tenhamo-la em vista sempre que houvermos de pedir á biologia, á anthropologia, á

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

psychologia, á physiologia, á pathologia, á medicina judiciaria, o decisivo auxilio que só ellas nos poderão prestar na solução de alguns fenômenos que concretamente soem figurar na jurisprudência criminal. Mas não a tomemos como a formula scientifica de um principio absoluto: não lhe concedamos a honra, que pretende, de ser creadora de recentes novidades, e, sobretudo, façamos guerra aberta, continua, ao seu lemma fundamental. O crime não é produto de anomalias da natureza nem somente de factores sociológicos: é a resultante do livre-arbítrio, essa primeira e mais bela das propriedades humanas (Monteiro; Moraes; Santos, 1894, p. 50).

Então, conclui o parecer que o projeto não era nem positivo, nem clássico – ironicamente, assevera que dos mestres “das diversas *lojas do grande oriente da moderna escola* (cita Lombroso, Ferri, Marro, Lacassagne, Tarde, Benedikt, Bertillon...), não há vestígios a não ser de Garofalo (sobre a indenização do dano por juízo criminal)”. Teria, contraditoriamente, mais da Escola Clássica, “que há de ser eterna precisamente porque é clássica”, como colocou o parecer (Monteiro; Moraes; Santos, 1894, p. 51).

Por esse parecer, fica mais clara a parcimônia de João Vieira em dar concretude a uma reforma mais representativa nos termos da escola que afirmava seguir. Pode-se perceber que no meio acadêmico, em que pese aqui referir-se apenas a São Paulo⁹, o que para época não é pouco significativo (pois até 1891, com Recife monopolizava o ensino jurídico), as resistências ao positivismo penal ainda eram significativas.

Esse parecer da Faculdade de São Paulo foi rebatido por João Vieira em um texto ácido e de um teor nitidamente irritado, publicado na Revista Acadêmica da Faculdade de Recife em 1894. Se um dos argumentos de João Baptista Pereira para responder às críticas ao seu Código foi a pressa com que o elaborou, as limitadas pretensões da incumbência de João Vieira eram seu argumento mais forte para rebater às críticas feitas ao seu projeto. Desde logo, o jurista rechaça o parecer paulista

⁹ Em 1894, Viveiros de Castro era professor de Direito Criminal da Faculdade Livre do Rio de Janeiro, o que pode nos indicar uma tendência deste centro acadêmico em aderir ao positivismo penal, pois este catedrático foi um dos propagandistas das ideias positivas penais no país. Mas na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais é professor de Direito Criminal João Baptista Pereira, relator do código de 1890 e tido como adepto do classicismo. Em seguida será analisado um parecer elaborado por ele e Limma Drummond, também professor de Direito Criminal do Rio de Janeiro, e outros juristas, sobre o projeto de João Vieira.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

afirmando: “Nunca no Congresso se cogitou de organizar uma reforma radical que exigiria adequados trabalhos preparatórios aparelhados com muito tempo” (Araújo, 1895, p. 4).

E, então, seria a vez de João Vieira acusar o parecer de contradição quanto à adesão de escola – quando este argumenta contra as penas perpétuas, apresenta dois trechos de autores estrangeiros (um deles o deputado italiano Panattoni em sessão de 28 de maio de 1888) que refutam as penas perpétuas pelo subterfúgio da pena indeterminada, ou seja, aquelas que duram até a regeneração do criminoso. Assim, acusa João Vieira: “O ilustre censor, porém, é ilógico e sem querer adere á *Nova Escola* defendendo as penas *indeterminadas*, ideia puramente positivista e que eu confesso, com um systema de repressão séria e eficaz são as verdadeiras penas” (Araújo, 1895, p. 38). Aqui, a força do argumento está na polarização das escolas, ou seja, a coerência está em assumir um lugar, uma identidade e qualquer deslize poderia ser apontado como contradição.

Quanto à crítica do parecer relativo à proposta de satisfação do dano em foro criminal, rebateu mais uma vez tentando fugir da dicotomia de escolas. Resgatando o sistema do Código Imperial, novamente mostrando sua maior simpatia a este do que ao Código Republicano e no sentido de que o passado, naquele momento, representaria o progresso:

Não se trata de executar a reforma propugnada de modo radical pela Escola Positiva, mas o suposto regresso ao systema do código anterior seria um passo seguro e adiantado na legislação criminal. Releva ponderar que em taes condições a satisfação do damno tem sido preconizada como um substitutivo incomparável, por sua eficácia e moralidade, das penas ineficazes e desmoralizadoras de breve duração. Para alcançar esse desideratum se empenhão não os positivistas, mas os mais genuínos clássicos (Araújo, 1895, p. 47).

Admite, ainda, João Vieira que

A Nova Escola não pode em geral actuar-se sem uma revolução nos códigos, nas prisões, na organização dos tribunaes e na pratica criminal

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

toda: isto reconhecem os seus principais chefes, Lombroso, Ferri e Garofalo. Mas muitas ideias da Nova Escola podem ser realizadas para melhorar parcialmente a legislação criminal e isto se tem demonstrado a evidencia com relação mesmo a ideias clássicas mal realizadas (Araújo, 1895, p. 47-48).

Respondendo às críticas do parecer aos vícios de classificação, João Vieira repeliu a referência feita à Escola Positiva nesse momento, “(...) que nada tinha que ver ahi (...)”. Continuou defendendo-se da acusação do parecer de não ser possível enquadrar seu projeto em escola alguma, justamente a partir da prematuridade de uma reforma radical aos moldes positivos, algo não apenas próprio ao Brasil. Para o jurista, essa era uma questão impertinente,

(...) porque não há cod. penal que actualmente possa realizar as ideias daquela escola, o que tem reconhecido os seus chefes supremos, Lombroso, Ferri e Garofalo, que apenas propõem reformas parciais, o que eu por minha parte tenho dito e repetido sempre desfazendo a suspeita de incrédulos e a ilusão dos entusiastas. O ilustre censor neste ponto atira-se contra tudo e contra todos, inclusive o talentoso autor d’A Nova Escola Penal, dr. Viveiros de Castro (...). (Araújo, 1895, p. 78).

Encerrou, então, sua resposta ao parecer, questionando: “onde (estariam) os defensores da Escola Clássica?” (Araújo, 1895, p. 79).

O projeto de 1893 passou por uma comissão que o revisou substituindo-o por uma nova versão em 1896. A exposição de motivos do projeto revisado não tem autoria certa. Obra da comissão, permaneceria uma incógnita quem o teria redigido, o qual supõe-se ter sido de Arthur Orlando, jurista também formado pela Faculdade de Direito de Recife e integrante da “Escola do Recife”. Como bem constata Ricardo Sontag, nessa exposição de motivos tem-se um afastamento da Escola Positiva.

Pontos que sequer haviam sido modificados do original para a revisão, como a opção em não se definir crime, para não se vincular a qualquer escola, apareciam justificados por uma explanação longa que colocava em suspenso e em suspeita as ideias positivas (como a concepção de saturação penal e os substitutivos penais de

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Ferri, a problemática classificação dos criminosos¹⁰, que não chegava a consenso e, por isso, não podia ser um critério legal). A comissão sustentou-se na responsabilidade moral, mas não a vinculando ao livre-arbítrio – adere, portanto, à “Escola Crítica”, segundo a qual o ato não é resultado do livre-arbítrio, mas da combinação entre o eu e o motivo.

A revisão retirou, ainda, a questão do ressarcimento do dano, destacando a diferença entre ação civil e penal e a pena do ergástulo. No que se referia à parte especial, buscou-se limitar qualquer possibilidade de interpretação extensiva, atendendo à necessidade de “oferecer a todos indistintamente as garantias que os direitos individuais bem alto reclamam” (Brasil, 1896, p. 210). O tom liberal, nesses termos, é bem difícil de encontrar em João Vieira, em que a defesa da sociedade sempre se impõe em relação aos direitos individuais.

4. JOÃO BAPTISTA PEREIRA: A RESISTÊNCIA “CLÁSSICA” EM DEFESA DO CÓDIGO REPUBLICANO

Em 1897, foi publicado um parecer do “Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros”, que analisava tanto o projeto original quanto esse substitutivo. Elaborado por João Baptista Pereira, relator também do Código Republicano, não economiza críticas, seja ao projeto de 1893, seja ao seu substitutivo. Referindo-se ao projeto original, pontua:

Este projecto não agradou. A mesma comissão, sob outra direção, a do Sr. Dr. A. Milton, com grande pezar e maior surpresa do seu autor, o atirou ás ortigas, por não estar ao nível da civilização actual e dos progressos da sciencia do direito penal; em vez de corrigir e emendar a comissão preferio fazer um substitutivo (...) A divergência de ideias devia ser bem substancial, e profundas as alterações que o primitivo projecto reclamava, para se lhe dar um substitutivo. Essa comissão na exposição

¹⁰ “Todas estas teorias e classificações não dão a entender senão – que até hoje não foi possível determinar a natureza intima do crime nem o traço característico do delinquente. Por isso a Comissão julgou de seu dever não abandonar um só instante o terreno dos factos nem se deixar levar por teorias tanto mais pomposas e seductoras, quanto mais insuficientes e artificiaes” (BRASIL, 1896, p. 210).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

de motivos afirma que sentio a necessidade de fazer alterações profundas (...) o que parece pouco verossímil, porque os dous projectos, como irmãos syamezes, estão presos pelo mesmo cordão umbilical – o Código Italiano (...) (Pereira, 1897, p. 4-5).

As trocas de farpas entre João Vieira e João Baptista ficam bastante evidentes nesse texto. Respondendo às críticas de João Vieira ao Código Republicano, Baptista Pereira retruca: “Notoria é a competência do abalisado cathedratico do Recife; mas, não obstante, quantos erros não contém o seu projecto e quantos vícios de redação o não afeião?” (Pereira, 1897, p. 5).

É curioso perceber que mesmo sendo crítico ao positivismo criminal de João Vieira, algumas influências que constituem as bases deste positivismo estão também presentes em João Baptista, como a ideia de influência do meio físico na índole, na moral de um povo, determinando assim não apenas os tipos de doenças, mas também os tipos de crimes. Quando criticou a retirada pelo substitutivo do curandeirismo, apenas conservando a disposição que proíbe qualquer exercício da medicina sem habilitação legal, expos:

É para notar que o substitutivo (...) o reproduzisse, porquanto, tendo a comissão confessado que sobre seu animo actuou a necessidade de se atender ao crime *indígena*, que revela a idyossincrasia moral do nosso meio, não se compreende porque a impressionou mais o *officio do capoeira*, do que o do *curandeiro*. Um é tão indígena quanto o outro: são dous casos de endemia; os climas têm seus crimes especiaes, como têm suas moléstias especiaes (Pereira, 1897, p. 8).

E conclui censurando o substitutivo: “A toda essa horda de malfeitores (curandeiros) o substitutivo concedeu carta de corso” (Pereira, 1897, p. 9).

O parecer não segue uma lógica muito exata. Analisa inicialmente questões da parte geral, segue com aspectos da parte especial, como acima se pontuou a respeito do curandeirismo, e volta à parte geral. Nesse aspecto, a comissão afirma apenas fazer referência a questões que, se aprovadas, seriam sintomas de regresso e não de avanço, pois “Uma vez que urge reformar, reforme-se, mas não se deforme a legislação

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

penal, revelando-nos no assumpto mais atrasados do que realmente somos” (PEREIRA, 1897, p. 11).

Dentre as observações que nos interessam mencionar, pode-se elencar: a crítica tanto ao projeto quanto ao seu substitutivo, no que se refere à tentativa – este por confundir atos preparatórios com atos de execução, aquele por ser subjetivista. Aponta, ainda, que a severidade da crítica do ilustre censor (João Vieira) ao Código de 1890, derivava de suas “preocupações e preconceitos da escola a que é filiado” (Pereira, 1897, p. 5).

Criticou ainda a ausência do conceito de crime no substitutivo, o que não se justificava, nem “(...) pelo receio de desagradar as escolas que se degladião” nem porque, na medida em que a comissão afirmou que a influência do meio não impede a autonomia do homem, “(...) não podia hesitar em formular, como um canon do direito penal, que o acto humano não é necessário, que o crime é produto da vontade, pois por vontade se deve entender toda a atividade inteligente que se determina e resolve para um dado evento.” (PEREIRA, 1897, p. 19). Nesse trecho, o classicismo do relator é evidente, pois faz questão de, contrapondo os deterministas, afirmar que o crime, como ato humano, é produto de uma vontade que se determina, portanto, livre.

Na sequência, João Baptista comenta a complexidade de se tratar da imputabilidade tendo em vista as novidades da “Nova Escola da anthropologia criminal”, que pretende substituir a responsabilidade moral pela temibilidade do criminoso; critica o projeto e o substitutivo quanto às causas que dirimem a responsabilidade criminal – quanto ao relativo à alteração da psique, considera ambos estreitos, pois excluem outros estados psíquicos que não a alienação mental, que podem originar perturbação das funções psíquicas; quanto aos menores, indica que o substitutivo repetiu o Código Republicano, apenas acrescentando a extensão do benefício da aplicação da pena de cumplicidade para o menor de 18 (no Código, a idade mínima era de 17).

Sobre a reincidência, afirma que, ao contrário da Nova Escola, a comissão do Instituto não aceitava a reincidência permanente, mas apenas a temporária (ou seja, depois de um lapso de tempo o crime pretérito não é mais considerado para fins de definir a reincidência). O projeto teria seguido o Código Italiano neste quesito,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

considerando também o sistema da temporariedade. Discorda o parecer do projeto, bem como do Código Italiano, no sentido de que entende necessária não apenas a sentença condenatória, mas também o cumprimento desta para considerar a reincidência – afinal, objeta o parecer, como considerar incorrigível o criminoso que nem sequer passou pelo processo de emenda? (Pereira, 1897, p. 19). Critica ainda a forma de agravação da pena por conta da reincidência. Defende que não basta simplesmente aumentar a pena na sua quantidade, é preciso alterar sua qualidade, “do mesmo modo que o medico não póde esperar a cura do doente, empregando sempre o mesmo medicamento, embora altere a dosagem” (Pereira, 1897, p. 19). Nesse ponto Baptista Pereira não parece se afastar tanto assim do discurso da “Nova Escola”, pois utiliza o argumento “lugar comum” desta, mostrando mais uma vez que, como homem de seu tempo, não escapava completamente às influências do pensamento da época. Cita elogiosamente a legislação francesa (Lei nº 27, de maio de 1885) que, partindo da premissa da separação entre criminosos de hábito e de ocasião (classificação própria da Nova Escola Positiva), aplicava aos incorrigíveis a pena de transportação.

Rebate com veemência as críticas do projeto ao regime celular e critica o sistema por ele adotado (que não aplica regime específico algum, apenas obrigando ao trabalho e com segregação noturna). Afirma:

O que custa compreender é que antes de passar o instituto da prisão celular pelo candinho da experiência, e antes mesmo de ser inaugurado, fosse eliminado com um rasgo de pena, por impulsos de um sentimentalismo doentio, que não oculta suas sympathias pelo criminoso, e desarma a sociedade contra a horda de malfeitores que pela sua *temibilidade* se tornão incompatíveis com o ambiente social e reclamão medidas severas de repressão (Pereira, 1897, p. 21).

Curioso notar que João Baptista parece usar os argumentos da própria Escola Positiva, como a temibilidade e, por conta desta, a necessidade de segregação, para defender o regime da prisão celular e *defender a sociedade*. Alega ainda que não é lícito excluir um regime que nem mesmo se concretizou no país, que a solidão não é contrária à natureza humana e que “a segregação é exigência elementar da

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

moralidade, de ordem e de segurança; o trabalho é um necessário complemento da pena, porque evita os perigos e os vícios que o ócio nas prisões multiplica” (Pereira, 1897, p. 21). Moralidade, ordem, segurança, trabalho: mais uma vez “lugares comuns” na argumentação de ambas as escolas.

Em elogio ao código, então vigente, João Baptista se utiliza de um tom garantista e bastante diferente do mencionado acima e afirma que, ao substituir as penas de morte, galés, desterro, degredo e prisão simples pelo cárcere penitenciário sob o regime celular, o fazia

(..) respeitando nelle (no criminoso) os direitos do homem, que é um dever de honra para o legislador reivindicar sempre, restringio a liberdade individual na medida justamente necessária para se garantir contra o perigo; e poupando inúteis rigores, preparou a obra da regeneração do criminoso (Pereira, 1897, p. 25).

Seguindo esses intuitos, sugere à comissão a adoção do mecanismo da suspensão da condenação e a extensão da fiança para aqueles que se enquadram nas hipóteses de estado de necessidade e legítima defesa e aguardam julgamento.

Conclui, então, o parecer que “se o Código Penal vigente não é perfeito, os projectos apresentados em substituição dele são imperfeitíssimos” (Pereira, 1897, p. 25).¹¹ João Baptista Pereira, como relator, não perde a oportunidade de defender sua obra e o faz tanto em relação aos projetos que buscaram substituí-la quanto em relação ao Código do Império, eterna sombra que por seu prestígio nunca deixou de ser uma referência de comparação, justamente, na maior parte das vezes, para indicar a inferioridade do Código Republicano.

João Baptista Pereira não permaneceu calado diante das críticas que se levantaram em relação ao seu código. João Vieira de Araújo pode ser considerado um dos seus censores mais empenhados, tanto que em poucos anos, como se analisou, elaborou um projeto para substituí-lo. A este e às demais censuras que se fizeram ao

¹¹ Em face do substitutivo de 1896 João Vieira apresenta um novo projeto em 1897 (que segundo Baptista Pereira era com pequenos retoques a restauração do projeto primitivo de 1893 – resgatava-se, por exemplo, o ergástulo e a reparação do dano). Este é aprovado e encaminhado para a Comissão em 1898 para em seguida enviar para a Câmara, que em 1899 o remete ao Senado, de onde não mais sairá.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Código Republicano, João Baptista responde com uma série de textos intitulados “Codigo Penal de 1890: Notas Históricas”, publicados pela Revista de Jurisprudência, nos anos de 1898 e 1899.

Já no primeiro dos textos da série, tenta desconstruir a aura inquebrantável e quase sagrada do Código do Império¹², afirmando que este teria assumido missão mais fácil que a do Código Republicano, por ter substituído uma legislação “detestável” e bárbara (Ordenações Filipinas). Assim, por mais problemas que o Código de 1830 tivesse, esses permaneceriam quase invisíveis perante a defeituosíssima lei portuguesa – a sua substituição era uma exigência da civilização e da humanidade, que clamava pela passagem da tirania à liberdade.

Não só à aura do Código, mas também a de seu relator (Bernardo Pereira de Vasconcelos), Baptista Pereira tenta desconstruir, indicando vários pontos que foram reformados pelas comissões que o analisaram, a despeito da pouca discussão que teria tido o projeto (com destaque apenas à questão da pena de morte, que foi amplamente debatida). João Baptista dá ênfase aos pontos que no projeto considerava uma espécie de resquício das ordenações e da tradição (portanto, avessos ao espírito liberal modernizador) e que foram retirados pela Comissão (como os crimes às infrações dos deveres éticos, a calceta no pé e corrente de ferro, que os condenados a galés deveriam usar, depois de executado, e a possibilidade de o condenado à pena de morte ter sua cabeça e membros cortados e afixados no lugar do delito).

João Baptista se colocava ao lado de poucos que ousavam criticar o Código (como Tobias Barreto), o qual em sua opinião, atendendo à necessidade de reformas legislativas pelas transformações sociais, deveria ser alterado, para acompanhar a “lei do progresso”.

Na sequência, João Baptista narra o episódio do anteprojeto elaborado por João Vieira a respeito da nova edição do Código em face do fim da escravidão, a elaboração do parecer de análise deste, do qual foi relator, e a incumbência que teria recebido, do

¹² “Em torno do código cedo se criou uma opinião supersticiosa, que embaraçou durante sessenta anos a sua revisão. Sempre que se sugeria a conveniência de alterá-lo os *chauvinistas* se arrepiavam pelo audacioso tentamen, que se tinha por uma profanação” (Pereira, 1898a, p.13).



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

ainda governo imperial, de revisão do Código Criminal, em razão do reconhecimento de urgente reforma penal. Esse trabalho seria então submetido ao Conselho de Estado.

A 15 de novembro, sobrevinda a República, conta João Baptista que estava já preparada a parte geral do código. Após ter desistido de sua empreitada, por considerar dissolvida a comissão de análise do projeto, foi chamado pelo Governo Provisório para prosseguir na missão da reforma do Código Criminal. Embora receoso em aceitar, tendo em vista a “angustia do tempo”, João Baptista assume tal reponsabilidade e nela se dedica incondicionalmente. Sujeita a parte geral, já elaborada, à análise do Ministro da Justiça, este reconheceu os “notáveis melhoramentos, que vinham aperfeiçoar a legislação penal, em cujo tronco se tratava de enxertar as idéas modernas, que fazem a gloria das condições contemporaneas” (Pereira, 1898a, p. 261). Destacou a eliminação da pena de morte em seu projeto, embora esta ainda contasse com a defesa dos adeptos da Nova Escola da Antropologia Criminal, os quais a sustentavam apenas como uma necessidade de defesa social, e que por ele era considerada avessa à civilização, ao estado adiantado das legislações e às luzes do século (Pereira, 1898a, p. 262).

Na sequência de textos, João Baptista apontou algumas modificações do seu projeto feitas pela Comissão. Um trecho que vale reproduzir é o que se refere à sua explanação sobre a previsão no projeto do Código Republicano quanto à ponderação das circunstâncias agravantes e atenuantes para cálculo de pena, o que no Código de 1830 ficava ao arbítrio do juiz. Assim expõe: “O projeto de revisão estabeleceu certos preceitos para regular a preponderancia das circunstancias umas sobre outras, e sua compensação, devendo prevalecer as aggravantes quando preponderar a maior temibilidade do criminoso” (Pereira, 1898b, p.152). Perceba-se que o autor, crítico da Nova Escola, se utiliza de um termo apregoado por ela – a temibilidade. Certo que não chega ao extremo de tornar este o critério único da responsabilidade, mas considera-o relevante para medir a gravidade do delito e assim também a severidade e medida da pena.

Outro trecho interessante é quando comenta sobre as contravenções, mas, dando demonstrações de seu perfil liberal, refere-se à sua intolerância manifesta a

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

qualquer abuso de poder policial que, não tendo função judiciária, não pode invadir a casa do cidadão, decretar prisões, confiscar propriedade e impor multas, “(...) usurpando assim atribuições do poder judiciário, á quem exclusivamente compete impor e mediante processo regular por denuncia do ministerio publico (...)” (Pereira, 1898c, p. 40). Concebe nesse abuso o maior menosprezo pela liberdade.

João Baptista respondeu ainda à polêmica que a discussão dos artigos 205 e 206 do Código, que criminalizavam o direito de greve, gerou na época, a ponto de serem reformulados pelo Decreto nº. 1.162, de 12 de dezembro de 1890. Como expõe o jurista, sua intenção com esses artigos foi apenas “proteger o trabalho e assegurar a sinceridade e a liberdade dos contratados” (Pereira, 1899a, p. 249). Percebe-se que, no Brasil, já se sentiam os problemas gerados nas relações de trabalho pelo processo de adequação da economia aos moldes do capitalismo. Mesmo que ainda bastante incipiente este processo, questões que há muito tempo já perturbavam a Europa começam a despertar a preocupação das autoridades brasileiras; preocupação que tende a se agravar com a disseminação das ideias anarquistas e socialistas. A novidade dessas questões é, inclusive, pontuada por João Baptista e indicada por ele como uma das razões para tamanha resistência ao tema:

O assumpto de natureza delicada, pela primeira vez fazia entrada na legislação; era natural, portanto que encontrasse resistencia da parte de certa escola que prega como dogma que a verdadeira liberdade consiste em cada um fazer o que quizer e por isso ataca como uma ameaça, ou perigo, toda a restricção razoavel ao uso dessa liberdade (Pereira, 1899a, p. 249).

Bem provável que esta “certa escola”, a que João Baptista se referiu com tom irônico fosse exatamente o anarquismo.

Comenta o autor que questões “espinhosas” como essas envolvem o princípio da liberdade individual e o interesse social e afirma que o primeiro deve ser limitado pelo segundo, sem, porém, ser por ele absorvido, sendo esse o critério que orientou o novo Código. Mais uma vez, o equilíbrio entre liberdade individual e ordem social se faz presente na discussão dos criminalistas.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Em nenhum momento João Baptista usa o termo greve, mas sim coalisões, justificando a presença das previsões legais justamente para evitá-las. É, sem dúvida, um recurso linguístico para tonificar o aspecto de violência e ameaça que este tipo de ação poderia eventualmente implicar, deslegitimando-a a partir do próprio termo, pois, para João Baptista, mesmo as coalisões desacompanhadas de meios materiais têm sempre caráter delituoso. Assim se expressa:

A idéa capital era prevenir as coalisões. As nações civilizadas as reprimem, e seria ingenuidade acreditar que sobre ellas não tem actuado o sentimento da liberdade, e que as suas leis são producto da tyrannia e do despotismo (...) A liberdade das coalisões tem como resultados dividir os patrões e os obreiros em dois grandes exercitos que trazem a espada na mão (Pereira, 1899a, p. 250-251).

As coalisões não são o exercício da liberdade, mas um abuso de direito e uma afronta às liberdades de comércio, indústria e trabalho garantidas pela Constituição, segundo Baptista Pereira. Fortemente marcado pelo liberalismo individualista do *laissez faire, laissez passer*, defende que patrões e operários deveriam agir individualmente, deixando seguir o curso normal das atividades.

A revisão dos artigos deixou de considerar crime a deserção da oficina, o abandono do trabalho e a desordem que deste resulta, consistindo apenas em fazer cessar ou suspender o trabalho por meio de violências e ameaças, descriminalizando, portanto, a greve pacífica.

Encerra suas “Notas históricas” com o mesmo teor que as iniciou – criticando a sacralidade que se conferiu ao Código do Império e a imprevidência de, tão logo elaborado o Código Republicano, ter-se levantado contra ele todas as armas, mesmo sem se esperar que a experiência demonstrasse seus problemas e inadequações que bem poderiam ser superados por meio de reformas parciais.

Defende sua obra afirmando ter nela seguido os parâmetros de uma boa lei, resistindo aos modismos da época, aos quais identifica com a Nova Escola Positiva, ainda muito precária e contrária aos principais pilares do direito penal, mencionando o exemplo da Itália, berço não apenas desses mesmos pilares quanto das novas ideias

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

que, embora lutassem pela prevalência, foram contidas no processo de unificação legislativa, que deu origem ao Código Zanardelli:

A bondade de um código, afirmou com o cunho de sua incontestável autoridade o eminente professor Carrara no prefácio da tradução italiana do Código Alemão, deve avaliar-se pela sua adesão aos preceitos da ciência, pelo seu constante respeito aos princípios de humanidade, pelo seu método, pela sua ordenação, pela clareza e exactidão das classificações, pela proporcionalidade e justa graduação dos castigos, em summa por todo o seu complexo, e não em consideração a um princípio ou opinião. Tanto quanto possível, o Código de 1890 procurou obedecer a estas normas, sem se deixar seduzir pelo brilho de theorias e doutrinas pouco estudadas ainda, não sufficientemente demonstradas, em completo antagonismo com as verdades fundamentaes, sobre as quaes ainda assenta o edificio da legislação penal das nações mais cultas, que têm resistido á onda invasora sendo sobre todos edificante o exemplo que deu a Italia no famoso monumento da unificação de sua legislação penal, padrão de gloria immorredoura, em que collaboraram os homens mais eminentes daquella abençoada região, berço da sciencia penal, e hoje o theatro onde mais accessa se trava a lucta entre a nova e a velha escola (Pereira, 1899b, p. 14).

Considera então (desmerecendo as críticas ao Código de 1890) que se o Código Italiano, “reputado um monumento da legislação que faz honra á civilização contemporanea”, era alvo de tantas críticas, sobretudo, dos adeptos da Nova Escola:

O que se poderia esperar da critica dos anthropologistas cá da terra, tão impacientes e tão intolerantes, sobre um código que se resente das imperfeições da sua precipitada organização e para cuja redacção não chegou o escasso tempo que durou a sua preparação? Contestem, muito embora, os Zoilos. A revisão de 1890 foi um progresso, porque traduziu em lei principios hoje reconhecidos e proclamados pelos mais classicos criminalistas, as grandes verdades moraes que formam uma herança commum de gloria do mundo civilizado, e são as bases fundamentaes das codificações contemporaneas, de tal modo, que as novidades paradoxaes quaes quer que sejam as suas apparencias scientificas conseguirão, jamais, desentranhar o organismo jurídico da Nação (Pereira, 1899a, p. 236).

Finaliza seu texto, portanto, retrucando as críticas à sua lei, sobretudo daqueles que falavam da plataforma defensora das novas ideias, que tinham como um dos

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

argumentos legitimadores o fato de estarem assentadas em bases científicas. Ao direcionar seu discurso final aos adeptos da Nova Escola, pode-se perceber que um dos seus principais alvos era João Vieira de Araújo, um dos maiores e poucos adeptos da “Escola Positiva” e, ao mesmo tempo, um dos seus principais rivais nesse processo de consolidação e afirmação de uma nova legislação penal para o país.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trocados os códigos, João Vieira e João Baptista parecem ter invertido seus lugares no campo do discurso – reformas parciais *versus* revisão total. Personagens centrais para se compreender a cultura jurídica penal da época, em meio às trocas de farpas entre ambos, podemos verificar em quais campos os autores se situam, pois geralmente escolhem como posição estratégica o terreno das correntes criminais que circulavam na época.

Ambos personificaram uma disputa mais ampla, importada sobretudo da Itália, entre as “escolas” criminais, clássica (velha ou tradicional) e positiva (Nova Escola). Enquanto João Baptista Pereira optou pelo lado da tradição, da Escola Clássica, lado em que considerava estarem os principais pilares e fundamentos da ciência criminal civilizada e contemporânea; João Vieira aderiu ao “novo”, “ao científico” – herdeiro da Escola do Recife, a força do evolucionismo spenceriano refletiu em sua percepção da ciência criminal.

A despeito da confusão inicial de sua posição, a adesão de João Vieira se tornará cada vez mais incisiva, embora essa convicção teórica não tenha se refletido em termos de propostas concretas para transformar o código clássico em um código criminológico, como bem analisou Ricardo Sontag. Mas inúmeras razões escusam nosso, talvez, primeiro jurista “criminólogo”: João Vieira não era ingênuo e sabia das turbulências que a Nova Escola sofria tanto em ambiente europeu quanto, ainda mais, em âmbito brasileiro. Testemunhou a aprovação de um Código eminentemente clássico no berço da antropologia criminal.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

Apropriando-se do discurso dos criminólogos, como Ferri e Garofalo, que também defendiam que as reformas nos termos positivistas seriam inevitáveis, mas gradativas, João Vieira assumiu a frente da revisão do Código Republicano, tentando inserir em seus projetos elementos da Escola Positiva; todavia, mais do que representar uma inovação para o futuro, voltava os olhos para o passado. Considerado por ele menos clássico que o Código Republicano, João Vieira extrai do Código do Império antecipações das novas ideias, tentando emprestar, nessa extração, o seu prestígio na cultura jurídica brasileira, que a ele conferia uma aura de sacralidade (quase como os glosadores em relação ao Direito Romano). Se o convencimento pelas novas ideias não se fazia pelo simples recurso da novidade ou cientificidade, associá-las ao velho, ao passado, em um ambiente que o prestigiava, poderia surtir mais efeitos para gradativamente provocar mais atenção e adesão aos fundamentos da Nova Escola.

Como já se pontuou, para legitimar uma ideia ou outra da Escola Positiva, João Vieira fazia uso de juristas tidos como clássicos. João Baptista, por sua vez, do alto de seu classicismo, algumas vezes deslizava em argumentos criminológicos (o que também se verificou no parecer de João Monteiro e não passou despercebido por João Vieira). Em uma estratégia de defesa de escolas, acabava-se desnudando as continuidades entre as teorias que constituíram a cultura jurídica penal oitocentista, deixando mais clara a hipótese indicada por Sbriccoli de que este “mar de escolas” e disputas faziam parte de uma mesma e ampla tradição cultural.

João Vieira e João Baptista, liberais a seu modo, assumiram cada qual uma visão do direito criminal e digladiaram-se numa guerra de titãs, embora não se dessem conta de que não estavam falando de trincheiras tão opostas como supunham.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884.

ARAÚJO, J. V. Antropologia Criminal. **Revista O Direito**, v. 17, n. 49, p. 177-184, 1889a.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

ARAÚJO, J. V. **Código Criminal Brasileiro**: Commentario filosófico-científico em relação com a jurisprudência e legislação comparada. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889b.

ARAÚJO, J. V. A reforma das leis criminais. **Revista O Direito**, v.55, p. 375-380, 1891.

ARAÚJO, J. V. Projecto de Codigo Penal: Exposição de motivos. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, p. 49-68, 1893a.

ARAÚJO, J. V. Projecto de Codigo Penal: Exposição de motivos – Parte Geral. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, p. 49-68, 1893b.

ARAÚJO, J. V. **O projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo**. Recife: Pantheon das Artes, 1895.

ARAÚJO, J. V. **Nova Edição do Codigo Criminal Brasileiro de 1830**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados.**, v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896.

MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Codigo Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 9-115, 1894.

PEREIRA, J. B. P., *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Codigo Penal**: em discussão na Camara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897.

PEREIRA, J. B. Codigo Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. II, p. 5-16, 162-176, 258-266 e 371-386, 1898a.

PEREIRA, J. B. Codigo Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. III, . p. 11-14, 150-155 e 400-408, 1898b.

PEREIRA, J. B. Codigo Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. IV, p. 27-35, 1898c.

PEREIRA, J. B. Codigo Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. V, p. 248-256, 1899a.

PEREIRA, J. B. Codigo Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. VI, p. 10-18 e p. 224-236, 1899b.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p489-519>

SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Turim: Giulio Einaudi editore, 1998.

SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014.