

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO MAYORA ALVES

OS PENALISTAS NA DITADURA CIVIL-MILITAR.
AS CIÊNCIAS CRIMINAIS E AS JUSTIFICATIVAS DA ORDEM

Florianópolis

2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Mayora Alves, Marcelo Mayora Alves

Os penalistas na ditadura civil-militar : As ciências criminais e as justificativas da ordem / Marcelo Mayora Alves Mayora Alves ; orientadora, Vera Regina Pereira de Andrade - Florianópolis, SC, 2016.

413 p.

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

Inclui referências

1. Direito. 2. Penalistas. 3. Poder simbólico. 4. Ditadura civil-militar. 5. Ciências criminais. I. Andrade, Vera Regina Pereira de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

MARCELO MAYORA ALVES

OS PENALISTAS E A DITADURA CIVIL-MILITAR. AS CIÊNCIAS
CRIMINAIS E AS JUSTIFICATIVAS DA ORDEM

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como requisito à obtenção ao título de Doutor em Direito.

Orientadora: Professora Titular
Doutora Vera Regina Pereira de
Andrade

Florianópolis
2016

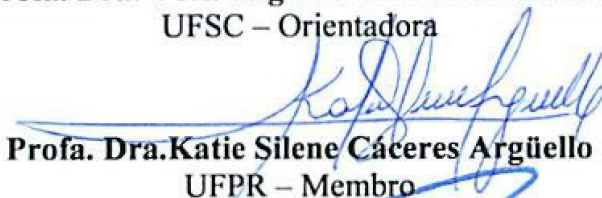
Os penalistas na ditadura civil-militar: as ciências criminais e as justificativas da ordem

MARCELO MAYORA ALVES

Esta tese foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade
UFSC – Orientadora



Profa. Dra. Katie Silene Cáceres Argüello
UFPR – Membro




Prof. Dr. Jacson Zilio
UEPR – Membro


Profa. Dra. Camila Cardoso de Melo Prando
UnB – Membro



Prof. Dr. Salo de Carvalho
UFRJ – Membro



Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
UFSC – Membro



Prof. Arno Dal Ri Jr., Ph.D.
Coordenador do PPGD

Florianópolis, 24 de maio de 2016.

Para Mariana e León/Rosa

AGRADECIMENTOS

À camarada Mariana Garcia, que é a influência central desta pesquisa e do meu modo de ver o mundo, com quem compartilho o amor, os sonhos e a luta.

Ao meu sogro e à minha sogra.

Aos meus pais, às minhas avós, ao meu irmão, à Cida e à Ivone.

À Vera Andrade, orientadora e amiga, conterrânea de Caçapava do Sul, que nos acolheu afetosamente na Ilha de Santa Catarina, no Campeche, na Rua das Corticeiras, onde, *mateando*, discutimos criminologia crítica, as estratégias e as táticas, acompanhados de Lara, Íris, Lacta, Tião, Sarinha e Mel. Agradeço pelo carinho, pelo exemplo e pelas lições, a partir das quais me formei professor.

Ao Professor Antônio Carlos Wolkmer, pela participação em todas as bancas nas quais este estudo foi avaliado e pela sua generosidade intelectual. Ao Professor Carlos Eduardo Sell, com quem cursei disciplina sobre Max Weber, no PPGSP/UFSC.

Aos Professores que participaram das bancas de qualificação, Jacson Zílio (UFPR), Maurício Dieter (USP), Daniel Achutti (Unilassale), Letícia Albuquerque (UFSC) e Márcia Aguiar Arend. Aos Professores que participarão da banca de defesa final, Antônio Carlos Wolkmer (UFSC), Katie Arguello (UFPR), Salo de Carvalho (UFRJ), Jacson Zílio (UFPR) e Camila Prando (UNB).

Ao Professor Nilo Batista, que ainda no início da pesquisa gentilmente me recebeu em sua biblioteca para um diálogo sobre o tema da tese e indicou alguns caminhos que percorri. Ao Professor Christiano Fragoso, que franqueou seu tempo a esta pesquisa e prestou sensível contribuição, fornecendo material inédito, dos arquivos do Professor Heleno Fragoso.

Aos companheiros Nereu Lima e Nereu Lima Filho, pelo acesso à biblioteca do escritório de advocacia criminal na Praça da Matriz (e pelas conversas sobre a história do direito penal durante a peregrinação nos cafés na Rua da Praia). Ao companheiro Alexandre Pandolfo, pelo empréstimo da carteirinha para retirada de livros da biblioteca da

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, onde colhi parte do material. Ao companheiro Roberto Rodrigues, pelo *pouso* na Barra da Lagoa e por tudo o mais. Ao companheiro Daniel Gerber, pelo incentivo e pelo auxílio, que foi fundamental em nossa chegada no Desterro.

Aos colegas de Departamento da Faculdade de Direito da UFJF-GV, pela licença de um semestre concedida; em especial aos Professores Daniel Carnaúba e João Paulo Medeiros.

Ao CNPQ e à CAPES, pela bolsa de doutorado e pelo financiamento das viagens de pesquisa. As “condições externas” desse produto científico foram integralmente garantidas pelo incentivo à pesquisa promovido pelo Governo Federal, especificamente nos governos Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Rouseff.

Aos membros e estudantes do Projeto de Extensão *Universidade Sem Muros*, do CCJ/UFSC. Aos estudantes do grupo de pesquisa *Violência e Desigualdade Social*, da Faculdade de Direito da UFJF-GV, e ao bolsista de iniciação científica da UFJF-GV, Lucas Lima.

Aos bibliotecários e aos copistas que auxiliaram na pesquisa. Aos servidores do PPGD/UFSC, Cida e Fabiano.

RESUMO

A presente tese trata dos discursos jurídico-penais, criminológicos e político-criminais dos penalistas notáveis atuantes durante o período da ditadura civil-militar brasileira instaurada pelo golpe de 1964. Tendo como referencial teórico a criminologia crítica e a sociologia do campo jurídico pensada por Pierre Bourdieu – tradições que procuramos compatibilizar – nos propomos a investigar a contribuição do jurista, especificamente do penalista, na formulação das justificativas da ordem social e, por esta via, o papel do penalista na *divisão do trabalho de dominação simbólica*. O *corpus* da pesquisa empírico-documental foi constituído pela literatura produzida por penalistas em nome das ciências criminais durante o período da última ditadura brasileira, com foco nos anos subseqüentes ao golpe e à edição do Ato Institucional n. 05. Nesse sentido, foram analisados os manuais de direito penal, os artigos publicados em revistas jurídicas e os textos publicados em anais de evento, derivados de conferências proferidas pelos penalistas notáveis, bem como por documentos oficiais, tais como relatórios de ministérios, atas de comissões e Exposição de Motivos da legislação penal naquela ocasião editada. A análise deste *corpus* empírico foi dividida em três eixos. No primeiro, estudamos os discursos dos penalistas sobre a própria ditadura civil-militar, ou seja, suas visões sobre o golpe e sobre a continuidade do regime. No segundo, investigamos os manuais de direito penal – compreendidos como instrumentos de reprodução pedagógica e de socialização jurídica - que circulavam no período abrangido pela tese, buscando entender o conteúdo latente destes produtos culturais, ou seja, o *marco geral da concepção de mundo* desde o qual o penalista profere seu discurso supostamente técnico. No último eixo, investigamos a *história da criação de uma regra*, qual seja da edição do Código Penal de 1969. Este empreendimento mobilizou o engajamento dos penalistas notáveis e dominou os debates das ciências criminais daquele contexto. Nosso objetivo foi demonstrar o processo de monopolização por parte dos penalistas do poder simbólico de criminalização primária, bem como entender o conteúdo das ideias jurídico-penais, criminológicas e político-criminais dominantes neste período histórico.

ABSTRACT

This thesis treats the penal, criminological and criminal political discourses of notable penalists during the period of the Brazilian civil-military dictatorship established by the coup of 1964. With the theoretical references of critical criminology and sociology of the legal field designed by Pierre Bourdieu - traditions that we seek to conform - we propose to investigate the jurist contribution, specifically the penalist in the formulation of the justifications of the social order and, in this way, the role of the penalist in the division of symbolic domination work. The corpus of empirical-documental research was made up of the literature produced by penalists on behalf of the criminal sciences during the period of the last Brazilian dictatorship, focused in subsequent years to the coup and the publication of Institutional Act n. 05. Accordingly, the criminal law textbooks were analyzed, the articles published in legal journals and texts published in event annals derived from lectures given by notable penalists, as well as official documents, such as reports of ministries, minutes of commissions and Explanatory Statements of criminal law at that time edited. The analysis of this empirical corpus was divided into three areas. In the first, we studied the speeches of penalists about the civil-military dictatorship itself, that is, their views on the coup and the continuity of the regime. In the second, we investigated the criminal law books - understood as educational instruments and legal socialization - that circulated in the period covered by the thesis, seeking to understand the latent content of these cultural products, ie, the general framework of world view from which the penalist makes his supposedly technical speech. In the last axis, we investigated the history of the creation of a rule, which is the issue of the Penal Code of 1969. This project mobilized the commitment of notable penalists and dominated the debates of criminal science of that context. Our goal was to demonstrate the process of monopolization by the penalists of the symbolic power of primary criminalization and understand the contents of the dominant judicial penal, criminological and criminal political ideas in this historical period.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
PARTE I	17
1 O ESTADO E O PODER SIMBÓLICO	33
1.1 Ideologia e legitimidade	33
1.2 A obediência dóxica	53
1.3 O monopólio da violência física e <i>simbólica</i> legítima	63
2 O CAMPO JURÍDICO-PENAL E OS PENALISTAS	77
2.1 O Estado, os juristas e a formação do campo jurídico	77
2.2 O campo jurídico-penal	90
2.3 Os conflitos de competência ou a <i>disputa corporativa pela propriedade do crime</i>	99
2.4 A legitimação do poder punitivo e a violência simbólica	123
2.5 Os penalistas como objeto da criminologia crítica	130
2.6 A pesquisa	151
PARTE II	157
3 A DIMENSÃO IDEOLÓGICA DA DITADURA CIVIL-MILITAR, OS JURISTAS E OS PENALISTAS	157
3.1 O contexto: aspectos ideológicos da ditadura civil-militar de 1964	157
3.2 Os juristas e a ditadura	173
3.3 Os penalistas e a ditadura	181

4 OS MANUAIS DE DIREITO PENAL DO PERÍODO DA DITADURA CIVIL-MILITAR	197
4.1 Os manuais de direito penal	197
4.2 A <i>realidade</i> nos manuais de direito penal	213
4.3 A dimensão política	228
4.4 A dimensão social	235
4.5 A dimensão moral	252
5 A ELABORAÇÃO DE UM CÓDIGO PENAL NO CONTEXTO DA DITADURA CIVIL-MILITAR	279
5.1 O código como objeto de disputa e o monopólio dos penalistas	279
5.2 O Código Penal de 1969: o anteprojeto Nelson Hungria, as Comissões Revisoras e o regime militar	300
5.2.1 A reforma da legislação penal às vésperas da ditadura	300
5.2.2 O golpe civil-militar de 1964 e a continuidade dos trabalhos de revisão	305
5.2.3 A Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Código e o Decreto 1004/69 da Junta Militar	312
5.2.4 Sobre a colaboração dos penalistas	322
5.2.5 Um Código Penal natimorto	327
5.3 O conteúdo político-criminal dos debates em torno ao Código Penal de 1969	340
5.3.1 A função da pena	341
5.3.2 O fim do duplo binário, a classificação dos criminosos e a pena indeterminada	350

5.3.3 A pena privativa de liberdade, a prisão aberta e a diversificação penal	362
5.3.4 A redução da menoridade penal	371
5.3.5 A reforma da parte especial e a condição da mulher no Código Penal de 1969	375
CONCLUSÃO	385
REFERÊNCIAS	393
FONTES PRIMÁRIAS	405

INTRODUÇÃO

Em geral, as introduções dos trabalhos de formação – dissertações de mestrado e teses de doutorado – são escritas ao final de todo o esforço científico, e têm como função central explicitar retrospectivamente seu objeto, seu método e a sua organização. Não é o caso deste trabalho, no qual as primeiras linhas lidas por meu interlocutor imaginário coincidem com as primeiras linhas que escrevo.

Começo pelo começo porque necessito expor o caminho que percorri até chegar neste momento, o que creio contribuirá para a própria organização dos pressupostos teóricos e metodológicos de meu estudo, quer dizer, para a tarefa de transformar as reflexões distribuídas ao longo dos anos de preparação para o doutoramento em cadernos, em *bloquinhos*, em fichas de leitura, etc., num trabalho coerente, numa tese. Trata-se de não apagar os “vestígios da pincelada, os toques e os retoques” (Bourdieu, 2011, p. 19), bem como de levar em conta a lição de Marc Bloch: “O bom trabalhador, disse, ou disse quase isso, Péguy, ama o trabalho e a sementeira assim como as colheitas” (2001, p. 50). Portanto, interpelado pela tela do computador e pelo arquivo que acaba de ser nomeado *tese*, pretendo explicar as razões de meu interesse de pesquisa, ou seja, explicitar o incômodo donde emana o ânimo de conhecer melhor o objeto que será estudado (a *libido sciendi*). Desejo também, com o objetivo de não me perder pelos labirintos da construção do conhecimento e de eventualmente indicar a outro andarilho as escolhas que fiz diante das encruzilhadas, seguir o método do personagem do conto de fadas: deixar alguns milhos no caminho, que proporcionem o permanente retorno reflexivo aos pressupostos da pesquisa. Onde conseguirei chegar ainda não sei – do contrário a pesquisa seria desnecessária – mas preciso ao menos saber de onde parti.

Este estudo é o resultado de minha pesquisa de doutorado, realizada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da

Universidade Federal de Santa Catarina, orientado pela professora Vera Regina Pereira de Andrade. Trata-se de um trabalho produzido no contexto do projeto e do grupo de pesquisa intitulado *Bases para uma criminologia do controle penal no Brasil: em busca da brasilidade criminológica*, coordenado por Vera Andrade. Portanto, meu objetivo é unir este esforço de pesquisa aos demais estudos que vêm sendo feitos no âmbito de tal grupo, todos interessados em compreender as especificidades do campo jurídico-penal e criminológico no Brasil. Tenho convicção que para superar o individualismo na pesquisa, “a visão literária (...) da ‘criação’ como ato singular do pesquisador isolado” (Bourdieu, 2005, p. 53), é fundamental construir projetos coletivos, de modo a dividir tarefas para chegar o mais perto possível da compreensão de determinado assunto¹.

Ao me deparar com a inexorabilidade do início da escrita, foi necessário levar a cabo o processo que Pierre Bourdieu chamou de socioanálise², ou seja, o reinvestimento dos instrumentos analíticos em

¹ Este trabalho começou a ser gestado a partir de minha atuação como assistente de pesquisa da dissertação de mestrado de Mariana Garcia, intitulada *A criminologia no ensino jurídico no Brasil*, orientada por Vera Andrade e defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em março de 2014. Ao longo da vivência na ilha de Santa Catarina e no grupo de pesquisa coordenado por Vera Andrade, aprendi que a pesquisa é uma atividade racional, e não uma “busca mística”, como lembra Bourdieu (2011, p. 18). Daí consolidou-se a opção pela “lógica rigorosa e modesta do trabalho coletivo, e a moral que o acompanha”, em detrimento da *visão da criação como ato singular do pesquisador isolado*, “que conduz tantos pesquisadores mal formados, intelectualmente desarmados, a preferir os sofrimentos, as dúvidas e, amiúde, os fracassos e a esterilidade do trabalho solitário ao que percebem como a alienação despersonalizante de um empreendimento coletivo” (Bourdieu, 2005, p. 53).

² A ideia de socioanálise permeia toda a obra do autor, constitui um dos seus pressupostos epistemológicos fundamentais e, inclusive, culmina na última obra escrita por Pierre Bourdieu (um ano antes de falecer), o *Esboço de auto-análise* (2005), na qual o sociólogo procura explicar cientificamente os condicionamentos sociais das suas tomadas de posição científicas. Conforme Bourdieu, “é ao tomar como objeto as condições históricas de sua própria produção, e não por uma forma qualquer de reflexão transcendental, que o sujeito científico pode obter certo domínio teórico de suas estruturas e de suas

direção ao próprio sujeito de pesquisa. Uma das tarefas da prática científica, do conhecimento produzido por meio da “imaginação metodicamente educada” (Weber, 1997, p. 95) é justamente auxiliar o indivíduo a compreender sua posição no mundo, os fios invisíveis que regem suas escolhas, as coerções sociais e as interdependências dentro das quais sua existência acontece. De modo que a socioanálise, ou a preocupação com as condições sociais do próprio trabalho, é uma das “principais armas da vigilância epistemológica” (Bourdieu, 2011, p. 38), tendo em vista que “toda a tomada de posição sobre o mundo social se ordena e se organiza a partir de uma determinada posição nesse mundo” (Bourdieu, 2011, p. 35).

Conforme explicarei mais detidamente adiante, o objeto deste estudo é o discurso dos juristas, especificamente dos penalistas. Como forma de delimitar a pesquisa, vou investigar o discurso de alguns dos penalistas atuantes durante a época da ditadura civil-militar brasileira. O *corpus* da pesquisa empírica será formado pelas publicações desse período, tais como manuais, livros monográficos, artigos e demais informações constantes em revistas científicas, anais de eventos e eventuais outras formas de divulgação científica e de socialização jurídica, bem como documentos oficiais. Almejo estudar as afinidades entre estes discursos e as justificativas mais amplas legitimadoras da ordem social. Os discursos jurídico-penais e criminológicos são formulados no “marco geral da concepção de mundo” (Zafaroni; Batista, 2003, p. 66) dos agentes que os emitem, e são constitutivos de visões sobre Estado, sobre as relações entre Estado e sociedade, sobre a sociedade, sobre a propriedade, sobre a moralidade, sobre o certo e o errado, o justo e o injusto, etc. Principalmente nas entrelinhas das produções das ciências criminais é possível encontrar as concepções ideológicas fundamentais do emissor, cuja reprodução contribui na construção simbólica da legitimidade. Sei que em alguns temas das ciências criminais emerge com maior nitidez a perspectiva ideológica e

inclinações, bem como das determinações das quais elas são o produto, assegurando-se assim do meio concreto de duplicar suas capacidades de objetivação” (2011, p. 26).

política do autor, mas mesmo em um texto sobre o *direito penal do cheque*, por exemplo, estará subjacente a visão de mundo de quem o escreveu. Daí que pretendo analisar o *corpus* mais amplo possível de publicações desta época, com foco nos subtextos, naquilo que *sobra*, naquilo que fica na *sombra* da técnica - com o olhar do espectador que repara nos bastidores, curioso quanto aos figurantes e mesmo quanto aos passarinhos que habitam a praça enquanto os protagonistas no centro da cena falam sério sobre o mote do filme; como quem dirige o olhar ao fundo da fotografia, ao que fica atrás da representação principal, imaginando sobre o que conversavam os dois velhinhos que casualmente apareceram na foto turística dos noivos em lua-de-mel.

Penso que este período histórico pode oferecer um fértil substrato empírico, já que a crise de dominação que resultou no golpe de 1964 e no posterior exercício do poder político por meio do que Florestan Fernandes chamou “autocracia burguesa” (2005, p. 337) exigiu intensos esforços de legitimação, nos quais os juristas tomaram parte. Uma das características centrais da “autocracia burguesa” foi o permanente trabalho ideológico de convencimento acerca da normalidade institucional, ancorado em grande parte na aparência da legalidade, possibilitada pelos discursos jurídicos. Portanto, trata-se de uma pesquisa sobre a dimensão simbólica da dominação, que tem sido estudada no âmbito do pensamento social a partir dos conceitos de ideologia, de produção da subjetividade, de sociodiceia, de poder simbólico, de espírito do capitalismo, etc. Tomarei partido sobre tais conceitos ao longo da tese, mas o que importa nesse momento é que o discurso dos penalistas – sobre temas jurídico-penais e criminológicos – é um dos pilares das “justificações morais do capitalismo” (Boltanski; Chiapelo, 2009, p. 41).

Por que o desejo de estudar o campo do qual faço parte? O primeiro capítulo da obra *Homo academicus* (2011), na qual Bourdieu toma por objeto de estudo o particular, o campo acadêmico francês, é intitulado “*Um livro para queimar*”? Seria esta uma “tese para queimar”? Sei que os grupos “não gostam muito dos que ‘traem um segredo’” e que “o aprendiz de feiticeiro que corre o risco de se

interessar pela bruxaria indígena e por seus fetiches, em vez de ir procurar nos trópicos os charmes tranquilizadores de uma magia exótica, deve esperar ver voltar-se contra si a violência que desencadeou” (Bourdieu, 2011, p. 25). O estudo das afinidades entre os discursos jurídicos e as ditaduras tende a ser obstaculizado pela própria estrutura do campo, na medida em que os acessos aos capitais simbólicos são “mais fáceis para quem sabe manter canais abertos, não provocar “antipatias”, impedir vetos informais e evitar a fama de ‘criador de caso’” (Seelaender, 2009, p. 416). Roberto Lyra Filho em certa ocasião disse o seguinte: “A minha independência não é poltrona macia; é cama de faquir, cheia de pregos” (1979, p. 06).

O campo a ser estudado foi pensado por Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista a partir do conceito de “sistema penal”. Segundo os autores, o sistema penal é o “conjunto de agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção” (2003, p. 60). Compõe o sistema penal as agências políticas, as judiciais, as policiais, as de comunicação social, as internacionais e as de reprodução ideológica (2003, p. 61). Ainda segundo Zaffaroni e Batista, os juristas exercem “tradicionalmente – a partir das agências de reprodução ideológica – o poder discursivo de legitimação do âmbito punitivo” (2003, p. 62). Os juristas-penalistas, portanto, por meio de suas aulas, suas publicações (manuais, artigos), suas palestras, seus pareceres, etc., contribuem para a reprodução ideológica das justificativas morais do poder punitivo, o que é o mesmo que dizer que a *legitimidade* da violência física exercida pelo Estado – a crença na validade da ordem e a conseqüente obediência que daí deriva – é, em parte, construída pelos discursos jurídico-penais e criminológicos. É claro que estas agências não são estanques. Diversos penalistas transitam entre as várias agências do sistema penal: são penalistas-advogados, penalistas-promotores de justiça, penalistas-magistrados, penalistas-membros de comissão de elaboração de leis e códigos penais, penalistas-diretores de penitenciária, penalistas-secretários ou ministros de Estado, penalistas-presidentes da república, etc. Tudo isso – as estratégias e as relações de força entre os agentes e as instituições – deve

ser levado em conta na análise do campo e de suas relações com os outros campos.

Comecei a me interessar pelas “ciências criminais” ainda no início da graduação, inebriado pela disciplina que, nas palavras de Roberto Lyra, fornece ao estudante “emulsão vivificante ao berçário das vocações jurídicas”. Inspirado por professores de direito penal e criminologia, iniciei os estudos destes temas. Paralelamente, comecei a estagiar em escritório de advocacia criminal, aprendendo deste modo a técnica e a postura correspondente à profissão. Após a formatura me tornei advogado criminalista, professor e pesquisador das ciências criminais. Durante algum tempo combinei estas duas atividades; naquela ocasião, os pressupostos com os quais trabalhava na condição de professor e pesquisador pareciam perfeitamente adaptáveis aos pressupostos da advocacia criminal e de seu mercado: na sala de aula, na labuta de pesquisa, na mesa do escritório ou nos corredores do Fórum, estava sempre a defender o “Estado Democrático de Direito”, as garantias fundamentais, as “regras do jogo”, etc. Por outro lado, ao longo dos anos de advocacia criminal pratiquei espécie de observação participante do campo jurídico, do que decorreu certo conhecimento empírico, principalmente acerca das relações não tão bem resolvidas entre a esfera científica (a faculdade de direito, os livros jurídicos, as editoras, etc.), o Estado e o mercado.

A continuidade dos estudos, principalmente da criminologia crítica, embaralhou esta aparente harmonia. Na dissertação de mestrado, estudei o tema do controle penal do uso de drogas tendo como referencial teórico a criminologia crítica e a antropologia cultural e urbana, e como premissa fundamental a ideia de relativização, de estranhamento em relação ao particular. No doutorado, aprofundi o estudo de teorias e autores que proporcionaram uma compreensão mais qualificada sobre o fenômeno do direito (Marx, Weber, Bourdieu, Geertz, as teorias críticas do direito, a tradição da sociologia e da historiografia brasileira, etc.). Ademais, na própria tradição do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, encontrei estudos sobre o direito e os juristas, tomados como

objeto da história ou da sociologia, inseridos aí os discursos jurídicos e as condições sociais de sua produção³. Creio que tudo isso permitiu a tomada de consciência em relação à *ilusão*, ou seja, a adesão imediata, que a pertença ao campo implica, aos pressupostos inscritos no próprio fundamento do funcionamento do campo (Bourdieu, 2011b, p. 222).

A ruptura com a experiência primitiva da socialização jurídica foi tão marcante, que dela parece ter derivado uma necessidade vital de compreensão. De início isto não estava claro. Constantemente me perguntava: “por que fui me atrever a tratar desse tema”? Bourdieu, em um diálogo com Terry Eagleton, publicado em livro organizado por Slavoj Žižek (1996), me tranquilizou. Na ocasião, o sociólogo francês disse que o problema que moveu o empreendimento científico de sua vida toda foi: “tentar compreender o que aconteceu comigo” (1996, p. 272).

Mesmo quando ainda não tinha antídotos para proteger-me da retórica bacharelesca e estava desprovido de instrumentos para diferenciar o joio do trigo, e antes de tomar pé das teorias que servirão a este esforço de compreensão, já desconfiava intuitivamente dos problemas que pretendo abordar. Era comum ouvir de colegas e *conselheiros* mais experientes o clichê de que o “advogado de sucesso deve ter uma grande biblioteca, ainda que não lida; e um carro de luxo, ainda que não pago”. Não me recordo de nada substancial em relação às palestras que assisti quando fui ao maior evento de ciências criminais do Brasil, mas tenho vivo na memória o estranhamento derivado do fato de que estar de terno e gravata era uma obrigação derivada de uma coerção social. Também lembro bem do luxo do hotel onde ocorrera o seminário, e que me parecia estranho falar dos injustiçados brasileiros, dos encarcerados, etc., em meio a tanta pompa. Também desde o início achei curiosa a forma de aprendizado jurídico, a “doutrina” e a “jurisprudência” geralmente tomadas como entidades existentes independentemente de seus emissores, quer dizer, reificadas.

³ Agradeço à Professora Vera Regina Pereira de Andrade e ao Professor Antônio Carlos Wolkmer, que em suas disciplinas ministradas no curso de Doutorado proporcionaram meu acesso a esta tradição.

Assim, ao decidir levar a sério o ofício de pesquisador, de tentar “pensar menos barato” (Bloch, 2001, p. 48), pratiquei espécie de “deserção”. Refugiei-me na universidade, desde onde escrevo esta tese, que toma os discursos jurídico-penais e criminológicos, as condições sociais de tais discursos e os agentes de tais discursos, em suas relações com a construção da legitimidade da ordem social, como interesse de pesquisa. Trata-se de um estudo típico da criminologia crítica, ou seja, de uma forma de abordagem, derivada do *criminological turn*, que passa a tomar os criadores, os legitimadores e os aplicadores das regras como objeto de pesquisa. Os juristas participam de todas estas fases, elaborando a legislação penal, legitimando a aplicação das leis penais por meio de seus discursos dotados de autoridade científica e aplicando o direito penal em qualquer das profissões jurídicas. Na perspectiva da criminologia crítica, usando as palavras de Howard Becker, estes agentes não estão mais imunes ao “escrutínio crítico” (2008, p. 197). Sua cultivada “ciência do direito penal”, conforme demonstrou Vera Andrade, exerce, sobretudo, uma função legitimadora, que contribui na construção de um engano, de uma “ilusão de segurança jurídica” (2003).

A partir desse *espanto* e da vigilância epistemológica em relação aos “conceitos grosseiramente formados” na existência cotidiana, ou seja, com as prenoções, que “são antes contrárias do que favoráveis ao estudo científico dos fenômenos sociais” (Durkheim, 2014, p. 15), foi possível tomar o “Estado Democrático de Direito”, as “garantias fundamentais” e outros conceitos semelhantes como objetos de análise, como expressões ambivalentes, e não como mantras inquestionáveis⁴. Também foi possível compreender que os rituais, a

⁴ Fiquei vários dias pensando na seguinte frase de Pierre Bourdieu, proferida em curso no *College de France* ministrado em 1989, cuja transcrição foi recentemente publicada em livro no Brasil: “(...) em meu trabalho comecei a escrever a palavra ‘Estado’ há somente dois ou três anos. Antes, eu jamais escrevia “Estado”, porque não sabia o que era, mas sabia o suficiente para desconfiar do uso, mesmo estenográfico, do conceito” (2014, p. 163). Durkheim, em seu tempo, também nos proporcionou esta lição de humildade intelectual: “No estado atual de nossos conhecimentos, não sabemos com certeza o que é o Estado, a soberania, a liberdade política, a democracia, o socialismo, o comunismo etc; o método aconselharia, portanto, a que nos

etiqueta, a *hexis* corporal do jurista, a *biblioteca repleta de livros ainda que não lidos e o carro importado ainda que não pago*, não são pormenores ou detalhes insignificantes, mas são constitutivos da autoridade do discurso jurídico, da construção simbólica da competência - aparentemente técnica, mas que é, fundamentalmente, social - de dizer o direito, dizer o que está certo e o que está errado, de dar razões, de praticar a *ciência do justo e do injusto*. Tal dimensão simbólica é constitutiva da “crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras” (Bourdieu, 2011, p. 15).

A “ruptura com a experiência autóctone” e o olhar relativizador permitem que os textos jurídicos objetos da pesquisa empírica sejam “examinados como um etnólogo examina os mitos de uma ‘sociedade primitiva’” (Althusser, 1996, p. 126), e considerados produtos culturais, construídos por agentes que agiam e pensavam sob a pressão da posição que ocupavam na estrutura social de determinado período histórico: “não há história das ideias isolada do sangue e do suor da história geral” (Berger; Luckmann, 2009, p.165). Os discursos jurídico-penais e criminológicos modernos são indícios de uma “sensibilidade jurídica”, de um “complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos” das quais resultam “sentidos de justiça”, necessariamente datados e construídos socialmente (Geertz, 2001, p. 261). Conforme Geertz, “a parte jurídica do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos,

proibíssemos todo uso desses conceitos, enquanto eles não estivessem cientificamente constituídos” (2014, p. 23). As passagens me chamaram a atenção para a quantidade de diletantismos que encontramos cotidianamente nos textos jurídicos, em razão da falta de rigor e de seriedade científica daqueles que repetem acriticamente, principalmente em “manuais”, todo o tipo de conceito, tomando como um dado a-histórico e universal aquilo que deveria ser o seu objeto de investigação, contribuindo assim na construção dos “falsos ‘dados’ do sistema jurídico”, como pensou Michel Mialle (2005, p. 111). Uma das conseqüências paradoxais da tentativa de levar a sério a prática científica é que dizer, escrever e pensar torna-se cada vez mais difícil.

princípios e valores limitados”, mas “uma maneira específica de imaginar a realidade” (2001, p. 259). O pensamento jurídico é construtivo das realidades sociais, e não um mero reflexo destas, ou seja, o direito é uma espécie de “imaginação social” (2001, p. 352). Desse ponto de vista, as ciências criminais podem ser consideradas “mecanismos conceituais de manutenção dos universos simbólicos, (...) propriedade de elites de especialistas, cujos corpos de conhecimento foram crescentemente afastados do conhecimento comum da sociedade em conjunto” (Berger; Luckmann, 2009, p. 146).

A decisão de tratar tanto das produções jurídico-penais quanto das criminológicas e político-criminais foi tomada a partir da constatação de que, no contexto brasileiro, o agente de tais produções é o mesmo: o jurista. Em razão da história da formação das ciências criminais, o saber dogmático e o criminológico compartilharam desde o final do século XIX e ao longo de todo o século XX os mesmos espaços de reprodução pedagógica e de divulgação científica, geralmente pelo labor intelectual de juristas. Desde então e até hoje é praticamente impossível dedicar-se exclusivamente à criminologia, em razão do que Max Weber denominou, em *A ciência como vocação*, de “condições externas da ciência” (2010, p. 90). O saber criminológico é produzido e ensinado no contexto do campo jurídico, nas faculdades de Direito, geralmente – salvo raras exceções - por pesquisadores e professores que também se dedicam ao direito penal. Os concursos das faculdades de Direito das universidades públicas, por exemplo, são sempre para “direito penal e criminologia”. O saber sobre o desvio, o crime, a violência, o controle social, o controle penal, etc., produzido no campo das ciências sociais, não é nominado criminologia, e não é raro que os pesquisadores deste campo pensem ainda que criminologia signifique “criminalística” ou antropologia criminal.

Tratarei deste assunto mais adiante, mas aqui é preciso explicar que o discurso a ser investigado é o do jurista⁵, produzido em nome das ciências criminais, tenha ele foco dogmático ou criminológico (ou, ainda, político-criminal). Inclusive porque na maior parte dos textos combinam-se ambas as abordagens, a concepção jurídico-penal e a criminológica: o discurso fundador da “ciência conjunta do direito penal” tinha como foco essencial o combate contra os “enemigos fundamentales del orden social, (...) os mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos os sexos y alcohólicos, rufiantes y *demimondaines*, degenerados espirituales y corporales”, ou seja, o “tipo de pessoa” que “nosotros solemos reunir en la denominación global de proletariado” (Liszt, 1994, p. 116). Por isso, as relações entre direito penal e a criminologia podem ser melhores compreendidas no marco de uma abordagem que integre estas duas formas de abordagem, não no sentido clássico⁶, em nome do “combate à criminalidade”, mas levando em conta que ambos os campos de produção do conhecimento tratam da *questão criminal*, das justificativas para o exercício do poder, das visões sobre o crime e o “criminoso”.

O fato que sacudiu as relações entre direito penal e criminologia foi o surgimento da perspectiva teórica nominada “criminologia crítica”, ou “sociologia do direito penal” (Baratta, 2002), do que derivou um campo de conhecimento autônomo, que toma o próprio sistema penal - incluído aí o direito penal, a criminologia tradicional, o amálgama que brota dessa relação e os agentes que constroem este saber - como objeto de estudo. É desde tal perspectiva que pretendo estudar a construção, por parte dos juristas, da “indústria conceitual” que mantém unidas as agências do sistema penal, ou seja, do conjunto de crenças compartilhadas que aglutinam, orientam e legitimam as práticas penais (Garland, 2008, p. 45).

⁵ Portanto, resta excluído da análise o saber criminológico produzido por não-juristas, principalmente por médicos, a não ser quando reverberem nos textos dos juristas.

⁶ Nas versões fundadas por Franz Von Litz e Arturo Rocco.

A delicadeza do assunto a ser pensado exige algumas precauções. É preciso encontrar o tom, de modo a fugir tanto da transformação do afazer científico em mera encenação laudatória com vistas à promoção de determinada personagem, quanto do objetivo de “julgar” os agentes que serão objetos de análise. Marc Bloch, citando Ranke para tratar das diferenças entre o julgamento e a compreensão, refere que “por muito tempo o historiador passou por uma espécie de juiz dos Infernos, encarregado de distribuir o elogio ou o vitupério aos heróis mortos” (2001, p. 125). Norbert Elias, também citando Ranke, argumenta no mesmo sentido, de que o núcleo do problema é que o “historiador distribui louvores e censuras”, ou seja, “distribui luz e sombra segundo critérios próprios, e costuma fazer essa distribuição como se fosse óbvia, conforme os ideais e os princípios de visão de mundo pelos quais opta de acordo com os *parti pris* de sua própria época” (2001, p. 31). Conforme Bloch, “à força de julgar, acaba-se, quase fatalmente, por perder até o gosto de explicar”, de maneira que o “olhar se turva sem remédio, e assim como o mundo dos maniqueus, a humana realidade vira apenas um quadro em preto e branco” (2001, p. 126).

Por isso, de um lado vou me afastar da prática laudatória - a distribuição recíproca de elogios e honrarias entre juristas, em biografias, artigos de homenagem, prefácios, etc., que é inclusive uma característica do campo a ser levada em conta. A compreensão da relação entre os discursos jurídicos, o Estado e a dominação social tem sido dificultada por estes produtos laudatórios, que contribuem para a reprodução de uma “memória seletiva, excludora ou suavizadora de todos os dados politicamente incômodos” (Seelaender, 2009, p. 429). Por outro lado, procurarei trabalhar “sem ânimos exaltados” e “considerações temperamentais” (Elias, 2001, p. 62), evitando a distribuição de *censuras* “à luz daquilo que de imediato aparece como bom ou ruim no presente” (Elias, 2001, p. 30). O julgamento, os adjetivos e as categorias de acusação obscurecem a compreensão: “então estaríamos tão seguros sobre nós mesmos e sobre nossa época para separar, na trupe dos nossos pais, os justos dos malditos?” (Bloch, 2001, p. 126).

Conforme expliquei, o *corpus* da pesquisa será formado por textos escritos por juristas acerca da questão criminal, no período da ditadura civil-militar. O objetivo, contudo, não é julgar suas realizações ou suas omissões do ponto de vista de suas “escolhas” pessoais, teóricas ou políticas, mas compreender seus discursos no contexto da posição social que ocuparam na rede de interdependências que constitui a sociedade. Portanto, os agentes sociais estudados nesta tese não serão vistos como “grandes personalidades históricas”, e a história não será pensada como uma sucessão de grandes feitos protagonizados por indivíduos descontextualizados e independentes. Os homens singulares estão imersos em relações de interdependência, dentro das quais se abre “um espaço para decisões individuais, ao mesmo tempo em que isso impõe limites à sua margem de decisão” (Elias, 2001, p. 55).⁷ No caso desta pesquisa, a compreensão dos escritos dos juristas, de suas tomadas de posição, só é possível se levamos em conta sua posição social na estrutura da sociedade na qual pensaram e agiram.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, nosso objetivo foi desenvolver o tema da relação entre o direito, a dominação social e as justificativas da ordem, por meio da análise dos conceitos de ideologia, legitimidade e violência simbólica, bem como acrescentar ao cabedal de instrumentos teóricos da criminologia crítica o aparato sociológico de Pierre Bourdieu, sobretudo a sua *teoria materialista do simbólico*. Assim, no primeiro capítulo trabalhamos as contribuições de Karl Marx, Max Weber, Norbert Elias e Pierre Bourdieu, para a compreensão da dimensão simbólica da dominação e o papel do direito nessa trama. No segundo capítulo, procuramos reler a história da formação das ciências criminais, tratando das *disputas corporativas pela propriedade do crime* que ocorrem no contexto do que nominamos

⁷ “Pelo menos em todas as sociedades estratificadas, a ‘oportunidade de grandes realizações’ individuais, que atrai os olhares de historiadores, dependeu durante muito tempo do fato de um indivíduo pertencer a grupos de elite específicos, ou da possibilidade de encontrar uma via de acesso a esses grupos. Sem a análise sociológica que leva em conta a estrutura de tais elites, praticamente não é possível julgar nem a grandeza nem o mérito das figuras históricas” (Elias, 2001, p. 42).

campo jurídico-penal a partir das chaves teóricas fornecidas pela sociologia do campo jurídico pensada por Pierre Bourdieu. Também no segundo capítulo, revisitamos os trabalhos que, na esteira da tradição da criminologia crítica, tomaram os penalistas, seus discursos e ações, como objeto de análise. Por fim, explicamos os aspectos centrais da pesquisa empírica realizada, cujos resultados são apresentados na segunda parte.

Na segunda parte, apresentamos os resultados da pesquisa empírica realizada. No terceiro capítulo, investigamos a dimensão simbólica da ditadura civil-militar, sobretudo no que toca ao trabalho social de produção do consenso e da obediência, no qual participaram diferentes “peritos em legitimação” (Berger; Luckmann, 2009, p. 165) ou “empreendedores morais” (Becker, 2008, p. 153). Primeiro tratamos das estratégias ideológicas do governo militar e dos valores que o regime procurou difundir, para depois demonstrarmos a contribuição dos juristas e, especificamente, dos penalistas, para a produção das narrativas de justificação da ordem. Nesse último caso, estudamos as visões dos penalistas notáveis sobre a própria ditadura civil-militar. No quarto capítulo, analisamos empiricamente os manuais de direito penal que eram os mais utilizados naquele momento histórico, com foco nas narrativas sobre as dimensões epistemológica, política, social e moral. No quinto capítulo, estudamos o processo de elaboração do Código Penal de 1969, procurando compreender a contribuição dos penalistas na elaboração legislativa promovida pelo regime militar e as opções político-criminais tomadas no período histórico. Vale ressaltar que o estudo está centrado no direito penal comum e por isso não englobará as discussões sobre os delitos e a repressão aos delitos políticos, geralmente em torno das leis de segurança nacional e da doutrina da segurança nacional. Trata-se de um recorte inevitável, pois a abertura desse flanco ampliaria demasiadamente o universo de pesquisa.

Por fim, esclareço que os grifos nas citações correspondem sempre ao texto original, ao passo que os grifos no decorrer da tese servem para marcar a importância de determinada expressão ou para

identificar o uso de categorias que pertencem ao patrimônio comum da teoria social.

PARTE 1

1 O ESTADO E O PODER SIMBÓLICO

1.1 Ideologia e legitimidade

Como é possível que a ordem social seja mantida dia após dia? Por que os indivíduos obedecem à determinada autoridade? Como a autoridade é constituída? Como o príncipe conseguiu dominar a massa de súditos? Como o Estado moderno garante a submissão de todos à ordem? Como a instância jurídica contribui para garantir a submissão? Por que as pessoas que vivem em condições sociais extremamente injustas não se revoltam?

A tentativa de construir respostas a estas perguntas mobilizou uma infinidade de empreendimentos intelectuais, desde os tratados de filosofia política até as obras mais importantes das ciências sociais.

Étienne de La Boétie, na segunda metade do século XIV, já tratava da “servidão voluntária”: “como é possível acontecer, que tantos homens, tantos burgos, tantas cidades, tantas nações, suportem às vezes um único tirano, que só tem o poder que lhe outorgam” (La Boétie, 2009, p. 32).

David Hume, em *The First Principles of the Government* (de *Essays and Treaties on Several Subjects*, publicado em 1758), colocou a questão em termos semelhantes:

Nada é mais surpreendente, para os que consideram os negócios humanos com um olhar filosófico, do que ver a facilidade com que o maior número é governado pelo menor número, e observar a submissão implícita com que os homens revogam seus próprios sentimentos e paixões em favor daqueles de seus dirigentes. Quando nos perguntamos por que meio essa maravilha, essa coisa espantosa é realizada, descobrimos que, como a força está sempre do lado dos governados, os

governantes não têm nada para sustentá-los senão a opinião. É, portanto, somente na opinião que o governo está baseado. Essa máxima estende-se aos governos mais despóticos e aos mais militares tanto quanto aos mais livres e aos mais populares (Hume apud Bourdieu, 2014, p. 223).

Max Weber fez perguntas parecidas: “quando e por que os homens obedecem? Sobre que justificação íntima e sobre que meios exteriores repousa esse domínio? (...) Como os poderes dominantes conseguem manter seu domínio?” (2010, p. 56). Norbert Elias recolocou o problema:

(...) como é possível que um único homem, decidindo direta ou indiretamente o destino de centenas de milhares, talvez até de milhões de homens, consiga conservar por anos a fio sua posição como soberano e o grande raio de alcance de suas decisões proporcionado por essa posição? (...) Por que centenas de milhares de pessoas efetivamente obedecem a um único indivíduo, não só numa situação crítica, mas no decorrer da vida social comum, em sua rotina normal? (2001, p. 46).

Conforme Pierre Bourdieu, costumamos nos impressionar mais com a mudança - as rebeliões, as subversões, as insurreições e as revoluções - quando “o assombroso, o espantoso, é o inverso: o fato de ser a ordem tão frequentemente observada”. E “é essa espécie de espanto” que constitui o “ponto de partida das reflexões rigorosas” (2014, p. 224). Para o autor, o problema fundamental é: “como é possível que se obedeça ao Estado? Como é possível que os dominados obedeçam?” (2014, p. 225).⁸

⁸ Pierre Clastres contribuiu para a compreensão desta problemática, tendo partido das mesmas perguntas: “que formidável acontecimento, que revolução permitiram o surgimento da figura do Déspota, daquele que comanda os que obedecem? De onde provém o poder político?” (2003, p. 218). Em seu projeto intelectual, o autor interessou-se em estudar a dimensão política no contexto das sociedades ditas arcaicas, das sociedades sem Estado, nas quais o Estado não foi inventado, nas quais, em termos etnocêntricos, não houve a passagem da

Diversos pontos fundamentais do pensamento social encontram-se subjacentes nestas perguntas. A relação entre indivíduo e sociedade, entre a estrutura e a ação social, entre as instituições e as “escolhas pessoais”; no fundo, a compreensão sobre como as determinações sociais se tornam “sangue e carne”, produzem subjetividades. Neste contexto, foi constituído um patrimônio comum de conceitos desenvolvidos por autores de distintas tradições, mas que comumente se debruçaram sobre tais mistérios: *ideologia, falsa consciência, consciência de classe, hegemonia, aparelhos ideológicos do Estado, controle social, socialização, construção social da realidade, teodiceia, sociodiceia, disciplina*, etc. O interesse comum que moveu o desenvolvimento de todos estes conceitos foi compreender a gênese e a inculcação das justificativas morais da ordem social, ou da *propaganda que o mundo tal como ele é faz de si mesmo*, tanto do ponto de vista do modo de produção – as justificativas morais do capitalismo –, quanto do ponto de vista do modo de administração – as justificativas morais do Estado, isto é, da dominação e do exercício do poder político. Como as pessoas são convencidas a, diariamente, *fazer tudo sempre igual?*

O modelo⁹ construído por Karl Marx (e por Friedrich Engels) é espécie de fonte intelectual obrigatória para a reflexão sobre estas

“barbárie à civilização”. O autor almejou compreender que características das sociedades primitivas resultam no “não surgimento” do Estado: “se parece ainda impossível determinar as condições de aparecimento do Estado, podemos em troca precisar as condições de seu não-aparecimento” (2003, p. 218). Para Clastres, trata-se de desvendar o “enigma de um poder ‘impotente’” (2003, p. 41), pois aquele que é chamado “chefe indígena” não dispõe de “nenhuma autoridade, nenhum poder de coerção, de nenhum meio de dar ordem” (2003, p. 218), de modo que “se existe alguma coisa completamente estranha a um índio, é a ideia de dar uma ordem ou de ter de obedecer, exceto em circunstâncias muito especiais como em uma expedição guerreira” (2003, p. 30). Trata-se de uma contribuição fundamental, que se constitui em um formidável recurso comparativo para os estudos acerca da gênese do Estado moderno.

⁹ Segundo C. Wright Mills, “um modelo é um inventário mais ou menos sistemático dos elementos aos quais devemos prestar atenção para compreender alguma coisa. Não é verdadeiro nem falso: tem graus variados de utilidade e adequação” (1968, p. 41). Conforme Mills, “quem não se viu às voltas com as

indagações. Não há dúvida que na obras de Marx encontramos contribuições valiosas sobre estes temas, que influenciaram decisivamente os posteriores desenvolvimentos levados a cabo por outros pensadores. Na elaboração do materialismo histórico como método de compreensão dos fenômenos, como ciência das formações sociais, Marx mostrou que é preciso compreender as relações entre as produções mentais (ideias, ideologias, crenças jurídicas e éticas, etc.) e as suas determinações existenciais. No *prefácio de Contribuição à crítica da economia política*, encontram-se as indicações essenciais para uma análise materialista da forma política, jurídica e ideológica: a estrutura econômica da sociedade, formada pelas relações de produção (relações determinadas, necessárias, independentes da vontade, que os homens travam na produção social da existência) constitui a “base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e a qual corresponde determinadas formas de consciência social” (Marx, 1983, p. 24)¹⁰. O “modo de produção dos meios materiais de existência

ideias do marxismo não pode ser um cientista social adequado; quem acredita que o marxismo encerra a última palavra, também não o pode ser” (1968, p. 13). Além disso, “não há, na verdade, um Marx: todo o estudioso tem de fazer seu próprio Marx” (1968, p. 45). Nesse sentido, a leitura de Marx inscrita nesta tese é em grande parte condicionada pela interpretação de autores que não se declaram “marxistas”, mas que dialogaram com o pensamento de Marx, utilizando seu modelo como ferramenta indispensável, embora não infalível, à compreensão dos objetos acerca dos quais pensaram. Sobre isso, vale lembrar o “eu não sou marxista” de Marx.

¹⁰ Para Althusser, “essa representação da estrutura de toda a sociedade, como um edifício que contém uma base (infra-estrutura) sobre a qual se erigem os dois ‘andares’ da superestrutura, constitui uma metáfora, ou, para ser exato, uma metáfora espacial: a metáfora de uma tópica. (...) o objetivo da metáfora do edifício é, antes de tudo, representar a ‘determinação em última instância’ pela base econômica” (1996, p. 110). Conforme Berger e Luckmann, o debate acerca da espécie de determinação (do ser social em relação à consciência; da infra-estrutura em relação à superestrutura), que Marx tinha em mente, foi o motor da “grande luta com Marx” que caracterizou a “Idade Clássica” da sociologia em geral, de modo que “neste ponto a controvérsia se tornou violenta a respeito do próprio pensamento de Marx (2009, p. 16). Segundo Merton, uma das linhas do marxismo, desde *A ideologia alemã* até os últimos escritos de

condiciona todo o processo de vida social, política e intelectual”, de modo que “não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu lugar social que, inversamente, determina a sua consciência” (Marx, 1983, p. 24). No modelo de Marx, a base existencial é constituída pelas relações de produção, que conformam uma estrutura de classes e posições sociais objetivamente distintas nessa estrutura. Portanto, a análise da gênese das ideias dos indivíduos deve levar em conta as suas bases sociais, especificamente a posição de classe.

No sistema de produção capitalista, “os proprietários da simples força de trabalho, os proprietários do capital e os proprietários de terra, cujas fontes de renda são, respectivamente, o salário, o lucro e a renda, isto é, os assalariados, os capitalistas e os proprietários fundiários” constituem as três grandes classes (Marx, 2013, p. 77).¹¹ O lugar que o sujeito ocupa na estrutura de classes condiciona decisivamente a forma pela qual vê o mundo. Robert K. Merton, tratando da relação entre o conhecimento e a base social nos autores seminais da sociologia do conhecimento, pontua que em Marx “não há um determinismo estrito das ideias pelas condições econômicas”; antes a “estrutura econômica constitui o enquadramento que limita o espectro de ideias que se tornarão socialmente efetivas” (2013, p. 144): nas

Engels, consiste “em uma definição (e delimitação) progressiva do modo pelo qual as relações de produção de fato condicionam o conhecimento e as formas de pensamento” (2013, p. 119).

¹¹ Nesta citação encontramos a *concepção estrutural* de classe social, pois Marx acreditava que na “época da burguesia” os antagonismos entre as classes seriam simplificados, tendo em vista que as camadas inferiores da classe média progressivamente se tornariam proletárias, em razão da inviabilidade da competição com os grandes capitalistas e da perda de valor de suas habilidades profissionais diante dos novos métodos de produção: “a sociedade, como um todo, divide-se cada vez mais em dois grandes campos hostis, em duas grandes classes que se defrontam – a burguesia e o proletariado (Marx *apud* Mills, 1968, p. 51). Contudo, nos textos nos quais Marx analisa empiricamente situações históricas, como *A luta de classes na França* e *O 18 brumário*, aparecem outras classes e frações de classe, como a burguesia financeira, a burguesia industrial, a burguesia comercial, a pequena burguesia, a classe camponesa, a classe proletária e o lumpenproletariado.

palavras de Marx, em O dezoito brumário, “os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado” (Marx, 2011, p. 25).

O tema da dominação e da obediência é pensado nesta moldura analítica a partir dos conceitos de luta de classes, de ideologia e de falsa consciência. As visões de mundo que todos os indivíduos podem chegar a ter estão enquadradas pela condição de classe, “uma classe só pode ver o mundo em função de sua própria situação” (Aron, 2008, p. 272). Deste modo, mesmo a burguesia é *falsamente consciente*. É certo que suas definições da realidade são correspondentes aos seus objetivos de dominação, mas isso não deriva de uma consciência maquiavélica, e sim da própria posição social que ocupa. Os economistas ou os juristas burgueses, por exemplo, ao elaborarem suas teorias, não tem por objetivo enganar seus leitores; antes eles mesmos estão enganados, inevitavelmente limitados por aquilo que se oferece à visão nas suas condições de existência.

A burguesia, classe dominante, “cria o mundo a sua própria imagem” (Marx *apud* Mills, 1968, p. 77), e impõe esta visão de mundo, adequada aos seus interesses, aos dominados. Conforme Marx, “as ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes, isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, a força espiritual dominante” (2007, p. 46):

A classe que tem à sua disposição os meios de produção material dispõe também dos meios de produção espiritual, de modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao mesmo tempo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios de produção espiritual. As ideias dominantes não são nada mais do que a expressão ideológica das relações materiais dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como ideias; portanto, são a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante, são as ideias de sua dominação. Os indivíduos que compõe a classe

dominante possuem, entre outras coisas, também consciência e, por isso, pensam; na medida em que dominam como classe e determinam todo o âmbito de uma época histórica, é evidente que eles o fazem em toda sua extensão, portanto, entre outras coisas, que eles dominam também como pensadores, como produtores de ideias, que regulam a produção e a distribuição das ideias de seu tempo; e, por conseguinte, que suas ideias são as ideias dominantes da época.

A classe burguesa difunde suas “falsas concepções interesseiras”, de modo a “erigir em lei da natureza e da razão” as relações sociais oriundas do modo de produção e de propriedade capitalistas (Marx *apud* Mills, 65). Produz uma ideologia correspondente aos seus objetivos de dominação de classe, dotando seus interesses particulares do selo da universalidade. A classe dominante também controla o conteúdo da cultura, os *meios de produção espiritual* e de difusão das ideias. Daí que a cultura é, “para imensa maioria dos homens, apenas “um adestramento que os transforma em máquinas” (Marx *apud* Mills, 1968, p. 34). A luta de classes também ocorre na dimensão simbólica, fundamentalmente por meio da produção de ilusões, da dissimulação acerca das reais relações de poder e de dominação, derivadas da estrutura econômica.

Assim, a ideologia dominante é compartilhada não apenas pelos que dela se beneficiam, mas também pelos dominados. As formas superestruturais (ideológicas) – religião, direito, ciência, etc – constituem uma “apologia da ordem existente” (Merton, 2013, p. 101) e contribuem para a dominação, adestrando os trabalhadores. Os proletários estão iludidos, estão enganados, estão narcotizados (“a religião é o ópio do povo”), são portadores de uma *falsa consciência*¹².

¹² “Os homens que não participam dessa classe dominante, mas aceitam suas definições de realidade e de seus próprios interesses, são ‘falsamente conscientes’” (Mills, 1968, p. 92). O tema da falsa consciência e de ideologia levanta inúmeros problemas. Na definição de Wright-Mills, acima transcrita, apenas os dominados são falsamente conscientes, o que está em contradição

Em síntese, a ideologia dominante, produzida e veiculada pela classe dominante, produz justificativas à exploração e com isso domestica os dominados, que assim “trabalham sozinhos” – “com exceção dos ‘maus sujeitos’, que vez por outra provocam a intervenção de um dos destacamentos do Aparelho (Repressivo) de Estado” (Althusser, 1996, p. 138)¹³.

com a ideia de que ninguém escapa às limitações que a existência impõe à consciência. Nas definições dos manuais, a ideologia é a “falsa consciência, ou a falsa representação, que uma classe social tem a respeito da própria situação, e da sociedade em conjunto” (Aron, 2008, p. 272); ou a ideologia é o “conjunto de representações da realidade que servem para legitimar e consolidar o poder das classes dominantes” (Sell, 2010, p. 52). Para Berger e Luckmann, a falsa consciência está ligada à consciência reificadora, ou seja, “a apreensão de fenômenos humanos como se fossem coisas, isto é, em termos não humanos ou possivelmente super-humanos. (...) a reificação é a apreensão dos produtos da atividade humana como se fossem algo diferente dos produtos humanos, como se fossem fatos da natureza, resultados de leis cósmicas ou manifestações da vontade divina. A reificação implica que o homem é capaz de esquecer sua própria autoria do mundo humano, e, mais, que a dialética entre o homem, o produtor, e seus produtos, é perdida de vista pela consciência (2009, p. 118). O conceito de ideologia poderia ser objeto da mesma constatação realizada por Geertz acerca do de cultura (com o qual, aliás, se confunde), cuja infinidade de definições produz o que o autor inglês chamou “pantanal conceptual” (2008, p. 04). Bourdieu também refere que a noção de ideologia é “vaga e obscura” (2014, p. 319). Para uma interessante compilação de textos sobre o tema da ideologia, conferir o livro *Um mapa da ideologia*, organizado por Slavoj Žižek (1996). De qualquer modo, o importante é que nessa *areia movediça* da ideologia e da falsa consciência encontramos uma das *fundações* da possibilidade de conhecimento científico do mundo social. Na conhecida passagem de Marx, de que “não se julga um indivíduo pela ideia que ele faz de si próprio”, sendo necessário “explicar esta consciência pelas contradições da vida material” (1983, p. 25), consta a fundamentação do postulado de que cabe ao cientista social interpretar os dados empíricos sobre as justificações internas das condutas, já que os homens não conseguem, em geral, compreender o conflito no qual estão inseridos.

¹³ Como um teórico evolucionista, Marx também elaborou uma teoria da revolução, e como um teórico racionalista, pensou esse tema a partir da hipótese de que os proletários, ao longo do processo histórico, tomariam *consciência* acerca do conflito, constituindo-se assim em classe revolucionária. Este processo não aconteceria por acaso, mas seria inevitável diante das contradições

Segundo Joachim Hirsch, “(...) Marx não se ocupou sistematicamente do Estado ou, mais precisamente, da forma política da sociedade burguesa. Em sua obra encontram-se mais exposições esporádicas, por vezes datadas e ocasionalmente também algo equívocas, ou pelo menos mal entendidas sobre esse tema” (2010, p. 19). Contudo, é certo que o “Estado é explicitamente concebido com um aparelho repressor”, ou seja, uma “máquina de repressão que permite às classes dominantes (...) assegurarem sua dominação sobre a classe trabalhadora, submetendo estas últimas ao processo de extorsão da mais-valia” (Althusser, 1996, p. 111).¹⁴ O aparelho repressivo não se confunde com o poder estatal, isto é, com o domínio que uma classe ou uma aliança entre classes e frações de classe podem chegar a ter sobre tal aparelho. Por isso, “toda a luta política de classes gira em torno do Estado, (...) em torno da posse, isto é, da tomada e preservação do poder estatal por uma certa classe, ou por uma aliança entre classes e frações de classe” (Althusser, 1996, p. 113), ou seja, em torno da

e das crises inerentes ao capitalismo. É a própria burguesia quem “produz seus próprios coveiros”, quem, “dá ao proletariado seus próprios elementos de educação política e geral, (...) quem fornece armas ao proletariado para lutar contra ela” (Marx *apud* Mills, 1968, p. 59). A sociedade industrial, dominada pela burguesia, produziu proletários, e os aglutinou no chão da fábrica. A partir daí, esta classe (“classe em si”), começa a lutar contra a burguesia, primeiro desde a “luta de trabalhadores individuais, depois pela turma operária de uma fábrica, depois pelos que operam em um ramo do negócio, em uma localidade, contra os burgueses individuais que os exploram diretamente” (Marx *apud* Mills, 1968, p. 58). Também constituindo partidos operários, votando em representantes dos proletários e transformando a maioria da sociedade em maioria nas instituições da democracia moderna. Assim, progressivamente, em meio à luta, a classe estrutural vai se tornando uma classe consciente de seus interesses (“classe para si”), até que “nos tempos em que a luta de classes se aproxima da hora decisiva” (Marx Mills, 1968, p. 59), a classe revolucionária levaria a cabo sua missão histórica, colocando fim à *pré-história da humanidade*. Num trabalho que trata da questão criminal, é importante lembrar que no esquema marxista as condições de vida do lumpenproletariado, dos *mais pobres entre os pobres*, da “escória social”, “preparam-na (...) para o papel de um instrumento subordinado da intriga reacionária” (Marx Mills, 1968, p. 60).

¹⁴ “Según Marx, el Estado es un órgano de dominación de clase, un órgano de opresión de una clase por otra, es la creación del ‘orden’ que legaliza y afianza esta opresión, amortiguando los choques entre las clases” (Lenin, 2012, p. 16).

monopolização do controle dos meios para o exercício da violência. Em suma, o controle do aparelho repressivo – da polícia, dos tribunais, dos presídios, do exército – possibilita a manutenção da ordem social, a defesa da propriedade e das condições de reprodução das relações de produção: a garantia da paz burguesa.

O Estado é pensado nessa perspectiva a partir da função que lhe é atribuída, qual seja a de garantir a dominação de uma classe em relação à outra: o “poder político é o poder organizado de uma classe para a opressão da outra” (Marx Mills, p. 70); “o Estado é (...) a forma de organização que os burgueses se dão necessariamente, (...) para a garantia recíproca de sua propriedade e de seus interesses” (Marx, 2007, p. 75); “o poder executivo do Estado moderno é apenas uma comissão para gerir os negócios comuns de toda a burguesia” (Marx *apud* Mills, p. 52).

Na teoria sobre a gênese do Estado, desenvolvida claramente por Engels em *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, o Estado “é um produto da sociedade”, surgido no momento em que “a sociedade está enredada numa irremediável contradição com ela própria, que está dividida em oposições inconciliáveis de que ela não é capaz de se livrar” (Engels, 2009, p. 209). Assim, para que estas “classes com interesses econômicos em conflito não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, tornou-se necessário um poder situado aparentemente acima da sociedade, chamado a amortecer o choque dentro dos limites da ‘ordem’” (Engels, 2009, p. 209), sendo tal poder o Estado. As características essenciais do Estado são a existência de um território, de uma força pública, de uma força policial e a cobrança de impostos (Engels, 2009, p. 210).

Portanto, tal análise centra o foco na dimensão repressiva do poder estatal¹⁵, motivo pelo qual ficamos sem resposta sobre o “como”

¹⁵ Uma infinidade de análises teóricas sobre o Estado que se apóiam no modelo marxista foram desenvolvidas ao longo do século XX. Conforme Hirsch é possível agrupá-las em duas correntes: a teoria do Estado do marxismo soviético, que “concebeu o Estado como instrumento das classes dominantes e de suas frações; e as teorias desenvolvidas no âmbito do *marxismo ocidental*,

da dominação: a obediência e a submissão são garantidas apenas pela força? Como é produzida a submissão voluntária?¹⁶ Como pode ter surgido esse espantoso fenômeno que é o Estado? Como o Estado conseguiu concentrar os recursos físicos, desapossando os demais indivíduos dos meios de exercício da violência? Do ponto de vista específico deste estudo, que processo resultou na pena pública? Como o Estado conseguiu acumular recursos simbólicos, isto é, legitimar-se? Quais foram os agentes que construíram o Estado? Quais eram seus interesses? Como se formou o campo jurídico? Como um corpo de

principalmente “a teoria da hegemonia de Antonio Gramsci, o marxismo estruturalista de Louis Althusser, assim como a obra desenvolvida por Nicos Poulantzas” (2010, p. 21). Nessa última perspectiva, “a relação entre o Estado e a estrutura de classes da sociedade capitalista é vista de maneira mais mediatizada e complexa, e no seu centro encontra-se a hipótese de uma ‘autonomia relativa do Estado em relação a todas as classes. (...) O Estado não é visto como simples aparelho repressivo de opressão de classe, mas, ao mesmo tempo, como instância ideológica e parte integrante de amplas relações hegemônicas, definidas pelo pensamento e a ação dos indivíduos. (...) o Estado ou o político não são considerados aqui simples reflexo das estruturas econômicas, ou ‘superestrutura’, mas um campo de ação que possui condições e dinâmicas próprias” (2010, p. 22).

¹⁶ Foi para dar conta dessas questões que Althusser construiu a teoria dos aparelhos ideológicos de Estado. Escrevendo em 1970, o autor afirmou que “para fazer progredir a teoria [marxista] do Estado, é indispensável levar em conta não apenas a distinção entre poder estatal e Aparelho de Estado, mas também uma outra realidade que está claramente ao lado do Aparelho (Repressivo) de Estado, mas não se confunde com ele” (1996, p. 114). O que distingue os aparelhos repressivos dos aparelhos ideológicos é que os primeiros funcionam, majoritariamente, pela repressão, enquanto os segundos funcionam, majoritariamente, pela ideologia. Os aparelhos ideológicos de Estado - a religião, a escola, a família, os partidos políticos, os sindicatos, a mídia, a arte, etc - constituem o “alvo, mas também o lugar da luta de classes” (1996, p. 117). Os aparelhos ideológicos de Estado “contribuem para um mesmo resultado”, qual seja a “reprodução das relações de produção” (1996, p. 121); são “relativamente autônomos” (1996, p. 118) e, além disso, “cada qual contribui para esse resultado da maneira que lhe é própria” (1996, p. 121), ou seja, cada um possui uma lógica específica. Existem notórias confluências entre esta perspectiva e o desenvolvimento científico que Max Weber levou a cabo, ao pensar a *legalidade específica* de cada uma das esferas da sociedade, apesar de Weber não ser citado no ensaio de Althusser.

especialistas – os juristas – construiu seu monopólio, desapossando a todos da autogestão dos conflitos, *confiscando* o conflito?

É certo que Marx trata vez ou outra da divisão entre o trabalho espiritual e o trabalho material, e dos agentes que aparecem como “pensadores dessa classe [burguesa], como seus ideólogos ativos, criadores de conceitos, que fazem da atividade de formação da ilusão dessa classe sobre si mesma o seu principal meio de subsistência” (2007, p. 47); também menciona a “ilusão dos juristas”, a criação de “ilusões jurídicas”, e em suas anotações para o desenvolvimento de um programa de estudos, em *A ideologia alemã*, indica que os agentes religiosos, os juristas, os políticos e os moralistas são ideólogos a serem considerados¹⁷. Ademais, Marx também indicou claramente que o principal recurso simbólico do Estado e da classe que o monopoliza é o recurso ao universal: “toda nova classe que toma o lugar de outra que dominava anteriormente é obrigada, para atingir seus fins, a apresentar seu interesse como interesse comum, de todos os membros da sociedade”, ou seja, “é obrigada a dar à suas ideias a forma da universalidade, a apresentá-las como únicas racionais, universalmente válidas” (2007, p. 48).

Mas, a partir daqui, a perspectiva marxista deve ser complementada. Em primeiro lugar, para seguir pensando na questão *como é possível que os dominantes dominem?*, é imprescindível levar em conta o tema do *reconhecimento da legitimidade*, “noção constituída sociologicamente por Weber” (Bourdieu, 2014, p. 237). Em segundo lugar, é necessário levar em conta a “existência de agentes específicos de produção de universos de produção específicos, (...) cuja lógica de funcionamento se precisa compreender para compreender os fenômenos

¹⁷ Nesse ponto, geralmente é citada a passagem na qual Engels confere “relativa autonomia ao direito” e dispõe que para se compreender corretamente a esfera jurídica, é preciso levar em conta a lógica específica do corpo de juristas: “Assim que a nova divisão do trabalho que cria os advogados [juristas] profissionais torna-se necessária, outra esfera nova e independente é aberta, a qual, a despeito de toda sua dependência geral da produção e do comércio, já tem sua própria capacidade de reagir a essas esferas (Engels, *apud* Merton, 2013, p. 127).

simbólicos” (Bourdieu, 2014, p. 238). Ou seja, para compreender a religião ou o direito é preciso, segundo Max Weber, saber o que fazem e o que pensam os agentes religiosos ou jurídicos, quem são, quais são seus interesses, com quem concorrem, que armas manejam etc., ou seja, estudar os respectivos universos de produção específicos “cuja lógica autônoma de funcionamento se precisa compreender para compreender os fenômenos simbólicos” (Bourdieu, 2014, p. 238).

Os dois conceitos gêmeos que nos interessam, que Weber construiu ao longo de sua “proveitosa batalha com o materialismo histórico” (Gerth; Mills, 2010, p. 45)¹⁸, são o de legitimidade e o de teodiceia. Conforme Gerth e Mills, “Weber partilha, com Marx, de uma tentativa de colocar os fenômenos ‘ideológicos’ nalguma correlação com os interesses ‘materiais’ das ordens econômica e política” (2010, p. 34). No entanto, estudando principalmente a esfera religiosa, Weber negava a tese de que a “natureza específica da religião constitui uma

¹⁸ Milhares de páginas foram escritas acerca das relações entre o pensamento de Karl Marx e de Max Weber. Neste estudo tento integrá-los principalmente a partir das leituras de Pierre Bourdieu. Na introdução que Hans Gerth e C. Wright Mills escreveram para a tradução inglesa de *Ensaio de Sociologia*, encontramos um fértil cotejamento entre as categorias centrais dos autores. Para os sociólogos, “Weber não se opõe diretamente ao materialismo histórico como totalmente errado; nega-lhe simplesmente a pretensão de estabelecer uma sequência causal única e universal”, tendo em vista que “como visão da história mundial, o marxismo lhe parecia uma teoria monocausal insustentável e, com isso, prejudicial a uma reconstrução adequada das conexões sociais e históricas” (2010, p. 33). Ainda conforme Gerth e Mills, parte da obra de Weber pode ser considerada uma tentativa de “completar o materialismo econômico de Marx com um materialismo político e militar” (2010, p. 33), pois, ao passo que Marx pensa no processo de acumulação primitiva dos meios de produção, Weber pensa na acumulação primitiva dos meios de administração. Para Weber, a separação do trabalhador assalariado dos meios de produção, enfatizada por Marx, é apenas um caso especial dentro de uma tendência universal: “o soldado moderno está igualmente ‘separado’ dos meios de violência; o cientista, dos meios de indagação; o servidor público, dos meios de administração” (2010, p. 35). Além disso, apesar de Weber não negar a existência da luta de classes e a sua importância na história, não a considera o fator preponderante. Por fim, contrapõe uma filosofia da história da contingência a uma filosofia da história da necessidade. Conforme Bourdieu, “Max Weber se dizia marxista, o que perturba tanto os marxistas quanto os weberianos” (2014, p. 466).

simples ‘função’ da camada que surge como sua adepta característica, ou que ela represente a ‘ideologia de tal camada, ou que seja ‘reflexo’ da situação de interesse material ou ideal” (Weber, 2010, p. 191). São inquestionáveis as influências sociais, determinadas econômica e politicamente, sobre a ética religiosa, mas ela “recebe sua marca principalmente das fontes religiosas e, em primeiro lugar, do conteúdo de sua anunciação e promessa (Weber, 2010, p. 191), e não dos interesses das classes dominantes. Em seu estudo sobre o a *ética protestante e o espírito do capitalismo*, Weber procurou explicar a “emergência de um modo de ver portado por um grupo de pessoas” (2004, p. 48), e demonstrar que, “ao menos na terra natal de Benjamin Franklin”, o “espírito do capitalismo” (...) existiu antes do “desenvolvimento capitalista” (2004, p. 48). Deste modo, criticou a concepção do que chamou de “materialismo histórico ingênuo” segundo a qual “‘ideias’ (...) são geradas como ‘reflexo’ ou ‘superestrutura’ de situações econômicas” (2004, p. 48). Conforme Weber, as ideias não “desabrocham feito flor” e para que dada ideia possa se impor, ela tem de “travar um duro combate contra um mundo de forças hostis” (2004, p. 49).

Para evitar relacionar as ideias e os interesses a partir dos conceitos de “reflexo” ou “correspondência”, Weber manjava o de *afinidades eletivas*. Em princípio, “não há correspondência entre o conteúdo de uma ideia e os interesses dos que a seguem desde a primeira hora”, mas com o tempo “as ideias são desacreditadas em face da História, a menos que apontem o caminho de conduta favorável aos vários interesses” (Gerth; Mills, 2010, p. 44). Assim, “as ideias, selecionadas e reinterpretadas da doutrina original, ganham uma afinidade com os interesses de certos membros das camadas especiais; se não conseguirem tal afinidades, são abandonadas” (Gerth; Mills, 2010, p. 44)¹⁹.

¹⁹ “O profeta não foi, regularmente, descendente ou representante das classes desfavorecidas. Ocorreu (...) quase sempre o inverso. Nem o conteúdo da doutrina do profeta foi extraído, de forma preponderante, do horizonte intelectual daquelas classes. Em geral, porém, os oprimidos, ou pelo menos os

Nessa perspectiva a dimensão simbólica é pensada a partir dos conceitos de teodiceia e de legitimidade, e não mais em termos de ideologia e de falsa consciência. Weber vislumbrava que a desigual distribuição das *fortunas* precisa ser legitimada, que há uma imperativa “necessidade de uma interpretação ética do ‘significado’ da distribuição das fortunas entre os homens” (2010, p. 194). Tanto a boa sorte de alguns, quanto o sofrimento de outros, necessita de algum tipo de justificação moral, de alguma justificação íntima que legitime o “merecimento” dos privilegiados quanto aos seus privilégios, e que sustente a esperança dos injustiçados, dos sofredores, em uma vida melhor, ainda que após a morte.

Os afortunados raramente se contentam com o fato de serem afortunados. Além disso, precisam saber que têm o direito à sua boa sorte. Desejam ser convencidos de que a “merecem” e, acima de tudo, que a merecem em comparação com os outros. Desejam acreditar que os menos afortunados também estão recebendo o que merecem. A boa fortuna deseja, assim, legitimar-se (Weber, 1979, p. 314).

Para Weber, “os sistemas, determinados religiosamente, de regulamentação da vida, que conseguiram reunir à sua volta multidões de crentes” (2010, p. 189) atenderam psicologicamente a esta necessidade de legitimação, que deriva de “fortes necessidades do homem”. Ao proporcionar a “teodiceia da boa fortuna para os que são afortunados”, isto é, ao legitimar o merecimento em relação aos próprios bens (*honras, poder, posses e prazer*), a teodiceia realiza “os interesses externos e íntimos dos homens dominantes, os proprietários, os vitoriosos e os sadios” (2010, p. 192). Da mesma forma, a religião ofereceu aos oprimidos uma “teodiceia racional do infortúnio”, que cumpriu a função de justificar a “incongruência entre o destino e o

ameaçados por uma desgraça, necessitavam de um redentor e de um profeta; os afortunados, as camadas dominantes, não tinham tal necessidade” (Weber, 2010, p. 194)

mérito” (2010, p. 194), cujo conteúdo é geralmente fundado nas ideias de *redenção* e de *salvação*, diante da crença na *missão* e na *tarefa* que lhes foi atribuída por Deus, o que contribuiu para a atribuição de um valor positivo ao sofrimento.

Weber estudou a fundo o conteúdo das teodiceias religiosas, tendo em vista a centralidade que esta esfera ocupou até o limiar da modernidade²⁰. Notou que a teodiceia do sofrimento encontrou dificuldades crescentes à medida que “os reflexos religiosos e éticos sobre o mundo foram se tornando cada vez mais racionalizados”, pois “era demasiado freqüente o sofrimento individualmente ‘imerecido’” (2010, p. 194). O autor procurou demonstrar que as pessoas precisam ser *portadoras* de razões morais para engajar-se em determinada ordem social. O capitalismo só pode nascer e florescer diante da gradual construção de uma espécie de teodiceia que Weber chamou *espírito do capitalismo*, de uma “ideologia que justifica o engajamento no capitalismo” (Boltanski, Chiapello, 2009, p. 39). O que interessa

²⁰ Um dos principais tipos de teodiceia identificados por Max Weber é o dualismo, a concepção de que “os poderes da luz e verdade, pureza e bondade coexistem e entram em conflito, sempre, com os poderes das trevas e da falsidade, impureza e mal”. Segundo Weber, “este dualismo é apenas uma sistematização direta do pluralismo mágico dos espíritos, com sua divisão em espíritos bons (úteis) e maus (daninhos) que representam os estágios preliminares do antagonismo entre as divindades e demônios. (...) A forma mais coerente de dualismo é a concepção popular mundial do céu e inferno, que restabelece a soberania de Deus sobre o espírito do mal, que é sua criatura e como isso acredita que a onipotência divina está salva” (2010, p. 249). Interessante mencionar este ponto na medida em que Alessandro Baratta, ao delinear o que chamou *ideologia da defesa social*, percebeu a importância do *princípio do bem e do mal* (2002, p. 42). No mesmo sentido, Vera Andrade percebeu este dualismo, ou maniqueísmo, bem como a sua importância no campo do controle do crime. Conforme a autora, “existe uma representação simbólica profunda, que acompanha a história da civilização e do controle social, e que subjaz a estruturas e organizações culturais do nosso tempo (como o belicismo, capitalismo, patriarcalismo e racismo) e através delas se materializa, potencializando, com seu tecido bélico, específicas bipolaridades: esta representação é o *maniqueísmo*, uma visão de mundo e de sociedade dividida entre o bem e o mal, e talvez em nenhum outro senso comum, como aquele relativo à criminalidade e à cidadania, este maniqueísmo se expresse tão nítida e intensamente” (2003, p. 20).

decisivamente ao nosso estudo é percepção acerca da necessidade da justificação moral da ordem social - da necessidade de construções de fianças simbólicas, baseadas ideias de justiça, que são constitutivas das crenças que fundam a legitimidade da ordem social, das representações e das justificações compartilhadas que apresentam determinada ordem como “aceitável e até desejável, a única possível, ou a melhor das ordens possíveis” (Boltanski; Chiapelo, 2009, p. 42).²¹ Isso porque entendemos que uma parte importante das fianças simbólicas da ordem social moderna foi construída ao longo do processo de formação do campo jurídico, pelo labor de juristas.

Assim como as pessoas “precisam de poderosas razões morais para aliar-se ao capitalismo” (Boltanski; Chiapelo, 2009, p. 40), também necessitam de poderosas razões morais para obedecer ao Estado. Como o Estado logra obter a submissão voluntária, a dominação, isto é, a probabilidade de “obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis”? (Weber, 2012, p. 33).²² Da conhecida definição weberiana de que o “Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território” (2010, p. 56), podemos extrair pontos importantes para nossos interesses. Em primeiro lugar, que o Estado detém o monopólio do uso da força física; em segundo lugar, que este monopólio do uso da força física é legítimo.

²¹ Para Jessé Souza, modernamente a ciência tomou da religião a “autoridade legítima” para falar da sociedade e da vida social. Deste modo, é a justificativa meritocrática e o economicismo, que oculta que o “mérito” é condicionado socialmente, que “permitem que os privilegiados desfrutem de seus privilégios como coisa ‘justa’ e ‘devida’” (2011, p. 20).

²² Weber preferia o conceito de *dominação* ao de *poder*. Poder “significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”. Por isso, o conceito de “poder” é *sociologicamente amorfo*, pois “todas as qualidades imagináveis de uma pessoa e todas as espécies de constelações possíveis podem pôr alguém em condições de impor sua própria vontade, numa situação dada. Por isso, o conceito sociológico de ‘dominação’ deve ser mais preciso e só pode significar a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem” (2012, p. 33).

A formação do Estado moderno ocorreu por meio de um processo de monopolização dos meios de administração, num completo paralelo com o “desenvolvimento da empresa capitalista através da expropriação gradativa dos produtores independentes” (Weber, 2010, p. 58). Num quadro específico de interdependências, de relações de cooperação e de concorrência com os demais *estados*, principalmente com nobreza, o rei conseguiu, pouco a pouco, expropriar os “portadores autônomos e ‘privados’ do poder executivo”, que possuíam “meios de administração próprios, meios de guerra e organização financeira, assim como os bens politicamente usáveis de todos os tipos” (Weber, 2010, p. 58). Portanto, à monopolização estatal dos meios de administração – principalmente dos meios fiscais e de guerra – correspondeu o desapossamento dos antigos donos de tais meios. O *êxito* do Estado em garantir o monopólio do exercício da força física consistiu na vitória sobre outros agentes sociais, que “antes controlavam esses meios por direito próprio”; em suma, “o Estado tomou-lhes as posições e agora se coloca no lugar mais elevado” (Weber, 2010, p. 59).

Esta acumulação inicial dos meios para o exercício da violência física, esta monopolização dos meios de administração – a monopolização fiscal, a constituição de exércitos estatais permanentes, etc – foi um fenômeno espantoso. Ao final deste processo, os homens haviam abdicado, em favor de outros homens, de prerrogativas importantes, como o “direito de fazer a paz e a guerra, de dizer quem é o culpado e quem não é, quem é verdadeiramente advogado, quem é verdadeiramente pedreiro” (Bourdieu, 2014, p. 112). E, lembrando a pergunta *impertinente* de Norbert Elias, como diferenciar a cobrança de impostos por parte de um agente estatal da extorsão praticada por gangsteres?²³ Por qual razão o camponês deveria obedecer à cobrança

²³ Fazer estas *perguntas impertinentes* é fundamental para a construção do conhecimento sobre o mundo social. Enquanto a ciência jurídica (dogmática) visa a “racionalização da ordem estabelecida”, a ciência social não tem por objetivo “pôr em ordem as coisas públicas, mas pensá-las como tais, pensar o que é a ordem social, e o Estado, ao reduzir a ordem e o Estado estabelecidos, pela comparação histórica ou pela variação imaginária, a um simples caso particular no universo de possibilidades realizadas ou realizáveis” (Bourdieu,

do tributo por parte de um agente oficial? Como é possível que “uma extorsão se torne legítima, isto é, não percebida como uma extorsão”? (Bourdieu, 2014, p. 183). Como o *oficial* se constituiu? Para compreender estas questões, é preciso notar que a acumulação inicial dos meios de violência física correu em paralelo com a acumulação inicial de capital simbólico, que em um dos sentidos possíveis significa a construção da legitimidade para o exercício da força física. Só a partir daí podemos entender que o “Estado não é somente o que dele diz Marx: é também algo que se faz reconhecer, ao qual se atribui uma profusão de coisas e, entre outras, a obediência”; podemos estudar com maior precisão esta espécie de “dependência voluntária que o Estado logra, essa espécie de submissão que escapa à alternativa da coerção e da submissão eletiva” (Bourdieu, 2014, p. 204).

O que diferencia o Estado de um bando de gangsteres é a legitimidade, que é constituída pela crença na validade de determinada autoridade. Conforme Weber, “o Estado é uma relação de homens dominando homens, relação mantida por meio da violência legítima (isto é, considerada como legítima)” (2010, p. 56). De modo que a legitimidade é derivada da crença, da obediência à “autoridade alegada pelos detentores do poder” (2010, p. 56). Foi a partir daí, indagando as “justificações interiores” (legitimações) do domínio, que Weber construiu os três tipos puros de dominação: a tradicional, a carismática e a racional-legal.

Aqui nos aproximamos ao cerne de nossos interesses. No desenvolvimento da legitimação racional-legal, do “domínio em virtude da ‘legalidade’, em virtude da fé na validade do estatuto legal e da ‘competência’ funcional, baseada em regras racionalmente criadas” (Weber, 2010, p. 56), que originou o Estado moderno, Weber

2011, p. 102). Segundo Bourdieu, “uma das virtudes da sociologia histórica ou da história social é justamente despertar os possíveis mortos. (...) A sociologia é (...) um instrumento de liberdade já que ela desperta, ao menos para o sujeito pensante, possíveis soterrados” (2014, p. 193).

identificou a importância dos juristas para o processo de concentração, de acumulação inicial, dos recursos simbólicos, quer dizer, para a construção da legitimidade. Segundo o autor, em sua luta contra o estamentos, isto é, em sua luta pelo monopólio dos meios de administração e pelo correspondente desapossamento dos demais agentes, o “príncipe encontrou apoio nas camadas politicamente exploráveis”, dentre elas a do “jurista de formação universitária” (2010, p. 65), grupo de status independente que foi o grande responsável pela promoção da “revolução da administração política na direção do Estado racional” (2010, p. 66). Weber notou que “foi o trabalho dos juristas que deu origem ao moderno ‘Estado’ ocidental” (2010, p. 209), ou seja, que da *pena* dos juristas saíram os discursos de legitimação do Estado, de maneira que “sem esse racionalismo jurídico, a ascensão do Estado absoluto é tão pouco imaginável quanto a revolução [francesa]” (2010, p. 66). Conforme Max Weber,

“esse racionalismo jurídico teve seus grandes representantes entre a *podestà* italiana, os juristas criminais, na França (que criaram os meios formais de solapar o domínio dos *seigneurs* pelo poderio real), entre os canonistas e teólogos dos concílios eclesiásticos (pensando em termos de direito natural), entre os juristas da corte e juízes acadêmicos dos principados continentais, entre os professores holandeses de Direito Natural e os monarco-maquistas, entre os juristas criminais e legislativos, entre a *noblesse de robe* do Parlamento francês e, finalmente, entre os juristas da época da Revolução Francesa” (2010, p. 66).

O que nos importa decisivamente é que as ações e os discursos destes agentes – juristas – foram e são constitutivos do Estado moderno. Weber demonstrou que nos “protestos dos Parlamentos franceses” ou nos “cadernos dos Estados-gerais franceses do século XVI ao ano de 1789” está presente o “espírito dos juristas”, e que a “mentalidade específica” do “moderno jurista” foi importante na

formação do Estado. Talvez seja possível afirmar que, assim como as teodiceias de legitimação da ordem social foram construídas pelos agentes religiosos, as justificativas que constituem a legitimidade do exercício estatal da violência física foram construídas preponderantemente pelos agentes jurídicos.

1.2 A obediência dóxica

Vimos que parte importante do pensamento social desenvolveu-se em torno da compreensão da dominação simbólica, da obediência, dessa “essa espécie de submissão imediata que é mais forte que todas as submissões declaradas, esse ato de fidelidade sem ato de fidelidade, essa crença sem fé (...) que faz fundamento da ordem social” (Bourdieu, 2014, p. 232). Até aqui, tentamos indicar as linhas gerais a partir das quais foram produzidas algumas das reflexões mais férteis sobre as relações sociais de dominação, sobretudo por meio da análise das contribuições de Karl Marx e de Max Weber, e de seus respectivos estudos sobre a superestrutura ideológica, a falsa consciência, a consciência de classe, a legitimidade da violência estatal e a legitimidade da ordem social (teodiceia).

Pierre Bourdieu²⁴ também contribuiu para o avanço da possibilidade de construção de conhecimento científico sobre o mundo

²⁴ Durante o desenvolvimento de seu projeto científico, Pierre Bourdieu ofereceu ao patrimônio das ciências sociais os conceitos de poder simbólico, violência simbólica, capital simbólico, campo, espaço social, *habitus*, dentre outros, sempre com o objetivo de encontrar soluções para as insuficiências que vislumbrava na ciência social que herdou. Para compreender cientificamente o mundo social, Bourdieu buscou superar “uma série de oposições muito fortes, indivíduo/sociedade, individual/coletivo, consciente/inconsciente, interessado/desinteressado, objetivo/subjetivo etc.” (1997, p. 10). Ademais, tentou romper com a oposição entre uma visão fisicalista e uma visão semiológica do mundo social, bem como com “as teses extremas de certo estruturalismo” que considera os sujeitos meros “epifenômenos da estrutura” (1997, p. 10), meros *portadores da estrutura*, mas sem “cair na velha filosofia do sujeito ou da consciência, a da economia clássica e do seu *homo economicus*” (2011, p. 61). Todavia, advertidos pelo próprio sociólogo francês,

social, indicando caminhos – pelos quais este estudo seguirá – para “resolver problemas aparentemente insolúveis colocados pelas antinomias da dominação simbólica, como dominação ao mesmo tempo sofrida sob pressão e aceita através do reconhecimento ou da obediência

que na aula inaugural do seminário que ministrou na *Ecole de Hautes Etudes em Sciences Sociales*, em 1987, intitulada *Introdução a uma sociologia reflexiva*, preveniu os estudantes contra o “feiticismo dos conceitos e da ‘teoria’, que nasce da propensão para considerar os instrumentos ‘teóricos’ (...) em si mesmos, em vez de os fazer funcionar, de os pôr em ação” (2011, p. 27), nosso objetivo não é discorrer sobre cada um dos conceitos, o que de resto não teríamos condições. Conforme Bourdieu, a teoria científica deve ser considerada “um *modus operandi* que orienta e organiza praticamente a prática científica”, um “programa de percepção e de acção só revelado no trabalho empírico em que se realiza” (2011, p. 59). Nesse sentido, “(...) tomar verdadeiramente o partido da ciência é optar, asceticamente, por dedicar mais tempo e mais esforços a pôr em acção os conhecimentos teóricos adquiridos, investindo-os em pesquisas novas, em vez de os acondicionar, de certo modo, para a venda, metendo-os num embrulho de metadiscursos, destinado menos a controlar o pensamento do que a mostrar e a valorizar a sua própria importância ou a dele retirar directamente os benefícios fazendo-o circular nas inúmeras ocasiões que a idade do jacto e do colóquio oferece ao narcisismo do pesquisador” (Bourdieu, 2011, p. 59). O autor explicava que nunca lhe pareceu “indispensável fazer a genealogia dos conceitos que, não tendo nascido da partenogênese teórica, não ganham muito em serem re-situados em relação aos usos anteriores, tendo por função, sobretudo, designar, de maneira estenográfica, uma postura teórica, princípio de opções metódicas, tanto negativas quanto positivas, na condução da pesquisa” (2011, p. 60), de maneira que recomendava aos leitores, principalmente aos mais jovens, que não lessem seus textos como “um simples suporte da especulação teórica e da discussão abstrata, mas como uma espécie de manual de ginástica intelectual, uma guia prático que é preciso aplicar a uma prática, isto é, a uma pesquisa prazenteira, liberta de proibições e de divisões e desejosa de trazer a todos esta compreensão rigorosa do mundo que (...) é um dos instrumentos de liberação mais poderosos com que contamos” (1997, p. 08). Para compreender as noções de poder simbólico, capital simbólico e violência simbólica, cf. *Sobre o poder simbólico* (2011) e *A dominação masculina* (2011); Para a relação entre o Estado e o poder simbólico, cf. *Sobre o Estado* (2014); sobre as noções de *habitus* e de campo, cf. *A gênese dos conceitos de habitus e de campo* (2011); sobre a noção de espaço social (e de classe social), cf. *Espaço social e Espaço simbólico* (1997). Nesta tese, nossa tentativa é a de integrar a obra de Pierre Bourdieu ao que Vera Andrade chama de “acúmulo criminológico crítico” (2012, p. 79). Portanto, sobretudo nesse trecho do trabalho, pedimos a compreensão do leitor para a quantidade de citações diretas que teremos que utilizar.

(Bourdieu, 1997, p. 08). Para dar conta das questões básicas que estão a servir de bússola em nossa navegação – *como é possível que os dominados obedeam? como é possível que a ordem social seja tão facilmente mantida? como se produz um mundo social ordenado sem necessariamente dar ordens?* – Bourdieu criticou e integrou as tradições dos autores seminais das ciências humanas, produzindo o que chamou de *materialismo ampliado, teoria materialista do simbólico* (2014, p. 261) ou *teoria materialista da economia dos bens simbólicos* (2011c, p. 46).

Esta forma de abordagem dos fenômenos sociais foi lapidada tendo em vista que os desafios com os quais o autor se deparou, ao longo dos empreendimentos empíricos produzidos pelo grupo de pesquisa que coordenava, exigiram a superação das “oposições tradicionais entre tradições intelectuais tão profundamente percebidas como incompatíveis” (2014, p. 225), fundamentalmente entre “entre uma visão fiscalista do mundo social, que concebe as relações sociais como relações de força física, e uma visão cibernética ou semiológica, que faz das relações de força simbólica, relações de sentido, relações de comunicação” (1997, p. 115). Isso porque “as relações de força mais brutais (...) são ao mesmo tempo relações simbólicas” (2014, p. 225). Pensador da reprodução da ordem social, do fato *assombroso e espantoso* de ser a ordem social cotidianamente observada e facilmente mantida - “o que é problemático é que, no essencial, a ordem estabelecida não é um problema” (1997, p. 119) - Bourdieu demonstrou que “se a relações de força fossem apenas relações de força física, militares ou mesmo econômicas, é provável que fossem infinitamente mais frágeis e fáceis de inverter”, de maneira que “não é possível compreender verdadeiramente as relações de força fundamentais da ordem social sem que intervenha a dimensão simbólica dessas relações” (2014, p. 224).

Conforme Bourdieu, “o efeito mais paradoxal do Estado é o de crença, de submissão generalizada ao Estado” e para entender “essa espécie de milagre da eficácia simbólica” (2014, p. 229), é preciso integrar tradições vistas usualmente como incompatíveis, levando em

conta especificamente a contribuição de Durkheim sobre as formas de classificação, ou seja, sobre as estruturas cognitivas, os princípios de visão e divisão, que na *sociologia das formas simbólicas* pensada por Durkheim “deixam de ser formas universais (transcendentais) para se tornarem (...) formas sociais, quer dizer, arbitrárias (relativas a um grupo particular) e socialmente determinadas” (2011, p. 08), portanto suscetíveis de uma gênese social. Segundo Bourdieu, os atos de submissão e de obediência são “atos cognitivos que, como tais, põem em prática as estruturas cognitivas, as formas e categorias de percepção, os princípios de visão e divisão” (1997, p. 115) ao mesmo tempo estruturados e estruturantes do mundo social. Nas sociedades modernas, o *Estado está em estado de construir os espíritos*, ou seja, “o Estado pode impor e inculcar, de modo universal, na escala de um certo âmbito territorial, estruturas de avaliação e idênticas ou semelhantes” (1997, p. 115), do que deriva um “conformismo lógico e um “conformismo moral”²⁵, ou seja, um “acordo tácito, pré-reflexivo, imediato, sobre o sentido do mundo, que é o fundamento da experiência do mundo como ‘mundo do senso comum’” (1997, p. 115)²⁶. Continuemos a esmiuçar o assunto:

²⁵ “A integração lógica, no sentido de Durkheim, consiste no fato de que os agentes do mundo social têm as mesmas percepções lógicas – o acordo imediato se estabelecendo entre pessoas com as mesmas categorias de pensamento, de percepção, de construção da realidade. A integração moral é o acordo sobre um certo número de valores” (Bourdieu, 2014, p. 31). “O sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo que Durkheim chama o *conformismo lógico*, quer dizer, ‘uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências’” (Bourdieu, 2011, p. 09).

²⁶ Ao reconhecer a importância da análise fenomenológica e etnometodológica para a compreensão da “estrutura do mundo do sentido comum da vida cotidiana” (Berger; Luckmann, 2009, p. 29), Bourdieu sustenta que suas limitações residem no fato de que os autores desta tradição “deixam de colocar em questão a construção social dos princípios de construção da realidade social que se esforçam por explicitar, e de questionar a contribuição do Estado para a constituição dos princípios de constituição que os agentes põem em prática para produzir a ordem social” (1997, p. 116).

Ao inculcar – em grande parte pelo sistema escolar – estruturas cognitivas tacitamente avaliativas (não se pode dizer preto no branco sem dizer tacitamente que branco é melhor que preto), ao produzi-las, ao reproduzi-las, ao fazê-las reconhecer profundamente, ao fazê-las incorporar, o Estado dá uma contribuição essencial à reprodução da ordem simbólica, que colabora de maneira determinante para a ordem social e para a sua reprodução (...) O Estado é dotado de (...) uma forma de isso-é-óbvio coletivo, de um *taken for granted* universal na escala de um país (2014, p. 230/231).

Através do enquadramento que impõe às práticas, o Estado instaura e inculca formas e categorias de percepção e de pensamento comuns, quadros sociais da percepção, da compreensão ou da memória, estruturas mentais, formas estatais de classificação. E cria, assim, as condições de uma espécie de orquestração imediata de *habitus* que é, ela própria, o fundamento de uma espécie de consenso sobre esse conjunto de evidências compartilhadas, constitutivas do senso comum (1997, p. 117).

Portanto, os agentes sociais normalmente socializados são dotados de esquemas de percepção construídos, em grande parte, pelo Estado²⁷. Contudo, para entender mais precisamente a *mágica* da obediência, mais uma ruptura é necessária. É que as “estruturas

²⁷ O espírito do pesquisador também é constituído pelo Estado, ou seja, “o Estado exerce um efeito de imposição simbólica que tende a pô-lo ao abrigo do questionamento científico” (2014, p. 165), de maneira que ao nos propormos a abordar este objeto devemos levar a sério a necessidade de ruptura com as prenoções, com a *sociologia espontânea*: “tentar pensar o Estado é expor-se a assumir um pensamento de Estado, a aplicar ao Estado categorias de pensamento produzidas e garantidas pelo Estado, e, portanto, a não compreender a verdade mais fundamental do Estado” (Bourdieu, 1997, p. 91).

cognitivas não são formas da consciência, mas disposições do corpo”, de maneira que “a obediência que prestamos às injunções estatais não pode ser compreendida como submissão mecânica a uma força nem como consentimento consciente a uma ordem (no sentido duplo)” (Bourdieu, 1997, p. 117). Como explicamos, diante das recusas ao estruturalismo extremo e às filosofias da consciência, Bourdieu opta por uma filosofia da ação *disposicional*, que tem como “ponto central a relação de mão dupla, entre as estruturas objetivas (dos campos sociais) e as estruturas incorporadas (dos *habitus*) (1997, p. 10).²⁸ O *habitus* é um “princípio gerador de comportamentos sistemáticos” (2014, p. 316), e é produto “de uma ontogênese, da incorporação, sob certas condições,

²⁸ “É preciso escapar à visão mecanicista que reduziria os agentes a simples partículas atiradas em campos de força reintroduzindo não sujeitos racionais que trabalham para realizar suas preferências nos limite das imposições, mas agentes socializados que, embora biologicamente individualizados, são dotados de disposições transindividuais, levados portanto a engendrar práticas objetivamente orquestradas e mais ou menos adaptadas às exigências objetivas, isto é, irredutíveis tanto às forças estruturais do campo quanto às disposições singulares” (p. 195). A esta filosofia disposicional da ação, corresponde uma filosofia da história: “A filosofia da história que pegarei para minha análise futura é que, a cada instante, toda história está presente na objetividade do mundo social e na subjetividade daqueles que vão fazer a história” (Bourdieu, 2014, p. 125); “(...) a cada momento o universo dos possíveis realmente possíveis é extraordinariamente fechado pela presença das escolhas já feitas no passado, que existem na forma de coerções objetivadas e na forma de coerções interiorizadas, incorporadas. Não se está diante da alternativa acaso/necessidade, liberdade/necessidade, mas diante de algo mais complicado, que eu resumo com a fórmula: ‘invenção sob coerção estrutural’” (Bourdieu, 2014, p. 192); “Se os agentes contribuem efetivamente para construir as estruturas, é, a cada momento, nos limites das imposições estruturais que se exercem sobre os atos de construção ao mesmo tempo de fora, por meio dos determinantes associados à sua posição nas estruturas objetivas, e de dentro, (...) por meio das estruturas mentais que organizam sua percepção e sua apreciação do mundo social” (Bourdieu, 2011b, p. 291); “O sociólogo ou o historiador que se apodera do mundo social faria mais completamente o que faz se soubesse que tem por objeto um estado provisório, não aleatório e não necessário, de uma relação entre uma estrutura que é o produto da história, um campo, e uma estrutura incorporada que é também o produto da história” (Bourdieu, 2014, p. 139).

do estado de certa estrutura, a estrutura de um espaço social global e de um campo no interior desse espaço” (2014, p. 139).

Os “sujeitos” são (...) dotados de um senso prático (...), de um sistema adquirido de preferências, de princípios de visão e divisão (...), de estruturas cognitivas duradouras (que são essencialmente produto da incorporação de estruturas objetivas) e de esquemas de ação que orientam a percepção da situação e a resposta adequada. O *habitus* é essa espécie de senso prático do que se deve fazer em dada situação – o que chamamos, no esporte, o senso do jogo, a arte de antecipar o futuro do jogo, inscrito, em esboço, no estado atual do jogo (1997, p. 42).

O *habitus* preenche uma função que, em uma outra filosofia, confiamos à consciência transcendental: é um corpo socializado, um corpo estruturado, um corpo que incorporou as estruturas imanentes de um mundo ou de um setor particular desse mundo, de um campo, e que estrutura tanto a percepção desse mundo como a ação nesse mundo (1997, p. 144).

Dito isso, podemos entender melhor que os *chamados à ordem que semeiam o mundo social* só funcionam porque encontram agentes que “estão predispostos a percebê-los, e que reanimam disposições corporais profundamente enraizadas, que não passam pelas vias da consciência ou do cálculo” (1997, p. 117). A submissão dos dominados à ordem social, o “reconhecimento da legitimidade não é, como acreditava Max Weber, um ato livre da consciência esclarecida” (1997, p. 118), mas uma submissão dóxica, “que se enraíza no acordo imediato entre as estruturas incorporadas, tornadas inconscientes, (...) e as estruturas objetivas (1997, p. 118). Tampouco é bem explicada pela noções de falsa consciência e de ideologia, que o marxismo “invoca para dar conta dos efeitos da dominação simbólica” (1997, p. 117). A

noção de falsa consciência padece dos problemas inerentes à tradição intelectualista das filosofias da consciência, que pensa a “relação de submissão como relação de alienação fundada numa espécie de *cogito* político fracassado” (2014, p. 232). No mesmo sentido, “falar de ideologia é situar na ordem das representações, suscetíveis de transformação através dessa conversão intelectual que chamamos ‘tomada de consciência’ o que se situa na ordem das crenças, isto é, nas mais profundas das disposições corporais” (1997, p. 117). Em suma, no materialismo simbólico de Bourdieu,

A submissão à ordem estabelecida é produto do acordo entre as estruturas cognitivas que a história coletiva (filogênese) e individual (ontogênese) inscreveram nos corpos e nas estruturas objetivas do mundo ao qual se aplicam: a evidência das injunções do Estado só se impõe de maneira tão poderosa porque ele impôs as estruturas cognitivas segundo os quais é percebido (1997, p. 118).

E por isso,

O Estado não tem, necessariamente, de dar ordens, ou de exercer coerção física, para produzir um mundo social ordenado: pelo menos enquanto puder produzir estruturas cognitivas incorporadas que estejam em consonância com as estruturas objetivas, assegurando assim a (...) submissão dóxica à ordem estabelecida. (...) É esse acordo pré-reflexivo que explica a facilidade, de fato espantosa, com que os dominantes impõem sua dominação (1997, p. 118-119).

Acrescentar à análise os instrumentos indispensáveis para a compreensão da dimensão simbólica da ordem social é uma condição para melhor entender a dominação e a específica contribuição estatal para a dominação. Numa de suas passagens inspiradas, ao dizer que o marxismo não possui os instrumentos teóricos para pensar

adequadamente sobre os problemas que teve o mérito de apontar, o sociólogo francês, revisitou a expressão de Sartre, de que o *marxismo é o horizonte filosófico insuperável de nosso tempo*, prestando uma homenagem à altura da obra de Karl Marx: “o marxismo é insuperável, mas com a condição de superá-lo” (2014, p. 356). Bourdieu integra as tradições do pensamento social, conforme já vimos, para explicar com maior precisão a problemática da dominação estatal, nunca deixando de notar que o Estado “não está a serviço de qualquer um, mas, antes, serve aos dominantes” (2014, p. 203). Entretanto, “o Estado não é simplesmente uma instância que legitima uma ordem estabelecida por uma ação do tipo ‘propaganda’, (...) não é simplesmente a universalização dos interesses dos dominantes, que consegue se impor aos dominados” (2014, p. 249), ou, para utilizar a expressão consagrada, não é superestrutura. O Estado é mais do que isso, pois ele estrutura a ordem social – desde o calendário, até a gramática, passando pela divisão escolar em séries, etc – e também impõe as estruturas cognitivas desde as quais pensamos. Por isso, “a imagem da superestrutura, das ideologias como coisas que pairam acima” é inadequada, já que “esta espécie de pensamento de Estado não é um metadiscurso a respeito do mundo, ele é constitutivo do mundo social, está inscrito no mundo social” (2014, p. 250).²⁹

²⁹ “Essas formas de dominação, que uma tradição filosófica chama de simbólica, são tão fundamentais que chego a me perguntar se uma ordem social poderia funcionar, inclusive em suas bases econômicas, sem a existência dessas formas de dominação. Em outras palavras, o velho esquema infraestrutura/superestrutura (...) deve ser rejeitado, mas caso se deseje mantê-lo é preciso ao menos virá-lo pelo avesso” (2014, p. 222); “(...) a noção de ideologia é muito perigosa: ela leva a crer que há uma infraestrutura e, depois, discursos. Não é verdade, o discurso faz parte da realidade” (2014, p. 356). A crítica das noções de superestrutura/ideologia elaboradas por Bourdieu são semelhantes às de Foucault. Para o último, a noção de ideologia “não deve ser utilizada sem precauções”, pois a ideologia estaria sempre em “oposição virtual a alguma coisa que seria a verdade”, e o problema fundamental é “ver historicamente como se produzem efeitos de verdade no interior de discursos que não são em si nem verdadeiros nem falsos”. Além disso, a noção necessita de um sujeito previamente dado, e, por fim, “está em posição secundária com relação a alguma coisa que deve funcionar para ela como infra-estrutura ou

O Estado é uma *ilusão bem fundamentada, uma ficção coletiva, esse lugar que existe essencialmente porque se acredita que ele existe, é uma realidade misteriosa que existe por seus efeitos e pela crença coletiva em sua existência, que é o princípio desses efeitos, é uma entidade misteriosa que se encarna numa série de indivíduos hierarquizados que são mandatários uns dos outros, de sorte que o Estado é sempre o término de uma regressão ad infinitum, é um princípio de produção, de representação legítima do mundo social, é o fundamento da integração lógica e da integração moral do mundo social, é o princípio de organização do consentimento como adesão à ordem social, é o lugar de um poder reconhecido, que tem, atrás dele, o consenso social, é o nome que damos aos princípios ocultos, invisíveis da ordem social, espécie de deus absconditus, é algo que se faz reconhecer, ao qual se atribui uma profusão de coisas e, entre outras, a obediência*³⁰. Tudo isso é “a condição mesma da dominação que o Estado pode exercer a serviço dos que podem se apropriar do Estado” (2014, p. 277).

O reconhecimento atribuído ao Estado é derivado da submissão dóxica, que se situa na “ordem da crença, da obediência, da submissão, da boa vontade, portanto do capital simbólico, portanto da legitimidade” (2014, p. 272). Conforme Bourdieu, “o mundo social se dá no modo da doxa, essa espécie de crença que nem sequer percebe a si mesma como crença”, a “doxa é responder sim a uma pergunta que eu não fiz” (2014, p. 250). A partir da instauração desta relação de obediência, do reconhecimento dóxico da legitimidade, o Estado pode conseguir “submissão sem coação”, ou melhor, com uma forma de coação particular que Bourdieu chama de poder simbólico (2014, p. 202). Antes de finalizarmos este tópico, é preciso lembrar que “essa

determinação econômica, material, etc” (Foucault, 1979, p. 7). Bourdieu analisou em algumas passagens as diferenças de sua obra em relação à de Foucault. Nesse sentido, cf. *Um mapa da ideologia* (1996, p. 270) e *Esboço de auto-análise* (2005, pp. 104-107).

³⁰ O trecho em itálico contempla paráfrases de diversas definições expostas por Bourdieu no curso que proferiu no *Collège de France* entre 1989 e 1992, compiladas no livro *Sobre o Estado* (2014)

crença política primordial, essa doxa, é uma ortodoxia, uma visão correta, dominante, que se impôs ao cabo de lutas contra visões concorrentes” (1997, p. 119), tornando-se assim natural, naturalizada, alheia ao questionamento. A naturalização da crença política primordial – o reconhecimento pré-consciente da legitimidade estatal - é o resultado de uma luta política, ao cabo da qual o ponto de vista dos dominantes se impôs como universal: a doxa é um ponto de vista particular, “o ponto de vista daqueles que dominam dominando o Estado e que constituíram seu ponto de vista em ponto de vista universal ao criarem o Estado” (1997, p. 120). Na “luta simbólica para construir a visão do mundo social legítimo, e para impô-lo como universal” (2014, p. 65) constitui-se o Estado, por meio da acumulação de capital/poder simbólico, que resultou no *monopólio estatal da violência física e da violência simbólica legítima*.

1.3 A constituição do monopólio da violência física e simbólica legítima

Já vimos, com Marx e Weber, que o Estado é uma *força social concentrada e organizada*, que resultou da *monopolização reivindicada com sucesso dos meios para o exercício da violência física*. Ademais, que o exercício da violência física é *legítimo*, isto é, considerado legítimo pelos indivíduos, sendo esta crença compartilhada fundadora da obediência, da ordem social. Isso quer dizer que, por um lado, determinados agentes tiveram sucesso em desapossar outros agentes dos meios de coerção, acumulando desta maneira os recursos materiais; por outro lado, que os agentes que construíram o Estado também tiveram sucesso em acumular, em concentrar, outros recursos de idêntica importância, quais sejam os recursos simbólicos, fonte do reconhecimento da legitimidade do exercício da violência estatal.

Bourdieu parte das teses de Max Weber e de Norbert Elias acerca da formação do Estado, ou seja, da ideia de que o Estado é resultado de um processo de concentração de diferentes tipos de capital,

capital de força física ou de instrumentos de coerção (exército, polícia), capital econômico, capital cultural, de informação etc. (1997, p. 99), ou seja, de um processo de monopolização, principalmente da força militar e da tributação, cujo resultado, ao cabo de muitas lutas de *eliminação* foi a constituição do que conhecemos por Estado. Vejamos a clara definição de Elias:

A sociedade que hoje denominamos era moderna caracteriza-se, acima de tudo no Ocidente, por certo nível de monopolização. O livre emprego de armas militares é vedado ao indivíduo e reservado a uma autoridade central, qualquer que seja seu tipo, e de igual modo a tributação da propriedade ou da renda de pessoas concentra-se em suas mãos. Os meios financeiros arrecadados pela autoridade sustentam-lhe o monopólio da força militar, o que, por seu lado, mantém o monopólio da tributação (1993, p. 98).

Contudo, Bourdieu centra sua análise na acumulação de recursos simbólicos, do que o autor chama de capital ou poder simbólico³¹, que é de fundamental importância, inclusive porque é

³¹ “O capital simbólico é uma propriedade qualquer (de qualquer tipo de capital, físico, econômico, cultural, social), percebida pelos agentes sociais cujas categorias de percepção são tais que eles podem entendê-las (percebê-las) e reconhecê-las, atribuindo-lhes valor” (1997, p. 107); “por capital simbólico entendo essa forma de capital que nasce da relação entre uma espécie qualquer de capital e agentes socializados de maneira a conhecer e reconhecer essa espécie de capital” (2014, p. 259). Segundo Bourdieu, para pensar adequadamente na questão básica, *como é possível que os dominados obedeam*, é preciso “reintroduzir esse paradoxo da força simbólica, do poder simbólico” (2014, p. 224), “esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (2011, p. 08). O poder simbólico é “poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão de mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de

condição para a acumulação de recursos materiais: “tudo remete à concentração de um capital simbólico de autoridade reconhecida que, ignorado por todas as teorias sobre a gênese do Estado, surge como condição, ou, pelo menos, como o acompanhamento de todas as outras formas de concentração” (1997, p. 107). Tanto a monopolização da força física quanto da cobrança de tributos, e a consequente formação de toda a máquina estatal, inclusive das funções jurisdicionais, correu em paralelo e dependeu da concentração de um capital simbólico, do reconhecimento da legitimidade, do convencimento dos antigos guerreiros de que eles não podiam mais deter as armas e utilizá-las como bem entendessem, do convencimento de todos de que o cobrador de tributos não está praticando uma pilhagem, uma extorsão. Diante do que já procuramos demonstrar, de que o Estado constituiu as estruturas cognitivas segundo as quais é pensado, obtendo assim a submissão dóxica, que foi possibilitada pela acumulação de capital simbólico, o sociólogo francês considera fundamental “restituir à doxa seu caráter paradoxal” (2011c, p. 05), o que quanto ao tema em análise significa estudar geneticamente as condições em que se operou a acumulação inicial de capital simbólico (2014, p. 112). Trata-se de um antídoto contra a *amnésia da gênese*, “inerente a toda institucionalização exitosa”, a toda instituição que conseguiu se impor como óbvia, de maneira a fazer ressurgir “o arbitrário dos inícios” (2014, p. 166)³². Neste caminho, encontraremos os juristas.

O monopólio da violência física foi construído em meio a lutas que resultaram no desapossamento de outros detentores dos instrumentos de coerção, que ademais tinham o direito, ou melhor, a

mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário (Bourdieu, 2011, p. 14).

³² “Eis por que, sem dúvida, não há instrumento de ruptura mais poderoso do que a reconstrução da gênese: ao fazer com que ressurgam os conflitos e os confrontos dos primeiros momentos e, concomitantemente, os possíveis excluídos, ela reatualiza a possibilidade de que houvesse sido (e que seja) de outro modo e, por meio dessa utopia prática, recoloca em questão o possível que se concretizou entre todos os outros” (Bourdieu, 1997, p. 98).

legitimidade para utilizá-los³³. Este processo, ao cabo do qual surgiu o poder concentrado, propriamente estatal, primeiro *privado*, confundido com o próprio rei, e depois tornado *público*, foi permeado de resistências centrífugas, descentralizadoras, antimonopolistas. Elias estudou a fundo este processo e demonstrou que, após um período de “livre concorrência” entre famílias guerreiras, o controle que era exercido sobre as pessoas que viviam nas terras dessas famílias foi transformado, “com o aumento da divisão das funções e no curso de numerosas lutas, no controle centralizado do poder militar e dos tributos e impostos regulares sobre uma área muito mais ampla”. A partir daí, “nessa área, ninguém mais podia usar armas, erigir fortificações ou recorrer à violência física de qualquer tipo sem permissão do governo central”, que significava “algo muito novo numa sociedade em que, originariamente, uma classe inteira de pessoas podia usar armas e empregar a violência física segundo seus meios e inclinações” (1993, p. 172).³⁴ Tratando especificamente da formação do Estado francês, Elias nos ajuda com um exemplo esclarecedor acerca das estratégias monopolistas do poder central, principalmente buscando defender-se da usurpação da coroa por parte da alta nobreza, isto é, dos familiares mais próximos do rei:

³³ Conforme Foucault, na sociedade feudal “(...) há uma concentração das armas em mãos dos mais poderosos que tendem a impedir sua utilização pelos menos poderosos. Vencer alguém é privá-lo de suas armas, derivando daí uma concentração do poder armado que deu mais força, nos estados feudais, aos mais poderosos e finalmente ao mais poderoso de todos, o monarca” (2001, p. 64).

³⁴ E. P. Thompson, em *The making of the English working class*, mostra que já no século XVIII, na Inglaterra, “desconfiava-se profundamente do exército permanente” e havia “grande descontentamento quanto a construção de casernas perto das cidades industriais” (2011, p. 104). Por isso, as *patrulhas de recrutamento* e os *centros de engajamento forçado*, utilizados para o recrutamento militar, eram instituições odiadas, tendo sido os centros de Holborn, Londres, Clerkenwell e Shoreditch “assaltados e destruídos por turbas, em três dias de motim no mês de agosto de 1794” (2011, p. 105). Da mesma forma, “a resistência a uma força policial efetiva se prolongou por boa parte do século XIX”, época em que ainda “qualquer força centralizada com poderes mais amplos” era vista como um sistema de tirania (2011, p. 105).

(...) certamente não foi por acaso que a assembleia dos notáveis convocada por Richelieu em 1627 exigiu antes de tudo que nenhuma fortaleza fosse deixada nas mãos dos Grandes, que todas as fortalezas não necessárias diretamente para a defesa do país fossem demolidas, que ninguém tivesse o direito de possuir ou de fabricar canhões sem a aprovação da Coroa. A partir dessa assembleia (...) aprovou-se sem nenhuma oposição a verba para um exército permanente, de aproximadamente 20.000 homens, cuja incumbência era, além de defender o país contra os inimigos externos, assegurar a ordem pública e defender a reputação do rei. Desse modo, Richelieu atacava a última posição de poder da alta nobreza” (2001, p. 200)³⁵.

Tratando do mesmo assunto, mas agora com foco na *sociogênese do monopólio da tributação*, Norbert Elias reconstrói e ilumina a resistência oferecida às institucionalizações de tributos permanentes, que acabaram ao final do processo tornando-se *devidos* pelos agora *súditos*. Conforme Elias, a obrigação de pagar continuamente certa parte da renda e da riqueza ao poder central era uma situação ainda pouco concebível, pois na “economia da troca daquela época, quando a moeda era relativamente rara, a exigência de pagamentos monetários por príncipes e reis (...) era considerada como algo inteiramente sem precedentes, e julgada como se fosse uma pilhagem ou o lançamento de tributos sobre uma terra conquistada” (1993, p. 172). E quando em 1292 o rei instituiu um tributo que deveria incidir sobre todas as mercadorias vendidas, um cronista da época

³⁵ Nilo Batista, tratando do monopólio régio do cárcere, transcreveu um artigo das Ordenações Afonsinas que estatui no mesmo sentido da política de Richelieu: “Ao Rei, ou Príncipe da terra – lia-se nas Ordenações Afonsinas – pertence somente fazer e ter cárcere, que se chama Cárcere público (...) e qualquer outro, que per si faz cárcere, contradiz ao Rei ou Príncipe dessa terra e Senhorio, porque lhe usurpa a sua jurisdição” (2006, p. 295).

considerou tal ato “uma extorsão de tipo até então desconhecido no reino francês” (1993, p. 174). Comentando Elias, Bourdieu percebe que “a instituição do imposto foi o resultado de uma verdadeira guerra interna, feita pelas agentes do Estado contra as resistências dos súditos, que se descobrem como tais (...) descobrindo-se como pagadores, como contribuintes”, e que só ao cabo deste processo o imposto passou a ser visto como uma prestação adequada às necessidades do “corpo fictício que é o Estado” (1997, p. 102).

Elias também nota que paralelamente à monopolização dos instrumentos de coerção e da cobrança de tributos - numa lógica circular, a força pública é sustentada pelos tributos, cuja cobrança é garantida pela força pública - foi surgindo lentamente “uma máquina duradoura, especializada, para a administração do monopólio”, composta por agentes especializados investidos de funções oficiais, e que “só depois que surge esse complexo aparelho é que o controle sobre o exército e a tributação assume seu pleno caráter monopolista”, momento a partir do qual os “conflitos sociais não dizem mais respeito à eliminação do governo monopolista, mas apenas à questão de quem deve controlá-lo, em que meio seus quadros devem ser recrutados e como devem ser distribuídos os ônus e os benefícios do monopólio” (1993, p. 98). A concentração da força física pública significa ao mesmo tempo a proibição do exercício privado da violência e a criação de “instituições com mandato para garantir a ordem”, que vão sendo separadas do mundo social comum (Bourdieu, 1997, p. 100). Progressivamente ocorre a diferenciação entre o exército e as forças policiais, o primeiro com a função de proteger o Estado contra outros Estados, e a segunda com o objetivo de garantir a ordem interna, isto é, a dominação.

Em ambos os casos já podemos identificar a importância do poder simbólico, pois de um lado uma instância que fala *em nome sociedade*, do universal, do oficial, passa a ter a prerrogativa de *nomear*, de *consagrar* agentes que também passam a agir legitimados por esta *instância central de nomeação*; de outro, porque este corpo especializado e oficialmente autorizado a exercer a violência física deve

ser “claramente identificado no seio da sociedade”, principalmente “pelo uniforme simbólico”, que o liga simbolicamente ao fiduciário do oficial, de modo que o corpo é “capaz de obedecer como um só homem a uma ordem central que, em si mesma, não é geradora de nenhuma ordem” (Bourdieu, 2014, p. 269). O mesmo vale para o caso dos tributos. Segundo Elias, em meio ao processo de monopolização fiscal foram surgindo funções especializadas e “em 1370, já havia dois administradores supremos, um dos quais especializados em questões jurídicas e o outro em financeiras” (1993, p. 178). E para que o cobrador de impostos não fosse confundido com um mero salteador era preciso, como notou Bourdieu, citando passagens de Y. M. Bercé, que ele concentrasse “um capital simbólico de reconhecimento, de legitimidade”, que os funcionários fiscais “sejam facilmente identificados com a pessoa, a dignidade do poder”, “que os guardas usem sua *libré*, sejam autorizados por seus *emblemas*”, e que os contribuintes possam “reconhecer a *libré* dos guardas, os escudos de armas das guaritas”, e diferenciar “os guardas dos coletores, agentes de financistas detestados e desprezados, dos cavaleiros reais, dos arqueiros do marechalato, do Preboste do Paço ou dos Guardas de Corpos, considerados inatacáveis em razão de sua túnica com as cores da realeza” (1997, p. 103).

O reconhecimento do poder estatal, que é o desconhecimento de seu caráter arbitrário, constitui o poder simbólico, que permite ao Estado obter o “equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica)” (Bourdieu, 2011, p. 14), momento a partir do qual o uso da força física resta reservado a situações extremas. Os diferentes capitais são transformados em capital simbólico por meio de um “trabalho de dissimulação e de transfiguração (numa palavra, de *eufemização*), que garante uma verdadeira transubstanciação das relações de força”, do que decorre o reconhecimento/desconhecimento “da violência que elas encerram objectivamente”, surgindo daí o poder simbólico, “capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio aparente de energia” (2011, p. 15). A constituição da “comunidade ilusória” (Marx, 2007, p. 37) dependeu de um trabalho simbólico, no qual tomaram parte diversos agentes sociais - dentre eles os juristas -, que resultou no Estado, ou seja, na

construção e monopolização de “um conjunto de recursos específicos que autorizam seus detentores a dizer o que é certo para o mundo social em conjunto, a enunciar o oficial e a pronunciar palavras que são, na verdade, ordens, porque tem atrás de si a força do oficial” (Bourdieu, 2014, p. 66).

Refletindo sobre o simbolismo do poder, Geertz refere que a diferenciação entre a aparência externa e a substância de um governo é *leviana*, e que “como acontece com a massa e a energia, o que importa é a maneira pela qual uma se transforma na outra” (1997, p. 186). Segundo o autor, nas “sociedades complexamente organizadas”, sempre encontramos um centro político composto por uma elite governante e por “um conjunto de formas simbólicas que expressam o fato de que ela realmente governa”, quer dizer, estas elites “justificam sua existência e administram suas ações em termos de um conjunto de estórias, cerimônias, insígnias, formalidades e pertences que herdaram, ou, em situações mais revolucionárias, inventaram”, e são “esses símbolos - coroa, coroação, limusines e conferências – que dão ao centro a marca de centro” (1997, p. 187). Estes símbolos do poder constituem *capital simbólico objetivado*, que nos ajudam a perceber que estamos tratando de representações. Os agentes responsáveis pela construção do Estado inventaram-se a si mesmos inventando as noções de oficial, de universal, eles participaram do “trabalho de oficialização, que tende a constituir um ponto de vista particular como legítimo, isto é, como universal” (Bourdieu, 2014, p. 483). Neste trabalho, esse conjunto de agentes e instituições a que damos o nome de Estado, “deve teatralizar o oficial e o universal, deve dar o espetáculo do respeito público pelas verdades oficiais em que a totalidade supostamente deve se reconhecer”, e “deve dar o espetáculo do universal, aquilo sobre o que todos, em última análise, estão de acordo, aquilo sobre o que não pode haver desacordo porque está inscrito na ordem social em determinado momento do tempo” (Bourdieu, 2014, p. 61).

Observamos, portanto, uma série de monopolizações e desapossamentos em torno dos quais vai surgindo um campo burocrático, que chamamos de Estado. A partir de atos infinitesimais de

agentes concorrentes interessados no campo, e durante o próprio processo de formação do campo, formam-se as ideias-chave do poder estatal – o oficial, o público, universal – ideias que foram inventadas por agentes que tinham “interesse no desinteresse”: - *isto não é particular, é universal; não é bom apenas para mim, é bom para todos*³⁶. Em meio a lutas entre reis, príncipes, papas, bispos, nobres, burgueses e plebeus, o jurista foi figura fundamental na produção da magia estatal, do que talvez possamos chamar *espírito de Estado*. Os juristas agiram como *profetas*, como agentes que falam em nome da sociedade, do todo, criando, inventando justificativas, legitimações para a monopolização estatal do poder, contribuindo para a acumulação estatal de poder simbólico. Dentre elas a própria noção de oficial, bem como a de *officium*, “função a partir da qual estamos em condições de criar o oficial”, ou seja, o “Estado é lugar de onde se diz o oficial” – quem é casado, quem é professor, quem é doutor, como as disciplinas devem se

³⁶ Contra o economicismo, é preciso reconhecer que cada campo possui uma lógica específica, que nem sempre é a mesma lógica utilitária típica da economia. Os campos religioso, artístico, jurídico e burocrático possuem em comum uma forma específica de interesse, de sentido do jogo, de *razão* para o engajamento, de *ilusão*, que é o *interesse pelo desinteresse*, a *disposição desinteressada*. Em todos estes campos, a *legalidade própria* é fundada na negação do interesse puramente econômico. No caso do campo artístico é a ideia de “arte pela arte”, podendo o sucesso comercial ser menos recompensado do que o fracasso, por exemplo. Nos campos jurídico e burocrático, as ideias de público, de universal constituem o “interesse pelo desinteresse”, a representação que estes campos pretendem dar de si mesmos, isto é, “a imagem de um universo cuja lei fundamental é o serviço público (...), no qual os agentes sociais não têm interesse pessoal e sacrificam seus próprios interesses ao público, ao serviço público, ao universal” (Bourdieu, 1997, p. 149). Aqueles que jogam neste campo incorporam, na socialização, a estrutura do campo, de modo que o *interesse pelo desinteresse* inscreve-se nos seus *habitus*: “se o desinteresse é sociologicamente possível, isso só ocorre por meio do encontro entre *habitus* predispostos ao desinteresse e universos nos quais o desinteresse é recompensado” (Bourdieu, 1997, p. 153). O *interesse no desinteresse* não deve ser visto como uma simples manobra para ocultar o verdadeiro interesse: “não estamos em presença de um mentiroso cínico, (...) mas de uma defasagem entre a verdade objetiva, antes recalcada do que ignorada, e a verdade vivida das práticas e que essa verdade vivida, que oculta, para os próprios agentes, a verdade exibida pela análise, faz parte da verdade das práticas em sua definição completa” (Bourdieu, 1997, p. 185).

dividir, que dia é hoje, o hino, a bandeira, o *horário de Brasília*, quem é culpado, quem é criminoso, quem é juiz etc. E com a invenção *ex officio* do oficial, os agentes estatais passam a estar “investidos de funções que chamamos de oficiais, isto é, do acesso oficial à palavra oficial, esta que circula nas instâncias oficiais e no Estado” (Bourdieu, 2014, p. 128). Trata-se de uma “*feitiçaria evocatória* pela qual um agente oficial encena o referente imaginário (a nação, o Estado etc.), em nome do qual ele fala e que ele produz falando, mas de acordo com as formas” (2014, p. 484).³⁷

Por meio da acumulação destes recursos simbólicos, processo que tem a ver com a criação de filosofias políticas, da ideia de nação (das fronteiras, da língua, dos mapas, dos arquivos, das estatísticas, dos heróis, do mito nacional etc.), de uma linguagem específica (a retórica do oficial, a retórica jurídica etc.) e da ritualística do exercício do poder (os símbolos do poder, o cerimonial, a etiqueta), triunfa o Estado, que consegue produzir um “efeito de divinização”, consegue fazer crer que seu ponto de vista é universal, comum, interessa a todos. Isto é, que não tem ponto de vista, que “é um ponto de vista sem ponto de vista” (Bourdieu, 2014, p. 61), que está acima das contingências e dos interesses:

³⁷ “Definitivamente, a nomeação é um ato misterioso, que obedece a uma lógica semelhante à da magia, tal como a descreve Marcel Mauss. Assim como o feiteiro mobiliza todo o capital de crença acumulado pelo funcionamento do universo mágico, o presidente da república que assina um decreto de nomeação ou o médico que assina um atestado (de doença, de invalidez etc) mobilizam um capital simbólico acumulado em toda a rede de relações de reconhecimento, constitutiva do universo burocrático. Quem atesta a validade do atestado? Aquele que assinou o título que licencia para atestar. Mas quem deu licença a este? Somos levados a uma regressão ao infinito, ao final do qual ‘é preciso parar’ e podemos, como os teólogos, escolher atribuir o nome de Estado ao último (ou ao primeiro) anel da longa cadeia dos atos de consagração. É ele que, agindo como uma espécie de banco central de capital simbólico, garante a todos os atos de autoridade, atos arbitrários, mas que não são vistos como tais, atos de ‘impostura legítima’, como diz Austin: o presidente da república é alguém que se toma por presidente da república, mas que, diferentemente do louco que se toma por Napoleão, é reconhecido como autoridade a fazê-lo” (Bourdieu, 1997, p. 113).

O golpe de Estado do qual nasceu o Estado (mesmo se isso se fez por um processo insensível) demonstra um golpe de força simbólico extraordinário, que consiste em fazer aceitar universalmente, nos limites de certo âmbito territorial que se constrói através da construção desse ponto de vista dominante, a ideia de nem todos os pontos de vista se equivalem e que há um ponto de vista que é a medida de todos os pontos de vista, que é dominante e legítimo (Bourdieu, 2014, p. 110).

Neste caminho constitui-se “essa espécie de grande fetiche que é o Estado”, um “banco central de capital simbólico”, um “local onde se geram e se garantem todas as moedas fiduciárias que se circulam no mundo social e todas as realidades que podemos designar como fetiches, que se trate de um de um diploma escolar, da cultura legítima, da nação” etc. (Bourdieu, 2014, p. 175). Forma-se um universo social específico, um *campo burocrático* no qual agentes vão praticar o jogo político legítimo, cujo objeto em disputa é o acesso aos recursos estatais, dentre eles o acesso ao *universal* e ao *oficial*, quer dizer, ao poder simbólico, o que garante aos seus detentores, os que *monopolizam o monopólio*, que estão mais próximos dos recursos estatais, vantagens nas lutas travadas nos outros campos (econômico, jurídico etc.), pois o Estado é um “espaço dos agentes e das instituições que têm essa espécie de metapoder, de poder sobre todos os poderes”, o que contribui tanto na diferenciação dos outros campos quanto nas disputas que neles são travadas.

A monopolização da violência simbólica³⁸ legítima - “a luta propriamente política pelo direito de dizer o certo, o verdadeiro, o bem

³⁸ “A violência simbólica é essa violência que extorpe submissões que sequer são percebidas como tais, apoiando-se em ‘expectativas coletivas’, em crenças socialmente inculcadas. Como a teoria da magia, a teoria da violência simbólica se apóia em uma teoria da crença, ou melhor, em uma teoria da produção da crença, do trabalho de socialização necessário para produzir agentes dotados de esquemas de percepção e de avaliação que lhes farão perceber as injunções

(...), na qual a referência ao universal, ao justo, é a arma por excelência” (Bourdieu, 1997, p. 220) -, garante aos dominantes o controle das representações legítimas do mundo social, que, por meio de uma *alquimia*, deixam de ser vistas como representações particulares, tornando-se universais, públicas, oficiais. Estamos tratando basicamente do poder das palavras e sobre as palavras, e “a rigor o poder político é em grande parte um poder pelas palavras, na medida em que as palavras são instrumentos de construção da realidade”, que ter a “última palavra é ter o poder sobre a representação legítima da realidade” e que “em certos casos, impor a representação é impor a realidade quando se trata de fazer a realidade” (Bourdieu, 2014, p. 432).

Os juristas desempenharam um papel preponderante na complexa formação do Estado moderno, criaram o Estado sob a aparência de pensá-lo, produziram as teorias legitimadoras do poder central, inventaram a razão de Estado, a ficção de direito que é o Estado, foram os “motores do universal, da universalização”, graças ao seu capital de palavras, de conceitos, isto é, graças ao domínio do direito, desse “discurso de pretensão universal, e essa capacidade particular, que é sua capacidade profissional, de explicar a razão, de dar as razões, de produzir razões (Bourdieu, 2014, p. 357). Em suma, o jurista ocupou um papel proeminente na *divisão do trabalho de dominação*. De fato ainda ocupa, de maneira que continuaremos a nos aproximar de nosso objeto, agora finalmente encontrando os personagens centrais de nosso estudo, os juristas, para depois toparmos com um jurista de tipo específico,

inscritas em uma situação, ou em um discurso, e obedecê-las” (Bourdieu, 1997, p. 171). “A violência simbólica se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais de que instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes (...), resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto” (Bourdieu, 2011c, p. 47).

intimamente ligado ao monopólio estatal da violência física e simbólica legítima, o penalista.

2 O ESTADO, O CAMPO JURÍDICO E OS JURISTAS

2.1 O Estado, os juristas e a formação do campo jurídico

Já vimos que o Estado é uma *comunidade ilusória* fundado na acumulação de capital físico e, principalmente, de capital simbólico, de reconhecimento. Esta multifacetada acumulação de capital simbólico dependeu em grande parte do avanço das ideias de universal, de interesse geral, de público etc. Conforme Marx, para atingir seus fins os dominantes precisam apresentar seus interesses como “interesse comum de todos os membros da sociedade”, são obrigados a “dar às suas ideias a forma da universalidade, a apresentá-las como as únicas racionais, universalmente válidas” (2007, p. 48). Também vimos que no processo de monopolização do universal, do oficial, isto é, da violência simbólica, as injunções estatais passaram do estado de ortodoxia ao de doxa, do que deriva a adesão pré-consciente, alheia ao questionamento, dos súditos. O Estado se torna assim um *fetiche*, é *reificado*, passa a ser apreendido como uma facticidade não humana: o homem esquece “sua própria autoria do mundo humano, (...) a dialética entre o homem, o produtor, e seus produtos é perdida de vista pela consciência” (Berger e Luckmann, 1996, p. 118).

Daí a necessidade de *restituir à doxa seu caráter paradoxal*, o que do ponto de vista deste estudo significa, neste momento, lembrar que “a maior parte das obras humanas que temos o hábito de considerar como universais são indissociáveis (...) das condições econômicas e sociais que as tornaram possíveis e que não têm nada de universal” (Bourdieu, 1997, p. 209). O direito, a ciência, a arte, a moral, a religião etc., foram obras humanas, *universos simbólicos* engendrados - em ambientes sociais muito específicos que são “os campos de produção cultural (campo jurídico, campo científico, campo artístico, campo filosófico etc.)” - por agentes que “têm em comum o privilégio de lutar pelo monopólio do universal, contribuindo assim para levar avante, aos poucos, verdades e valores tidos, em cada momento, como universais,

isto é, como eternos” (Bourdieu, 1997, p. 209).³⁹ Segundo Berger e Luckmann, os *universos simbólicos* são “corpos de tradição teórica que integram diferentes áreas de significação e abrangem a ordem institucional em uma totalidade simbólica”, funcionando deste modo como legitimações, como “dóceis protetores lançados sobre a ordem institucional” (1996, p. 134). Os universos simbólicos são reproduzidos por meio de mecanismos conceituais, dentre os quais a mitologia, a teologia, a filosofia e a ciência, cujo conhecimento passa a ser “propriedade de elites de especialistas, cujos corpos de conhecimento foram crescentemente afastados do conhecimento comum da sociedade em conjunto” (1996, p. 146). Aparecem então os especialistas da conservação do universo, cujo *capital simbólico* é constituído justamente pela cisão entre o conhecimento especializado e o conhecimento comum, ou seja, para “salvaguardar as pretensões monopolistas dos especialistas é preciso estabelecer institucionalmente a impossibilidade de acesso ao seu conhecimento”; em outras palavras, é necessário modelar “um corpo de conhecimento intrinsecamente esotérico” (Berger e Luckmann, 1997, p. 145). Ademais, para chegar mais perto da compreensão do papel dos *peritos universais* na construção social da realidade, “é preciso entender a organização social que permite aos definidores fazerem sua definição”, é essencial, levando em conta que as definições da realidade “são sempre encarnadas”, passar da indagação sobre o conteúdo (o que se diz) para o questionamento sobre “quem diz” (Berger e Luckmann, 1996, p. 151). Isso significa que qualquer análise do discurso deve considerar que eles são produzidos por “indivíduos vivos, que tem localizações sociais concretas e interesses sociais concretos” (1996, p. 165), mas sem cair no reducionismo que considera as ideias meros reflexos da posição social.

³⁹ Contra o efeito de universalização e de eternização, de reificação, Geertz lembra que nossos “sistemas esquematizados e organizados de pensamento e ação, (...) a ciência, a ideologia, a arte, a religião, ou a filosofia (...) não são propriedade comum de toda a humanidade”. “Sabemos, é claro, que em Tikópia ou Timbuctu há pouca química e menos cálculo matemático; e que o bolchevismo, a perspectiva do ponto de fuga, as doutrinas da união hipostática, ou dissertações sobre a problemática mente-corpo não são exatamente fenômenos universais” (1997, p. 112).

Ainda conforme Berger e Luckmann, “as definições da realidade tem um poder autorrealizador”, o que nos indica que há uma relação dialética entre as ideias e os processos sociais, que é perdida de vista tanto pela compreensão idealista quanto pela materialista (1996, p. 166).

Portanto, dois pontos importantes a serem desenvolvidos. Em primeiro lugar, que convém tomar como objeto as condições sociais de produção dos discursos (quem diz), nos termos da contribuição de Weber no sentido de que a compreensão dos universos simbólicos, da religião ou do direito, por exemplo, pressupõe o interesse não apenas pela estrutura do sistema simbólico, sua lógica interna, mas também pelo espaço dos agentes simbólicos - religiosos ou jurídicos – que produzem os *mitos*, os discursos, as legitimações: “há que indagar quem são os *mitopoietas*, como eles são formados, que interesses têm, em que espaço de concorrência estão, como lutam entre si”, com que armas etc. (Bourdieu, 2014, p. 239). O segundo ponto, relacionado ao primeiro, diz respeito à necessidade de compreender a estrutura do ambiente no qual os produtos simbólicos, as ideologias, são geradas, levando em conta que elas são “duplamente determinadas”, ou seja, suas características são tributárias de interesses de classe, mas também dos “interesses específicos daqueles que as produzem e à lógica específica do campo de produção”, o que evita o *efeito de curto-circuito*, ou seja, a “redução brutal dos produtos ideológicos aos interesses das classes que eles servem”, mas sem cair na “ilusão idealista a qual consiste em tratar as produções ideológicas como totalidades auto-suficientes e autogeradas, passíveis de uma análise pura e puramente interna” (2011, p. 13). O “campo da produção simbólica é um microcosmos da luta simbólica entre as classes”, e “é ao servirem os seus interesses na luta interna do campo de produção (e só nesta medida) que os produtores servem os interesses dos grupos exteriores ao campo de produção” (2011, p. 12).

Max Weber já havia pensado a ordem social como resultante de um progressivo processo de diferenciação entre as “ordens de vida”, que desembocou na formação de esferas autônomas (econômica, política, estética, erótica, intelectual, jurídica etc.) regidas cada uma por

uma *legalidade própria*⁴⁰. Dialogando com esta perspectiva, Bourdieu desenvolveu o conceito de campo:

A evolução das sociedades tende a fazer com que surjam universos (que chamo de campos) que têm leis próprias, são autônomos. As leis fundamentais são, com frequência, tautologias. A do campo econômico, elaborada pelos filósofos utilitaristas: negócios são negócios; a do campo artístico, explicitamente colocada pela escola que se diz da arte pela arte: a finalidade da arte é a arte, a arte não tem outro objetivo que não seja a arte... Temos assim universos sociais com uma lei fundamental, um *nomos* independente do de outros universos, que são *auto-nomos*, que avaliam o que se faz aí, as questões que aí estão em jogo, de acordo com princípios e critérios irreduzíveis aos de outros universos. (...) Esse processo de diferenciação ou de autonomia resultou na constituição de universos que têm “leis fundamentais” (expressão que tomo emprestada de Kelsen) diferentes, irreduzíveis, e que são o lugar de formas específicas de interesse (1997, p. 148).

Os campos são microcosmos sociais regidos por uma lógica específica, que propõe aos que “nele estão envolvidos, um *espaço dos possíveis* que tende a orientar sua busca definindo o universo de problemas, de referências, de marcas intelectuais (...) de todo um sistema de coordenadas” que os agentes precisam incorporar para entrar e para participar do jogo (Bourdieu, 1997, p. 53). O conceito de campo foi desenvolvido com o fim de recusar as explicações externalistas e internalistas das obras culturais. A explicação internalista ou formal leva em conta apenas a estrutura das obras, seu sistema de referências

⁴⁰ Cf. *Rejeições religiosas do mundo e suas direções*, in *Ensaio de Sociologia* (Weber, 2010, p. 226).

comuns, mas não integra na análise os interesses dos grupos e dos sujeitos que produtores das obras. Já a explicação externalista promove a *redução ao contexto*, pensa a relação entre o “mundo social e as obras culturais na lógica do reflexo”, vincula “diretamente as obras às características sociais dos autores (à sua origem social) ou dos grupos que eram seus destinatários reais ou supostos, e cujas expectativas eles supostamente atendem” (1997, p. 58). Não se trata propriamente de recusar as análises internalistas ou externalistas, mas de integrá-las, pois as obras culturais devem ser analisadas levando em conta a “*correspondência entre duas estruturas homólogas*, a estrutura das obras (isto é, dos gêneros, mas também das formas, dos estilos e dos temas etc.) e a estrutura do campo (...), campo de forças que é inseparavelmente um campo de lutas” (1997, p. 63), travadas por agentes que ocupam certa posição no espaço social e na estrutura do campo. As determinações externas influenciam os produtos culturais por intermédio da estrutura do campo, que exerce, como um prisma, um efeito de refração.

Nessa linha de explicação, os discursos e as práticas jurídicas, por exemplo, devem ser compreendidos como produto de um campo *cuja lógica específica é duplamente determinada*:

Por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas (Bourdieu, 2011, p. 211).

O campo é produto da história, produto das ações de agentes sociais que se produziram como agentes ao construir o campo, o espaço no qual estão legitimados, em razão da sua competência técnica e social específica, a atuar. Ou seja, o campo se constitui sempre por meio de

uma monopolização, da constituição de um capital simbólico que cria profissionais e leigos e que remete os não-iniciados à condição de profanos. Sendo produto da história, é possível traçar a gênese social de um campo, a construção das “condições e os critérios de pertencimento e de hierarquia legítimos” (Bourdieu, 2011b, p. 32), daquilo que “que faz a necessidade específica da crença que o sustenta, do jogo de linguagem que nele se joga, das coisas materiais e simbólicas que neles se geram” (2011, p. 69). Por conseguinte, é possível estudar a gênese social e o funcionamento do campo jurídico, e por esta via entender melhor a específica contribuição que o direito pode dar aos dominantes.

Certamente a “curiosa ficção legal dos Dois Corpos do Rei” (Kantorowicz, 1998, p. 09) e a *curiosa ficção legal* do Estado Democrático de Direito – bem como as engenhosas teorias da linguagem (dentre as quais, as teorias do delito) desenvolvidas pela ciência jurídica para submeter os fatos e o juízo sobre os fatos aos *valores da Constituição* -, ostentam muita coisa em comum. Ambas as narrativas de justificação do poder foram construídas por agentes específicos, juristas, e expressam fundamentalmente a cumplicidade inarredável entre os juristas e o Estado, ou entre o direito e o poder político. Como notou Kantorowicz, na passagem da *realeza centrada em cristo* para a *realeza centrada na lei*, “o que era bom para os juizes era bom para o príncipe, que, afinal, encabeçava a hierarquia jurídica” (1998, p. 90). Bourdieu tratou da mesma cumplicidade fundamental, ao perceber que “o Estado é uma ficção de direito produzido pelos juristas que se produziram como juristas produzindo o Estado”, o que é o mesmo que dizer que a *profecia jurídica deve ser autolegitimadora*, pois “o Estado é a *fictio juris* que fundamenta todos os atos da criação jurídica” (Bourdieu, 2014, p. 96).

Conforme Bourdieu, para compreendermos o aparecimento de instituições “formalmente referidas ao respeito pelo universal, como o Estado, a justiça, a ciência, pode-se supor que há um interesse pelo universal, que pessoas têm como interesse particular fazer o universal avançar” (2014, p. 282). Não temos condições de analisar as nuances entre cada uma das justificativas jurídicas para a acumulação de poder

central – em termos esquemáticos, do Estado Dinástico, ao Absolutista, ao fundado na Constituição, ou da casa do Rei à Razão de Estado - mas o que importa ver, para nossos fins, é a extraordinária contribuição que “os juristas deram coletivamente ao trabalho de construção do Estado” (2014, p. 431). Os juristas foram, nas *formas elementares da divisão do trabalho de dominação*, os “primeiros agentes externos à família real”, de maneira que tinham “total interesse tanto em legitimar como em se legitimar, e em se autonomizar em favor do poder de legitimação que têm” (2014, p. 328). Munidos de um capital de palavras e de conceitos, de técnicas de pensamento e de técnicas de ação – constituído primordialmente pelo direito romano, pelos princípios jurídicos universais, pelo recurso à história (aos textos, às leis, aos precedentes, aos costumes) e por recursos retóricos – os juristas funcionaram como os “motores do universal, da universalização” (2014, p. 357), sobretudo porque tinham interesse na concentração de capital jurídico, na unificação de um espaço jurídico, o que se afinou com os interesses concentradores, monopolizadores, da realeza:

Não é por acaso que os portadores da reivindicação universalista são os juristas que, diante de sua autoridade graças ao direito, porão sua competência jurídica a serviço da universalização de seus interesses particulares de possuidores de um capital particular de jurista. Os juristas desempenham, é evidente, um papel fundamental na construção do Estado porque são ao mesmo tempo juiz e parte interessada: são os que podem legitimar o monarca – as teorias do absolutismo, que justificam da maneira mais radical, são produzidas por juristas. O que não excluiu que os juristas, pondo-se cada vez mais a funcionar como um campo, também estejam divididos, e que outros juristas ponham sua competência jurídica a serviço da defesa de um outro fundamento possível da autoridade, a saber, a

autoridade de base constitucional (Bourdieu, 2014, p. 353).

A pergunta que está por trás da tentativa de compreender a formação do Estado por meio da observação da soma das ações infinitesimais dos agentes que contribuíram para sua formação, as pequenas invenções constitutivas da centralização da autoridade estatal e do poder simbólico, vai além da definição weberiana do Estado como detentor do monopólio da violência física legítima. Não se trata apenas de constatar o monopólio, mas de indagar sobre quem monopoliza o monopólio: “quem tem interesse no Estado? Há interesses de Estado? Há interesses no público, no serviço público? Há interesses no universal, e quem são seus portadores?” (Bourdieu, 2014, p. 178). A partir destas questões, “somos levados a descrever ao mesmo tempo o processo de construção do Estado e os responsáveis pelo processo de produção”, ou seja, a “ver como toda uma série de agentes sociais (...) fez o Estado e se fez como encarnação do Estado ao fazer o Estado” (Bourdieu, 2014, p. 178).

Numa formação social marcada pela descentralização, pela pulverização do poder, pela existência de distintas fontes de poder e de legitimidade, príncipes e juristas operaram como agentes monopolistas, apoiando-se mutuamente. O Estado é, em grande parte, produto dos teóricos, o que quer dizer que as teorias sobre o Estado dos juristas e dos filósofos políticos não tratam de um objeto externo à sua reflexão, mas são constitutivas deste objeto. Uma adequada análise das diversas teorias sobre o Estado produzidas ao longo da história deve levar em conta que estas ideias não surgiram da mente de agentes situados fora do mundo, mas foram produzidas por autores situados no espaço social, ou seja, deve considerar as condições sociais da produção das teorias sobre o Estado, quais eram os interesses do produtor, quais eram suas relações de concorrência, que cabeças queriam cortar e que cabeças queriam salvar. Na acumulação primitiva de poder simbólico, a realeza podia apoiar-se sobre “os interesses específicos dos juristas, (...) que criam todo o tipo de teorias legitimadoras, de acordo com as quais o rei representa o interesse comum e deve a todos segurança e justiça”

(Bourdieu, 1997, p. 109). Os juristas “para fazer triunfar seus interesses, devem fazer triunfar o Estado” (Bourdieu, 2014, p. 445).

A monopolização da violência física e simbólica legítima, e especificamente um dos seus aspectos centrais, que é a monopolização real do poder judiciário, andou junto, imiscui-se, com a *unificação do mercado jurídico*⁴¹ e a formação do campo jurídico. Na sociedade feudal coexistiam “jurisdições eclesiásticas, as cortes do cristianismo, e diversas jurisdições laicas, a justiça do rei, as justiças senhoriais, as dos comuns (das aldeias), as das corporações, as do comércio” (Bourdieu, 1997, p. 108). Nesse momento, a justiça senhorial é uma justiça pessoal, o senhor tem o direito de julgar seus vassalos, aqueles que residem em suas terras, ao passo que o rei só tem “jurisdição sobre o domínio real e apenas julga os processos entre seus vassalos diretos e os habitantes de seus próprios domínios” (1997, p. 108). Pouco a pouco, contudo, as “jurisdições outras que não a do rei (...) são despossuídas do poder de julgar” (Bourdieu, 2014, p. 281). Ocorre um movimento de concentração, que não foi o resultado de um plano ou de um acordo entre “aqueles que dele se beneficiam, especialmente o rei e os juristas” (1997, p. 108), mas resultou na restrição e na eliminação dos demais poderes jurisdicionais, especialmente senhoriais e eclesiásticos, e na

⁴¹ Há uma conhecida passagem intitulada *A concepção apologista da produtividade de todas as profissões*, na qual Marx assevera ironicamente que “o criminoso não produz apenas crimes, mas também “o Direito Penal, e, em consequência, também o professor que produz cursos de Direito Penal, e, além disso, o inevitável tratado no qual este mesmo professor lança suas aulas no mercado geral como ‘mercadorias’”. O trecho foi debatido por criminólogos nos anos setenta⁴¹, mas aqui nossa leitura está atenta ao olhar de soslaio que Marx dirigiu ao fato de que os juristas - em princípio desinteressados, preocupados com o público, com o interesse geral, com o bem comum - possuem interesses bastante evidentes, que se formam e se concretizam num ambiente específico que já podemos chamar de campo jurídico, que foi constituído a partir da concentração de capital jurídico, resultante da unificação estatal do poder jurisdicional, do paralelo desapossamento das demais espécies de jurisdição e da correspondente constituição de uma linguagem específica, de uma forma peculiar de imaginar o mundo inacessível aos leigos.

conseqüente criação de um aparelho judiciário. Os juristas tinham interesse na unificação do mercado jurídico, “como produtores de tratados de direito, como vendedores de serviços jurídicos” e nessa qualidade agiram como “soldados dedicados ao universal” (2014, p. 281). Assim, justificaram o desapossamento das demais jurisdições: desenvolveram a teoria da apelação, insistindo que as cortes feudais, outrora soberanas, não mais o eram, e deveriam se submeter ao rei, que é constituído neste processo de criação da hierarquia recursal como instância última; sustentaram o progressivo aumento da competência da jurisdição real para julgamento das causas criminais que eram da competência dos tribunais senhoriais ou da igreja, a partir do conceito de “casos reais”, “que atingem os direitos da realeza” (1997, p 109) etc. Na *Ordonnance Criminelle* de 1670 estão ratificadas as conquistas dos juristas:

O decreto de 1670 encerra o processo de concentração que progressivamente despojou as jurisdições eclesiásticas e senhoriais em proveito das jurisdições reais. Ele ratificou as conquistas progressivas dos juristas: a competência do local do delito torna-se a regra; a precedência dos juízes do rei sobre os senhores é confirmada; os casos da realeza são arrolados; os privilégios eclesiásticos e comunais são anulados, estabelecendo-se que os juízes de apelação sejam sempre juízes do rei. Em resumo, a competência delegada sobre uma instância (um território) toma o lugar da precedência ou da autoridade diretamente exercida sobre pessoas (Bourdieu, 1997, p. 110).

A partir daí forma-se um corpo judiciário, um “corpo de pessoas que têm interesse na existência desse campo e que devem sua existência legítima à existência desse campo” (2014, p. 284), ou seja, agentes que são investidos de competências garantidas pelo Estado, que falam pelo Estado, que constroem o Estado com seus discursos e práticas. Os juristas destituem as outras formas de resolução de conflitos

e instituem formas universais, codificadas, formalizadas, padronizadas, homogêneas para os procedimentos decisórios, seja uma querela por terras entre a nobreza e a igreja, ou entre a igreja e o rei, seja para prever as soluções para situações extraordinárias: quem sucede o rei? E se não houver herdeiro? E se o herdeiro for menor de idade? O que é a coroa? O que é o fisco? Dotados de um capital de palavras, de um capital linguístico de soluções e precedentes, do acesso privilegiado a um “thesaurus imenso (...) de técnicas, de sistemas de procedimentos padronizados e socialmente validados para resolver os problemas” (Bourdieu, 2014, p. 433), os juristas conseguiram alcançar a posição de *juris peritus*, daqueles que tem a última palavra, ou, no mínimo, daqueles que têm a palavra levada em conta pelo detentor da força física. O jurista está “do lado de uma reduplicação daquilo que existe por um enunciado do dever-ser cujo monopólio ele detém: é a função mínima da legitimação”. Ele deve dizer: “é bom que seja assim, mas é melhor ainda se eu disser que isso deve ser assim”. Pois, “se é a espada que diz o que é bom, é o fim do jurista” (Bourdieu, 2014, p. 419).

O processo de monopolização real do poder judiciário é também o processo de constituição de um campo jurídico, de um “espaço unificado dentro do qual os negócios só podem se tratados juridicamente (os campos são sempre tautologicamente definidos), em conformidade com a definição dominante de direito, isto é, em conformidade com a definição estatal de direito” (Bourdieu, 2014, p. 284).⁴² Constitui-se, “ali onde havia vários jogos – justiças senhoriais, justiça das cidades”, um jogo único, “um só jogo, de sorte que todos os

⁴² Analisaremos as características do campo jurídico, e a pertinência da categoria para a análise da relação entre o direito, as ciências criminais e a dominação social, na sequência do estudo, mas aqui já adiantamos uma definição: “O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente em interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (Bourdieu, 2011, p. 212).

jogadores são instados a se situar nesse espaço do jogo” (2014, p. 282). Foi no interior deste campo que estes *agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica*, os *juristas de formação universitária*, participaram como protagonistas da invenção do Estado secular, impessoal, burocrático, fundado na razão de Estado, que recruta seus funcionários segundo o mérito etc., e na construção da sociedade de classes, fundado na igualdade formal, na qual inexistem, formalmente, privilégios de sangue.

No contexto do antigo regime, os juristas puderam justificar equiparações com a nobreza de sangue, alcançando assim “sucesso prático no campo da estratificação social” (Kantorowicz, 1998, p. 89). Pouco a pouco acabou ocorrendo o deslocamento da fonte de enobrecimento. A condição de nobre fundamentada na natureza, no sangue, transmitida hereditariamente, passa a conviver com a nobreza atribuída pelo Estado, que se torna a ser a principal fonte de honras, o *banco central de capital simbólico*:

Professores de direito, naturalmente, desejavam ser chamados também de “condes”, pois o método jurídico do *quid pro quo* das assim chamadas “equiparações” levava ao sucesso prático no campo da estratificação social: ao final do século XIII, os juristas realmente conquistaram a quase-nobreza que arrogavam ser-lhes devida com base em certas passagens erroneamente interpretadas do *Código* de Justiniano. Daí em diante a promoção de um doutor e a titulação de um nobre eram comparáveis porque conferiam o mesmo grau de dignidade social. Uma nova nobreza alinhava-se agora junto da *militia coelestis* do clero e da *militia armata* da pequena nobreza, as assim chamadas *militia legum* ou *militia litterata*, a qual Baldus, de vez em quando chamava de *militia doctoralis*, uma nobreza doutoral (Kantorowicz, 1998, p. 89).

Desse modo, o campo burocrático em formação passa a ser habitado por duas formas distintas e concorrentes de reprodução: uma pessoal, baseada na lógica dinástica, familiar, hereditária; outra vitalícia, impessoal, baseado na lógica da competência, da função, da separação entre Estado e funcionário, do recrutamento baseado no mérito, no capital cultural, escolar. Esta contradição entre o modo de reprodução familiar – dos reis, príncipes e nobres – e o modo de reprodução escolar – dos letrados e dos juristas - ou seja, esta contradição entre essas duas espécies de agentes – os herdeiros e os recém-chegados - que se legitimam de maneira oposta “é um dos motores principais das mudanças de que o Estado moderno é o desfecho” (Bourdieu, 2014, p. 351). A nobreza de Estado, “essa nobreza de competência cuja encarnação seria a nobreza de toga” (2014, p. 352), que tem sua autoridade fundada na competência, no capital cultural, escolar, leva adiante os princípios de sua legitimidade, e nessa luta, ao mesmo tempo em que mina os fundamentos da reprodução hereditária, constrói coletivamente esse “conjunto de realidades sociais novas que são as instituições participantes da ideia de público, (...) da coisa pública e do espaço (o campo burocrático) em que se inventam as instituições burocráticas” (2014, p. 487), fundadas agora em outro modo de reprodução, a saber, escolar. Os juristas, a *nobreza de toga*, servindo aos próprios interesses, servem também ao universal, tendo sido os principais responsáveis pela constituição “progressiva de um novo poder e de um novo fundamento do poder – um poder fundado no direito, na escola, no mérito, na competência, e capaz de se opor a poderes fundados no nascimento, na natureza etc” (2014, p. 430). Deste modo, contribuíram para a substituição do princípio dinástico pelo princípio jurídico, inventando – traduzindo em linguagem secular - as noções de Estado nacional, de pátria, de público, de cidadão etc:

Essa nobreza de toga que, muito tempo antes da Revolução [francesa], elaborou uma nova visão de Estado, criou todo um universo de noções – como a noção de república -, se tornará a categoria dominante, nobreza de Estado, fazendo o Estado territorial e a nação

unificada. Em outras palavras, seu triunfo é o triunfo do Estado moderno, do Estado nacional, Estado-nação. Essa nobreza de Estado vai, pois, tanto produzir essa nova instituição como se apropriar do quase-monopólio dos benefícios específicos associados a essa instituição (Bourdieu, 2014, p. 449).

Em suma, os juristas se constituíram em “nobreza de Estado ao instituí-lo, ao produzir o discurso performativo sobre o Estado que, sob a aparência de dizer o que ele é, fez o Estado ao dizer o que ele deveria ser” (Bourdieu, 1997, p. 121). Tendo sido os agentes principais da construção do monopólio da violência física e simbólica legítima, alcançaram uma vantajosa posição no campo das disputas pelo monopólio do monopólio, pelo *lucro do universal*, das vantagens auferidas por aqueles que dominam dominando o Estado. Desde então estão na posição de *peritos no universal*, dotados de um discurso autorizado constitutivo das crenças compartilhadas mais profundas acerca do Estado, da sociedade, da propriedade, da moralidade etc., que são instituídas e codificadas em documentos legislativos que elaboram, interpretam e aplicam.

O campo jurídico é um espaço cada vez mais diferenciado, atravessado por disputas homólogas ao campo da luta de classes. Nosso interesse em estudá-lo - especificamente o campo jurídico-penal, e, mais especificamente, o discurso dos agentes que se situam nesse campo - está ligado ao intento de acrescentar elementos que possam ser úteis aos esforços de compreensão acerca da contribuição que as ciências criminais e aqueles que a produzem podem dar à dominação social.

2.2 O campo jurídico-penal

Nosso objetivo até agora foi demonstrar a importância de um agente social, o jurista, na construção e na reprodução da dominação social, baseada na obediência fundada em crenças compartilhadas, em

ilusões bem fundamentadas sobre a legitimidade da ordem social e da força pública que o garante, sobretudo as ideias de impessoalidade, igualdade formal, interesse público, bem comum etc. Do ponto de vista do Estado, nosso objetivo foi demonstrar que a *legitimidade* do monopólio da violência física foi pouco a pouco conquistada pelos agentes investidos de funções estatais, processo no qual os juristas intervieram diretamente, elaborando os discursos e as práticas constitutivas da legitimidade. E que, além disso, o Estado monopolizou não apenas a violência física, mas também a violência simbólica legítima, isto é, o privilégio de situar-se e de falar, de dar ordens, desde um lugar específico, que é o lugar do universal, do oficial. O penalista, ou o criminalista, pode ser considerado um tipo específico de jurista, cujo discurso se relaciona intimamente com o monopólio da violência física e simbólica legítima. Dado que a *legitimidade* do Estado moderno é em grande parte legal, criada e reproduzida pelo direito, pela lei e pela autoridade técnica e social de seus intérpretes, é possível supor que o penalista é um dos agentes que participam da manutenção do universo simbólico que garante a legitimidade das diversas manifestações da violência estatal. Os códigos penais que elaboram, os manuais nos quais interpretam o texto legislativo, as diversas opiniões ao mesmo tempo científicas e morais que produzem etc., constituem pilares simbólicos importantes da ordem social.

Um dos elementos centrais da monopolização dos recursos físicos e simbólicos que resultou no Estado é o poder punitivo. Como vimos, a centralização do poder jurisdicional ocorreu por meio do desapossamento das demais espécies de “justiça”, num processo de acumulação durante o qual “determinados homens abandonam o direito de julgar em última instância, recebem de outros homens a abdicação a respeito de coisas muito importantes” (Bourdieu, 2014, p. 112), que resulta na constituição tanto do monopólio estatal do poder punitivo quanto do campo jurídico como espaço no qual o poder punitivo será racionalizado, legitimado e exercido. Conforme Foucault, na esteira da centralização do poder político e da “constituição do poder judiciário nas mãos de alguns” aparecem novas categorias, novas instituições, desconhecidas ou adormecidas na sociedade feudal (2001, p. 65). No

cenário descrito por Foucault o litígio entre dois indivíduos era resolvido pelo sistema de prova, ou seja, quando “um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos” (2001, p. 59). No interior desta lógica, “o processo é apenas a continuação regulamentada, ritualizada da guerra” (2001, p. 60), e o mais importante para nossos interesses é o fato de que não havia um terceiro habilitado, autorizado a decidir conforme as razões dos oponentes e a *verdade dos fatos*, “não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político” (2001, p. 65). Os oponentes pediam ao “mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constatasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento” (2001, p. 65). O processo de monopolização da jurisdição e do poder punitivo dependeu, então, da derrota da lógica feudal e do aparecimento de noções totalmente novas, sobretudo da figura do procurador e do conceito de infração. O procurador é aquele que se apresenta como representante do rei, que se “apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime” (2001, p. 66). Pouco a pouco o procurador vai substituir a vítima e assim contribuir para a monopolização do poder judiciário. Ele diz: “Se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram igualmente lesados por esse indivíduo” (2001, p. 66). De forma correlata, a noção de infração transubstancia o dano privado em dano público: “A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, à lei, à sociedade, a soberania, ao soberano” (2001, p. 66).

Nilo Batista também analisou este processo de “acumulação excludente de poder penal” (2002, p. 85),⁴³ situando, na reconstrução

⁴³ Conforme Zaffaroni, “un buen día los señores comenzaran a confiscar las víctimas, (...) el señor comenzó a seleccionar conflictos y, frente a ellos, apartó

das *matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, o nascimento da pena pública no direito penal visigótico, processo marcado pelo surgimento da graça (a clemência concentrada nas mãos do soberano, desapossados os senhores locais e as autoridades religiosas), pela afirmação da responsabilidade individual (contra a vingança e a *faida*), pela regulamentação da violência privada (surgimento do que hoje chamamos causas de justificação, de modo que a partir daí é o soberano quem diz quando que se pode matar, por exemplo) e pela delegação penal (2002, pp. 84-91). Segundo Nilo Batista, desde o século XII estava em curso no contexto do *velho mundo* uma “espécie de acumulação primitiva de poder punitivo, que se fazia às custas das vítimas, gradativamente espoliadas de seus conflitos, e às custas dos poderes punitivos senhoriais locais, consuetudinários ou foraleiros, domésticos e eclesíasticos” (2006, p. 290). Importa notar que todas estas transformações ocorreram sob a forma jurídica, por meio de leis elaboradas levando em conta o universo simbólico propriamente jurídico disponível naquele momento. Reis e juristas, portanto, foram os promotores da pena pública, elaborando as razões para a monopolização, para a universalização e para o paralelo ocaso das antigas formas de resolução de conflitos.

Certamente que a análise do caso brasileiro, no qual a monopolização do poder punitivo foi marcada por *relações de intimidade* entre o poder punitivo privado senhorial e o poder punitivo régio, no contexto de uma formação social estruturada pelo modo de produção escravista, demanda as devidas mediações. Contudo, é interessante notar que ao pesquisar este tema Nilo Batista demonstrou a contribuição dos penalistas do século XIX na elaboração das “teorias jurídicas legitimantes da pena escravista” (2006, p. 300), por meio da análise de suas racionalizações jurídicas e morais relativas ao poder punitivo, que resultavam da ginástica necessária para adaptar os princípios do liberalismo jurídico-penal aos fundamentos da “ciência da

las víctima, afirmando *la víctima soy yo*”, de modo que “el poder político pasó a ser también poder punitivo y a decidir los conflictos, sin contar para nada con la víctima, que hasta hoy desapareció del escenario penal” (2005, p. 11)

dominação senhorial” a que serviam (2006, p. 301). Mostrando que os discursos jurídico-penais do século XIX – Tobias Barreto era uma exceção – eram curiosamente parecidos “com as ideias punitivas de uma literatura de bons conselhos agrícolas, que, com muito sucesso, circulou em meados do século XIX” (2006, p. 300), Batista refere que “o discurso penalístico legitimante é quase sempre uma caricatura empertigada dos desejos da classe social dominante” (2006, p. 297).

Mas ainda não é hora de tratarmos da relação dos penalistas e dos discursos jurídico-penal e criminológico e as classes dominantes. Por enquanto, gostaríamos apenas de chamar a atenção para o fato de que a *acumulação primitiva de poder punitivo* foi impulsionada pelos juristas, que tinham interesse na constituição deste campo unificado, no monopólio sobre os objetos que vão inventar – as teorias do crime e da pena -, e sobre o qual vão produzir leis, compêndios, manuais; sobre o qual vão ser os profetas, vão lecionar, dar pareceres, vender serviços jurídicos, graças a sua específica competência aprendida e incorporada na socialização jurídica, ao domínio deste “uso particular da linguagem vulgar” que é linguagem jurídica (Bourdieu, 2011, p. 226), que garante a instituição do monopólio e a exclusão dos profanos, que a partir daí estão “condenados a suportar a força da forma, quer dizer, a violência simbólica” que os detentores de capital jurídico conseguem exercer (Bourdieu, 2011, p. 250). Portanto, a monopolização estatal do poder punitivo ocorreu paralelamente à unificação do que podemos chamar campo jurídico-penal (trata-se de um sub-campo, mas ao longo do trabalho dispensaremos o sufixo), de um espaço no qual agentes dotados do *espírito jurídico* e do domínio dos meios jurídicos, que lhes confere o bilhete de entrada no campo, vão concorrer pelo *monopólio do direito de dizer o direito*, de racionalizar o poder punitivo, de dar razões para a pena, estabelecer as funções da pena; também de dar razões para o crime, estabelecendo o justo e o injusto, o aceitável e o inaceitável⁴⁴, o

⁴⁴ Como mostrou Nilo Batista, no caminho da afirmação da pena pública, “é preciso que a escritura legal preveja as hipóteses sob as quais alguém pode eximir-se ao poder penal” (2002, p. 86). Assim, o direito penal visigótico estabelece que matar o ladrão durante o furto noturno é aceitável: “*Fur nocturnus captus in furto, dum res furtiva secum portare conatur, si fuerit*

âmbito do proibido; nesse caminho vão afirmando – transformando a ortodoxia em doxa - a propriedade privada, paralelamente a construção social do ladrão; a moral sexual, paralelamente a construção social das vítimas dignas⁴⁵; os limites da luta política, paralelamente a construção social dos crimes políticos; também a construção dos criminosos natos, das pessoas temíveis, das classes perigosas etc. Tudo isso contribuiu na consolidação de um universo simbólico dotado de “efeitos de teoria”, de legitimação científica e moral, no qual os agentes oficiais do Estado remexem para encontrar os melhores fundamentos para suas decisões políticas e que ademais é constitutivo do senso comum sobre o crime, a pena e o criminoso.

A lógica específica do campo jurídico e do campo jurídico penal é duplamente determinada, “pelos conflitos de competência que

occisus, mors eius nullo modo vindicetur”; E que é aceitável também matar o ladrão durante o dia, se ele se defendesse com espada: “*Fur qui per diem gládio se defensare voluerit, si fuerit occisus, mors eius nullatenus requiratur*” (2002, p. 86). Ambos os exemplos demonstram a constituição de uma instância centralizada apta a estabelecer os limites para o exercício da violência privada. Os homicídios passam a interessar ao poder central, detentor do monopólio do poder de vida ou morte, que por isso mesmo regulamenta as hipóteses legais nas quais um súdito pode matar outro.

⁴⁵ Georges Vigarello, em *História do Estupro – violência sexual nos séculos XVI - XX* (1998), mostra que os jurisconsultos do antigo regime já se colocavam na condição de guardiões da ordem moral relativa à sexualidade, defendendo teses, em seus compêndios e tratados, que estão vivas até hoje, inclusive nos manuais de direito penal. No *Traité de la justice criminelle*, de 1752, o jurista D. Jousse já tinha interesse e autoridade para dizer que “a qualidade da pessoa a quem a violência é feita aumenta ou diminui o crime. Assim, uma violência feita a uma escrava ou a uma doméstica é menos grave do que a feita a uma moça de condição honesta”. A tese que Nelson Hungria, o *príncipe dos penalistas*, defendeu até o final de sua vida, de que o um homem sozinho não consegue, em qualquer hipótese, estuprar uma mulher que decida firmemente resistir, de maneira que o estupro consumado vem sempre acompanhado da presunção de consentimento da vítima, certamente tem raízes e era amplamente defendida pelos penalistas do antigo regime, como Fournel, no *Tratado do adultério*, de 1775: “qualquer que seja a superioridade de forças de um homem sobre as de uma mulher, a natureza forneceu a esta inumeráveis recursos para evitar o triunfo de seu adversário”; e arrematava: “a honestidade que sucumbe é quase sempre uma meia-honestidade”.

nele tem lugar” e “pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas” (Bourdieu, 2011, p. 211). Esta concorrência é travada por “agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica, que consiste na capacidade reconhecida de interpretar (...) um corpus de textos que consagram uma visão legítima, justa, do mundo social” (2011, p. 212). Ela contribui para fundamentar a “cisão social entre profanos e profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização” (2011, p. 212) que redundará na instituição, consolidação e reprodução do desvio entre a visão vulgar e a visão profissional, que é fundadora do poder específico dos juristas, bem como da “instauração do monopólio dos profissionais sobre a produção e a comercialização desta categoria particular de produtos que são os serviços jurídicos” (2011, p. 233). Assim, o próprio funcionamento do campo gera um efeito de hermetismo, na medida em que são produzidas “verdadeiras tradições específicas, (...) categorias de percepção e de apreciação perfeitamente irreduzíveis às dos não-especialistas, gerando os seus problemas e suas soluções segundo uma lógica (...) inacessível aos profanos” (2011, p. 32).⁴⁶ No campo jurídico-penal, talvez a *teoria do delito* seja o maior exemplo da produção deste hermetismo: qualquer

⁴⁶ Esta *discordância postural* entre os “utilizadores de um código erudito (médicos, juízes, etc.) e os simples profanos”, esta dualidade dos “espaços mentais, solidários de espaços sociais diferentes, que os sustentam” (Bourdieu, 2011, p. 227), foi descrita por Albert Camus, na obra *O Estrangeiro*. Mersault, sentado no banco dos réus, entende perfeitamente que *nada tinha a dizer* no tribunal: “Mesmo no banco dos réus, é sempre interessante ouvir falar de si mesmo. Durante as falas do promotor e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim, e talvez até mais de mim do que do meu crime. Eram, aliás, assim tão diferentes estes discursos? O advogado levantava os braços e admitia a culpa, mas com atenuantes. O promotor estendia as mãos e denunciava a culpabilidade, mas sem atenuantes. No entanto, uma coisa me incomodava vagamente. Apesar das minhas preocupações, às vezes eu ficava tentado a intervir e meu advogado dizia então, “cale-se, é melhor para o seu caso”. De algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim. Tudo se desenrolava sem a minha intervenção. Acertavam o meu destino, sem me pedir uma opinião. De vez em quando, tinha a vontade de interromper todo mundo e dizer: “Mas afinal quem é o acusado? É importante ser o acusado. E tenho algo a dizer”. Mas, pensando bem, nada tinha a dizer” (2004, p. 102).

professor que já tenha passado pelo desafio de introduzir aos estudantes a teoria jurídica do crime, sabe que o que se está a fazer é ensinar outra “língua”, substituir a visão comum sobre o crime pela visão técnica e altamente formal elaborada pelos *juris peritus*. Quiçá por isso Roberto Lyra pensou, ao assumir sua cátedra, que o professor de direito penal tem “o dever de rectificar, ao rythmo da verdade scientifica, a noção vulgar”, mas que é também seu dever didático “não desperdiçar a predisposição, desencantando a ansiedade, enregelando o entusiasmo, como o desfile monótono, espesso, obscuro dos alfarrábios e dos textos” (1935, p. 10).

O antagonismo entre os agentes do campo jurídico-penal serve de base “a uma forma subtil de *divisão do trabalho de dominação simbólica* na qual os adversários, objectivamente cúmplices, se servem uns aos outros” (Bourdieu, 2011, p. 219). A concentração do poder punitivo ocorreu paralelamente à unificação do campo jurídico-penal, ambiente no qual foram formulados os “discursos oficiais de autolegitimação do poder e do sistema penal” (Andrade, 2003, p. 176), aptos a conferir-lhe sustentação ideológica. Conforme Vera Regina Pereira de Andrade,

No Estado moderno ocidental, o poder de punir e o sistema penal em que se institucionaliza é marcado por uma dupla via legitimadora. Por um lado, por uma justificação e legitimação pela legalidade que se conecta com o seu enquadramento na programação normativa; por outro lado, por uma justificação e legitimação utilitarista que se conecta com a definição dos fins (funções declaradas) perseguidos pela pena (2003, p. 177).

Em linhas gerais, o modelo integrado das ciências criminais foi formado pela confluência de “saberes (discursividades) fundamentais na justificação do sistema” (Andrade, 2003, p. 177), notadamente pela filosofia dos juristas da Ilustração, transformada em dogmática jurídico-penal (ciência do direito penal), centrada na promessa de racionalização

do poder punitivo e de segurança jurídica; e pelo positivismo criminológico, centrado na promessa de defesa da sociedade por meio da compreensão das causas dos crimes e da consequente formulação de medidas de correção (para os corrigíveis) e neutralização/eliminação (para os incorrigíveis), ou seja, pela confluência dos saberes clássico, dogmático e criminológico (Andrade, 2003, p. 177). Ao cabo de uma luta entre juristas clássicos e criminólogos positivistas, promoveu-se uma integração funcional dos saberes, levada a cabo principalmente pela reação tecnicista de Rocco e pelo esforço conciliador de Lizst. Temos a partir daí uma “divisão do trabalho científico” (Andrade, 2003, p. 96), que conforma:

(...) um modelo relativamente desintegrado a nível metodológico (objeto e método diferenciados), mas funcionalmente integrado (convergência funcional) na luta, então declara-se, “cientificamente” racionalizada contra a criminalidade, onde a hegemonia pertence à Dogmática Penal (Andrade, 2003, p. 99).

Nos termos em que estamos pensando, vislumbramos aí a cumplicidade objetiva entre os agentes antagonistas do campo jurídico-penal, que se servem uns aos outros e promovem a *divisão do trabalho de dominação simbólica*. De maneira que tratar de lutas, de antagonismos entre agentes cujas armas são as palavras - e os selos que se colam às palavras e aos seus emissores, dotando o discurso de maior ou menor eficácia simbólica -, não é novidade para os estudiosos das ciências criminais. De qualquer forma, é interessante percorrer panoramicamente o “curso dos discursos” sobre a questão criminal (Zaffaroni, 2005, p. 10), pois foi ao longo destas querelas pelas palavras e por seus sentidos – pelo poder simbólico de construção social da realidade – que foram sendo lapidadas algumas das mais importantes justificações da ordem social e do Estado.

2.3 Os conflitos de competência ou a *disputa corporativa pela propriedade do crime*

A concepção de *sistema penal* sustentada por Zaffaroni e por Nilo Batista (2003) é muito próxima da concepção de campo jurídico-penal com a qual estamos trabalhando. Nesse sentido, os autores esclarecem que utilizam a expressão sistema apenas “no sentido elementar de *conjuntos de entes, de suas relações recíprocas e de suas relações com o exterior (o ambiente)*” (2003, p. 60). Sublinham, ademais, que as agências do sistema penal “não operam coordenadamente, mas sim por compartimentos estanques, ou seja, cada um de acordo com seu próprio poder, com seus próprios interesses setoriais e respectivos controles de qualidade”, de maneira que “as motivações dos operadores de cada agência são inerentes e contraditórias diante daqueles pertencentes às demais e inclusive entre as daqueles que fazem parte de outros estamentos da mesma agência” (2003, p. 60). As nominadas “agências do sistema penal”, portanto, possuem uma lógica específica, são movidas por lutas internas e por interesses distintos; nas palavras dos autores, “estas agências são regidas por relações de concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas” (2003, p. 61) que resultam na sua operacionalidade concreta. Foi no contexto destas lutas de competência travadas por agentes e corporações do campo jurídico-penal que surgiram os discursos dominantes sobre a questão criminal. Segundo E. Raúl Zaffaroni, se analisarmos as narrativas produzidas ao longo da história sobre a questão criminal, notaremos o seguinte:

(...) que uno fue elaborado en cierto momento por médicos, otros por juristas, otros por policías, otros por políticos, otros por sociólogos y otros por académicos. No tardará a darse cuenta que los médicos, juristas, policías, políticos, sociólogos y académicos, son personas especialmente entrenadas, que forman agrupaciones separadas, jerarquizadas y verticalizadas, que ejercen cierto poder y que, por lo general, se

comportan conforme a intereses que corresponden a ese poder: son las corporaciones profesionales. Los discursos contradictorios provienen, pues, de corporaciones profesionales que compiten entre ellas, pero que también tienen luchas por el poder en su propio seno y todas esas pugnas se traducen en discursos competitivos y contrapuestos (2005, p. 09).

Na medida em que se constitui o campo burocrático, começa “una lucha entre corporaciones para hegemonizar el poder del Estado, o, al menos, obtener los mejores privilegios posibles” (Zaffaroni, 2005, p. 22). Nesse contexto, “la cuestión criminal pasó a ser un ámbito muy disputado”, estabelecendo-se uma “*disputa corporativa pela propriedade do crime*” (2005, p. 29), na qual as armas manejadas são fundamentalmente as palavras, os saberes especializados expressos em dialetos peculiares, pouco compreensíveis ao vulgo (2005, p. 24). E o que está na mesa são âmbitos, frações, fatias da realidade, quer dizer, o domínio, o monopólio, a competência sobre tais âmbitos, cuja “inclusão em seus discursos importa a ampliação de seu poder” (2005, p. 23).

Según las circunstancias, estas corporaciones se disputan ámbitos de la realidad, cuya inclusión en sus discursos importa la ampliación de su poder: por ello, amojonan mayor territorio de la realidad, y la inclusión de un área dentro de los límites epistemológicos de sus discursos importa la apropiación corporativa de éste territorio, o sea, de la administración de un área de la realidad y, por ende, de un trozo más de poder (2005, p. 23).

Ainda conforme Zaffaroni, a partir do século XVIII o discurso dos juristas e dos filósofos da Ilustração alcançou hegemonia. Tal discurso estava vinculado às necessidades da burguesia, que “luchaba por la hegemonia social contra la nobleza en el poder, porque le era indispensable acotar y reducir el poder punitivo de que ésta disponia”

(2005, p. 32). Já não nos contentamos, desde Rusche e Kirchheimer e Foucault, por exemplo, com a narrativa idealista acerca do sistema penal, na qual a história da punição é contada como uma sucessão de medidas em nome da humanização, corolário lógico do progresso moral da humanidade. Em *Vigiar e Punir*, Foucault demonstrou que o *afrouxamento da severidade penal*, pensado pelos historiadores do direito como um fenômeno quantitativo – “menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e ‘humanidade’” (2005, p. 18) – estava inserido no processo de construção de “outra política em relação às ilegalidades”, de uma nova “economia” do poder de castigar (2005, p. 69). Tratava-se de “fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade”, ou seja, “não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade: inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir” (2005, p. 70). Esta nova “economia política” do poder de castigar estava inserida no contexto das necessidades derivadas das transformações sociais daquele período, das “novas formas de acumulação de capital, de relações de produção e de estatuto jurídico da propriedade” (2005, p. 73), que tornavam intoleráveis para a burguesia as ilegalidades das camadas populares quanto aos bens:

(...) o desenvolvimento dos portos, o aparecimento dos grandes armazéns onde se acumulam mercadorias, a organização de oficinas de grandes dimensões (com uma massa considerável de matéria-prima, de ferramentas, de objetos fabricados, que pertencem ao empresário e são difíceis de vigiar) exigem também uma repressão rigorosa da ilegalidade. A maneira pela qual tende a investir, segundo escalas quantitativas totalmente novas, nas mercadorias e nas máquinas, supõe uma intolerância sistemática e armada à ilegalidade (Foucault, 2005, p. 72).

A burguesia encontrava-se em situação ambígua. Por um lado, necessitava colocar fim aos privilégios da ordem antiga e aos

superpoderes do soberano, por meio da construção das garantias em nome da liberdade e da igualdade formal⁴⁷; por outro lado, precisava defender com maior efetividade os seus bens, ameaçados pela multidão de despossuídos e pela tradicional tolerância quanto às suas ilegalidades cotidianas. Daí que Foucault afirma que a reforma penal, levada a cabo pelos juristas, “nasceu no ponto de junção entre a luta contra o superpoder do soberano e a luta contra o infrapoder das ilegalidades conquistadas e toleradas” (2005, p. 74), e assim podemos compreender a razão pela qual a crítica dos suplícios teve grande importância na reforma penal: “era uma figura onde se uniam, de modo visível, o poder ilimitado do soberano e a ilegalidade sempre desperta do povo” (2005, 75). Neste contexto, é preciso “controlar e codificar” as práticas ilícitas, e que “as infrações sejam bem definidas e punidas com segurança, que sejam determinadas quais são as infrações intoleráveis e que o castigo torne-se certo, seguro (2005, p. 73).

Deslocar o objetivo e mudar sua escala. Definir novas táticas para atingir um alvo que é agora mais tênue mas também mais largamente difuso no corpo social. Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político, aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, constituir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal no século XVIII (2005, p. 76).

⁴⁷ (...) os problemas de uma definição mais precisa de direito substantivo e do aperfeiçoamento dos métodos do processo penal foram trazidos para o centro do debate pela burguesia, que ainda não havia ganho sua batalha pelo poder político e procurava obter garantias legais para sua própria segurança” (Rusche; Kirchheimer, 2004, p. 110).

Mas cabe lembrar que é ao servirem aos seus interesses na luta interna do campo que os juristas podem servir aos interesses da burguesia em ascensão. Os reformadores do século XVIII, chamados de *clássicos* pelos seus opositores mais jovens, confrontaram-se com os princípios dinásticos que ainda regiam o poder judiciário, contribuindo deste modo para o avanço do universal, pois para triunfar no universo jurídico “havia que se invocar o universal”, precisavam “ser capazes de mostrar que as teses que defendiam “eram mais facilmente universalizáveis que as dos outros (...), isto é, que elas dependiam menos dos interesses privados”: *se digo isso, é porque é bom para todos os homens e não só para mim* (Bourdieu, 2014, p. 446). Conforme Bourdieu, a revolução francesa marca um limiar, “uma etapa desse processo de afirmação, dessa ascensão dos letrados, dos magistrados, e marca no fundo o triunfo dos magistrados” (2014, p. 449), ou seja, a nobreza de toga se torna a categoria dominante, “nobreza de Estado”, indivíduos que vão “tanto produzir essa nova instituição como se apropriar do quase-monopólio dos benefícios específicos associados a essa instituição” (2014, p. 449).

A análise de Foucault nos oferece subsídios para compreender que os agentes que promoveram a transformação do direito penal e das práticas punitivas ao longo do século XVIII, a partir de ideias que foram unificadas posteriormente como próprias da “escola clássica” – principalmente o princípio da legalidade - estavam contribuindo para a unificação do campo jurídico, para a universalização da justiça, para a constituição de uma justiça regular, racional, dominada exclusivamente pelo princípio jurídico, pela lei e não pelo poder pessoal do soberano. Segundo Foucault, foi no interior do aparato judiciário que a reforma foi preparada, “por um grande número de magistrados e a partir de objetivos que lhes eram comuns e dos conflitos de poder que os opunham uns aos outros” (2005, p. 69).

Os reformadores não eram a maioria, entre os magistrados, naturalmente: mas foram legistas que idearam os princípios gerais da reforma: um poder de julgar sobre o qual não

pesasse o exercício imediato da soberania do príncipe; que fosse independente da pretensão de legislar; que não tivesse ligação com as relações de propriedade; e que, tendo as funções de julgar, exerceria plenamente esse poder (2005, p. 69).

Os juristas da “escola clássica” *guilhotinaram o rei*, formulando os novos fundamentos do poder estatal, ao mesmo tempo em que construíam a autonomia do universo jurídico, o *monopólio do direito de dizer o direito*, contra intromissão descabida do soberano e das lógicas dinásticas nos negócios jurídicos. Nesse sentido, Foucault notou que o objeto central da crítica dos reformadores à justiça tradicional não era a sua crueldade, mas a sua irregularidade, sobretudo em razão da permanência das lógicas dinásticas. Em primeiro lugar, o poder judiciário é ainda passível de apropriação privada, ou seja, “vendem-se os ofícios do juiz; transmitem-se por herança”, isto é, nele habita também o modo de reprodução familiar. Em segundo lugar, porque há indistinção entre os dois tipos de poder, “o que presta a justiça e formula uma sentença aplicando a lei e o que faz a própria lei”. E, em terceiro lugar, ainda estão vigentes “uma série de privilégios que tornam incerto o exercício da justiça: há tribunais, processos, partes litigantes, até delitos que são ‘privilegiados’ e que se situam fora do direito comum” (2005, p. 67). Portanto, os pais fundadores da ciência do direito penal estavam a promover a monopolização do poder punitivo e a unificação do campo jurídico, posicionando-se contra a irregularidade da justiça, em razão da existência de uma “multiplicidade das instâncias que estão encarregadas de realizá-la, sem nunca constituir uma pirâmide única e contínua” (2005, p. 67). O *jogo único* ainda não estava consolidado, as diferentes justiças sobrepunham-se e entravam em conflito:

(...) as dos senhores que são ainda importantes para a repressão dos pequenos delitos; as do rei que são elas mesmo numerosas e mal coordenadas (as cortes soberanas estão em permanente conflito com

os bailados [bailliages] e principalmente com os tribunais presidiais [présidiaux] recentemente criados como instâncias intermediárias; as que, de direito ou de fato, estão a cargo de instâncias administrativas (como os intendentos) ou policiais (como os prebostes e os chefes de polícia; a que se deveriam acrescentar o direito que tem o rei ou seus representantes de tomar decisões de internamento ou de exílio fora de qualquer procedimento regular (Foucault, 2005, p. 67).

Tudo isso torna a justiça penal, nas palavras de Foucault, lacunosa, “devido às diferenças de costumes e de procedimento, apesar da Ordenação Geral de 1670”; também em razão dos conflitos internos de competência e dos interesses particulares “que a cada instante é levada a defender”; por fim, “devido às intervenções do poder real que pode impedir o curso regular e austero da justiça, pelos perdões, comutações, evocações em conselho ou pressões diretas sobre os magistrados” (2005, p. 67). Parece que aqui encontramos muitas semelhanças entre a tese genética mais ampla de Bourdieu sobre o Estado e a genealogia do poder punitivo de Foucault. Os agentes que impulsionaram a reforma penal, a monopolização do poder punitivo e da violência simbólica, segundo ambos os autores, foram os juristas, no contexto dos conflitos de competência no qual estavam enredados e que ao se resolverem fazem o universal avançar, o público contra os interesses privados, a função pública fundada na reprodução escolar contra a apropriação privada dos cargos estatais e o direito contra a vontade do soberano.

A obra de Cesare Beccaria é representativa dos pontos que estamos procurando sustentar⁴⁸. No primeiro parágrafo de *Dos Delitos e*

⁴⁸ É preciso lembrar que as “grandes figuras da história” ficaram na história por alguma razão, cuja análise é imprescindível. A história das ideias que se contenta em estudar apenas aqueles autores cuja obra permaneceu viva ao longo dos séculos, acaba por não levar em conta as condições sociais da permanência das ideias históricas, de sua efetividade. Ou seja, não se pode aceitar passivamente o corpus a ser estudado, é preciso fazer a “sociologia do corpus”,

Das Penas, o marquês nos informa que sua crítica será dirigida à desorganização legislativa, a “esse código sem forma, produto monstruoso de séculos mais bárbaros”, em verdade “fragmentos da legislação do antigo povo conquistador, reunidos por ordem de um príncipe que reinou, em Constantinopla, há doze séculos, juntados depois aos costumes dos lombardos e amortalhados em volumoso calhamaço de comentários pouco inteligíveis”, que conformam o “acervo de opiniões que uma grande parte da Europa prestigiou com o nome de *leis*” (1983, p. 07). De início, notamos que estamos diante de uma empreitada destinada a reorganizar o Estado e seus fundamentos, e o marquês, após ter que cuidar de *manter a cabeça no lugar*, esclarecendo que *testemunhou publicamente seus princípios religiosos e sua submissão ao soberano* ao responder as críticas à sua obra, diz o seguinte: “Muito ao contrário de diminuir a autoridade legítima, constatar-se-á que todos os meus esforços foram no sentido de engrandecê-la” (1983, p. 08). Beccaria, portanto, estava a travar aquela relação entre o príncipe e os juristas que a pouco descrevemos. Estava dizendo, em outras palavras: “Aquilo em nome do que eu te justifico me justifica para dizer que tu não tens justificativas de fazer isso” (Bourdieu, 2014, p. 328), ou seja, estava formulando novos fundamentos para o poder político e para o poder punitivo.

tentar saber “por que esse corpus é o que ele é”, refletir sobre a formação do “*palmarès* histórico” (Bourdieu, 2014, p. 355). Ou seja, para analisarmos a “escola clássica” ou a “escola positivista” teríamos que levar em conta não apenas os escritos dos “vencedores”, dos “chefes de escola” e de seus discípulos mais diletos, mas também dos outros autores que não ficaram conhecidos, que caíram no esquecimento, e sobre os quais não temos notícias a não ser pesquisando mais profundamente, e daí talvez seja possível encontrar as razões dos triunfos e dos fracassos dos discursos. No caso de Beccaria, seria preciso levar em conta as condições sociais de seu amplo sucesso e de sua permanência histórica, lembrando, por exemplo, da obra de um dos seus principais opositores, o jurista Muyart de Vouglans, cuja *Refutation des principes hasardés dans le Traité des délits et peines* acabou derrotada e relegada às prateleiras menos visíveis das bibliotecas (cf. Quirós, 2012); ou da própria querela interna entre os letrados da *Accademia dei Pugni* pela autoria de *Dos Delitos e Das Penas*, notadamente entre Pietro Verri e Cesare Beccaria (cf. Carvalho, 2003, p. 44).

O marquês também não deixa de ajudar a impulsionar a diferenciação entre as esferas, a formação da legalidade específica do campo burocrático e do campo jurídico, ao demarcar a diferença entre o espaço de atuação dos teólogos, a quem caberia “fixar os limites entre o justo e o injusto, de acordo com a maldade ou a bondade intrínsecas da ação”, e a do publicista, incumbido de “estabelecer esses limites em política, quer dizer, em função das relações do bem e do mal que a ação possa fazer à sociedade” (1983, p. 09). Conforme a análise de Zaffaroni, estamos aqui diante de uma típica *disputa corporativa pela propriedade do crime*.

Vimos que o surgimento da graça, a concentração da clemência nas mãos do soberano, é uma marca da *acumulação excludente de poder penal*; além disso, que um dos objetos da crítica dos reformadores à justiça tradicional era justamente as usuais intervenções reais sobre a justiça criminal, que era desta forma constantemente desautorizada. Em Beccaria encontramos claramente esta crítica, que impulsionou a *monopolização do direito de dizer o direito* pelos juristas, quando o autor trata da graça. O marquês reconhece que “o direito de propiciar a graça é indubitavelmente a mais bela prerrogativa do trono; é o atributo mais precioso do poder soberano”. Contudo, “ao mesmo tempo, é uma desaprovação tácita das leis que existem”, isto é, o monarca que concede a graça “ergue-se (...) contra o código criminal” (1983, p. 57). Beccaria continua a demarcar as lógicas das esferas sociais, advogando pela autonomia do campo jurídico-parlamentar, pois a justiça criminal seria mais racional e proporcionaria mais segurança caso pudesse atuar segundo as leis, de modo relativamente alheio aos *atributos preciosos do poder soberano*. Mais um exemplo da *disputa corporativa pela propriedade do crime*, agora na luta dos juristas pela autonomia da justiça criminal, isto é, pelo seu monopólio sobre a justiça criminal⁴⁹.

⁴⁹ Na obra de Francesco Carrara, outro dos pais fundadores da Ciência do Direito Criminal, encontramos a mesma atuação no sentido da monopolização da justiça criminal. Segundo a “fórmula sacramental” de Carrara, o crime não é um ente de fato, mas um ente jurídico, pois sua essência consiste na violação de

Os juristas clássicos foram os responsáveis pela formulação da nova ideologia legitimadora do exercício estatal da violência física e simbólica, a *legitimação pela legalidade*⁵⁰, baseada na concepção de crime como ente jurídico (princípio da legalidade), na responsabilidade penal fundada na responsabilidade moral derivada do livre arbítrio e nas concepções retributivas e utilitárias (prevenção geral negativa) da função da pena, postulados fundamentais que Vera Andrade chamou de “senso comum do classicismo” (2003, p. 53). Impulsionaram o trabalho de codificação, de universalização, de elaboração de leis supostamente claras, válidas para todo o território, e cuja aplicação deveria ficar a cargo de um poder judiciário autônomo, formado por juízes técnicos, capazes de realizar silogismos, de subsumir o fato concreto aos limites estritos da lei, de maneira a estabelecer a pena adequada ao crime (e não ao *criminoso*). E tudo isso fazia parte de um trabalho simbólico de eufemização da violência punitiva, ou, segundo Foucault, de uma mudança nas engrenagens da punição, no sentido de que a justiça criminal estava deixando de assumir “publicamente a parte de violência que está ligada ao seu exercício” (2005, p. 13). Conforme Rosa Maria Cardoso da Cunha, a partir destas ficções do Estado de direito, principalmente do princípio da legalidade, o sistema penal oferece ao público “sua fachada de ouro, sua prestigiada pose liberal” (1979, p. 131). Mas a *disputa corporativa pela propriedade do crime* não acabou por aqui; a forma específica do discurso jurídico-penal foi ainda

um direito. Contudo, o direito em Carrara é o direito natural, “congenito ao homem, porque lhe foi dado por Deus”, que deve “ter existência e critérios anteriores às inclinações dos legisladores terrenos”. Assim, a “Ciência do Direito Criminal vem a ser reconhecida como uma ordem racional que emana da Lei moral-jurídica, e preexiste a todas as Leis humanas, tendo autoridade sobre os próprios legisladores”. Para Carrara, a Ciência Penal é nada menos do que “o código supremo da liberdade” (Carrara apud Andrade, 2003, p. 54). O jurista, já cientista no modelo de Carrara, deve ser então espécie de mediador, que interpreta os preceitos divinos e produz a Ciência do Direito Criminal (da mesma forma que o jurista contemporâneo deve produzir a mediação entre os valores da Constituição e as leis). Nota-se que o jurista, está em excelente posição, acima, inclusive, do legislador, que deve submeter-se à Ciência do Direito Criminal e, é claro, aos seus cientistas.

⁵⁰ Cf. *Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal* (Baratta, 1986, pp. 77-92).

modelada por uma ofensiva que deixou marcas definitivas neste universo simbólico.

A nascente ciência do direito penal, após emprestar autoridade aos esforços de unificação e de monopolização do campo jurídico-penal por parte dos juristas, e de promover universalização do método jurídico-penal, que se sobrepôs às formas tradicionais de resolução de conflitos e que se expandiu pelo mundo⁵¹, foi atacada severamente em seus fundamentos. No final do século XIX, no ambiente marcado pela força das ideias de progresso e de controle da natureza por meio do avanço da ciência, bem como pelo etnocentrismo europeu neocolonialista, travou-se a “batalha do tribunal”, promovida pelos intrépidos fundadores da ciência criminológica. Vestidos com o “uniforme da ciência” e munidos de um “imponente aparato de números, medições e gráficos”, bem como de crânios, esqueletos e fotografias de criminosos exemplares, os criminologistas positivistas levaram a cabo uma “cruzada contra a justiça mística”, que resultou num “violento questionamento do direito penal clássico” (Darmon, 1991, p. 140) e deu início à conhecida luta entre as escolas - desde a perspectiva que está guiando nosso estudo, trata-se da disputa pelo monopólio da violência simbólica legítima, “luta propriamente política pelo direito de dizer o certo, o verdadeiro, o bem (...), na qual a referência ao universal, ao justo, é a arma por excelência” (Bourdieu, 1997, p. 220).

O positivismo criminológico foi elaborado no contexto de um movimento protagonizado por “antropólogos, biólogos, psiquiatras, médicos-legistas, sociólogos, juristas” (Darmon, 1991, p. 84) que se interessaram em estudar o *homem criminoso*, concebido como uma variedade anormal da espécie humana, como um ser essencialmente distinto dos honestos cumpridores da lei⁵². Em torno da “descoberta”,

⁵¹ Conforme Vera Andrade, “existe um potencial universalista do paradigma dogmático que lhe permite funcionar fora do lugar de origem” (2003, p. 35).

⁵² O positivismo criminológico surgiu nas fronteiras entre a medicina e o direito, o que é um fato importante, pois ambas são disciplinas encarregadas de impor uma ordem, uma moral, um modo e um modelo de vida, “em nome de uma

pelo médico italiano Cesare Lombroso, do *criminoso nato*, o eixo da discussão criminal é deslocado. O que interessa agora não é mais o crime, ente jurídico, abstrato, mas o criminoso concreto: nele está localizada a causa do crime; ele deve ser curado ou neutralizado por meio de medidas estatais; ele deve ser o objeto da atenção dos estudiosos. Na medida em que o *criminoso* é transformado em objeto suscetível de análise científica por meio dos métodos das ciências naturais, multiplicam-se os agentes capazes de dizer quem é e o que deve ser feito com o criminoso. No ambiente do *fin de siècle* formou-se um campo de estudos e de relações entre estudiosos do *homem criminoso*: foram fundadas revistas científicas e elaborados livros seminais, bem como travados intensos debates entre os protagonistas daquela época de *delírio positivista*, que se encontravam constantemente em congressos de antropologia criminal, realizados em Roma, em Paris, em Bruxelas, em Genebra, em Turim etc., onde eram recebidos em jantares de gala por príncipes e ministros da justiça, e nos quais, “segundo a imprensa da época, (...) teriam empregado tanto tempo para festejarem quanto para dissertarem sobre crimes, violações e crânios” (Darmon, 1991, p. 85).⁵³

Evidentemente, se estamos falando em analisar as características físicas do delinquente, medi-lo, autopsiá-lo etc., ou em analisar o meio social onde se desenvolvem os *germens do crime*, não é o jurista o técnico mais competente para tal tarefa, e assim os “magistrados viam a cada dia o alcance de sua competência reduzir-se” (Darmon, 1991, p. 132). No limite das teses positivistas, a justiça criminal deveria ser substituída por uma técnica de tratamento ou de eliminação dos criminosos; e o juiz, o advogado, o promotor,

autoridade que não é unicamente da ciência, mas a das ‘capacidades’ dos ‘notáveis’ predispostos por sua posição e por suas disposições a definir o que é bom e o que está bem” (Bourdieu, 2011b, p. 81).

⁵³ Para uma análise específica sobre o contexto de elaboração das teses seminais do positivismo criminológico, baseada principalmente nos anais dos congressos de antropologia criminal do final do século XIX, cf. Darmon, *Médicos e assassinos na Belle Époque* (1991).

substituídos pelo médico ou pelo antropólogo criminal. O passo lógico que os criminologistas positivistas tiveram que dar foi no sentido da “batalha do tribunal”, pois era preciso acabar com o monopólio dos juristas *espiritualistas* sobre a questão criminal, era preciso dar fim aos misticismos daqueles que estudavam o crime apenas abstratamente, sem levar em conta a específica personalidade do criminoso, o que ademais era a causa do propalado aumento da criminalidade. Se a arma dos juristas clássicos, contra os do antigo-regime, eram as concepções fundadas na racionalidade das luzes, a dos positivistas é a concepção de ciência, o método positivo, que relegava a metafísica dos clássicos à condição de ultrapassada. A tradução das concepções médicas, biológicas, antropológicas, sociológicas etc. sobre o homem criminoso que habitavam este *campo sui generis* regido fundamentalmente pela busca das causas dos crimes – o paradigma etiológico – para a linguagem e a lógica do campo jurídico foi realizada por juristas que adotaram as premissas do positivismo criminológico e assim atuaram no sentido da desconstrução do edifício clássico.

Enrico Ferri foi um deles. Multifacetado personagem, jurista, advogado, deputado, jornalista, professor de direito penal, dotado de domínio da retórica e de certezas que eram defendidas ardorosamente enquanto duravam, de ideias que vão de Marx a Lombroso e Mussolini, é um exemplo claro do tipo de intelectual que se formou neste campo acadêmico-profissional *sui generis*, que era o campo habitado por especialistas na questão criminal do *fin de siècle*. Sua biografia bem poderia ter sido representada por um competente cineasta do realismo italiano.

Segundo Ferri, “a jurisprudência clássica, de Beccaria a Carrara, ocupou-se exclusivamente dos crimes: deixava os seus auctores na sombra, atribuindo-lhes um typo único e médio de homem como todos os outros” (1916, p. 24). Contudo, a partir da ação dos criminologistas positivistas, esta situação estava a mudar, pois a “opinião publica começa a considerar os mais celebres criminosos como criaturas anti-sociaes e perigosas, cuja segregação e cujo tratamento se impõe, e não como criaturas dotadas somente de uma vontade livre e

má” (1916, p. 09). Nesta ocasião, Ferri trata da “jurisprudência clássica” como algo que ficara no passado:

Até ha pouco, os criminalistas não estudavam o criminoso: concentravam toda a sua atenção e todo seu esforço dos seus syllogismos no estudo do crime – por elles considerado, não como episodio revelador d’um modo de existência, mas simplesmente como uma infração às leis. Não viam do delicto mais que a sua face jurídica e nem pensavam em procurar-lhe as raizes profundas no terreno pathologico da degenerescência individual e social (1916, p. 23).

À justiça criminal mística da jurisprudência clássica os juristas-criminologistas opuseram a “sciencia positiva”, que se esforça por “pôr em relevo os caracteres que diferenciam os criminosos entre si, e por exprimir a sua individualidade physica e psychica no meio ambiente particular de cada um deles”, ou seja, “substitue ao typo classico, unico e incolor, diferentes physionomias de delinqüentes” (Ferri, 1916, p. 26). Uma das concepções duradouras elaboradas por Enrico Ferri foi a sua *classificação dos criminosos*, que são agrupados em criminoso-nato, criminoso louco, criminoso por hábito adquirido, criminoso passional e criminoso acidental, possuindo cada um deles características específicas, que devem ser descobertas para a definição da melhor solução do caso concreto, com vistas à defesa da sociedade. A classificação dos criminosos esteve durante todo o século XX na antecâmara dos Códigos Penais brasileiros, e mesmo que não tenha conseguido ser consagrada expressamente nos textos legislativos, funciona como metarregra nas decisões da justiça criminal, principalmente na aplicação da pena e nos decretos de prisões preventivas. Não há criminologista positivista que não tenha ensaiado algum modelo de classificação dos criminosos e até hoje tais modelos povoam manuais de criminologia, publicados por conhecidas editoras e indicados por professores nos planos de ensino da disciplina, conforme demonstrou Mariana Garcia,

na dissertação *O ensino da criminologia nas faculdades de direito no Brasil* (2014, p. 135). A produção do criminoso como objeto passível de análise científica dá “aos mecanismos de punição um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que são, serão ou possam ser” (Foucault, 2005, p. 20). A aparência de cientificidade é constitutiva do poder simbólico dos novos criminólogos, e os seus delírios, longe de estarem relegados ao museu de antiguidades, permanecem vivos, nos discursos e nas práticas, na legitimação da violência estatal, que é amplamente reconhecida muito em razão de ter um destinatário específico, construído socialmente por meio de um sistema de classificação político que não se mostra como tal: “o efeito propriamente ideológico consiste precisamente na imposição de sistemas de classificação políticos sob a aparência legítima de taxinomias filosóficas, religiosas, jurídicas, etc. Os agentes que inventaram o criminoso estavam em condições de inventá-lo, portavam um capital simbólico de reconhecimento, que é concedido aos “desinteressados” juristas-cientistas (mais ainda no final do século XIX), preocupados apenas com o progresso da civilização, com o avanço do universal. Ao inventarem o criminoso, também consolidaram o âmbito de seu poder, na *disputa corporativa pela propriedade do crime*, na *divisão do trabalho de dominação simbólica*.”

Em sua vida atribulada de professor de direito penal, magistrado, senador etc., tendo exercido, como é comum no caso de juristas eminentes, os papéis de cientista, magistrado e político, Raffaele Garófalo também combateu a jurisprudência clássica, sobretudo na obra *A Criminologia*, cuja primeira edição, que pode ser considerada fundadora da ciência criminológica, foi publicada em Nápoles, em 1885. Também Garófalo escreve sobre qual deve ser a “missão dos homens de Estado” e em nome do “progresso moral da sociedade”, que deveria ser buscado levando em conta “as novas descobertas das ciências experimentais” (2005, p. XXX). Nesse sentido, identificava na “estrechez de miras” e nos “sofismas de la escuela jurídica” (2005, p. XXXVII), nos princípios garantidores elaborados pelos juristas clássicos e no foco no fato-crime, obstáculos na luta contra

o delito: “por que não eliminar os indivíduos que não se adaptam, por que tanta preocupação com os direitos da minoria mais prejudicial e mais abjeta, a dos criminosos?” (2005, p. XXXI). Para o aristocrata italiano, o objetivo da justiça criminal deveria ser combater o inimigo, o criminoso, e o grande problema era que os juristas não conheciam este inimigo, pois para “conocerlo es necesario haberlo observado en las prisiones, en los establecimientos penitenciários, em los lugares de relegación” (2005, p. XXXI). E aqueles que estudam a questão criminal a partir da observação, do método positivo, eram portadores da “misión de transformar la ciencia penal de tal suerte que se ponga en armonía con las necesidades sociales” (2005, p. XXXI).

Mesmo sendo jurista, professor de direito penal e magistrado, Garófalo falava desde um lugar que acabara de ser construído, o do jurista-criminologista, o jurista que se apropria de um mosaico de saberes sobre o indivíduo e a sociedade formulados por todo tipo de especialistas interessados no estudo do crime e do criminoso, e que fala sobre qualquer aspecto relativo ao fenômeno criminal, o que Camila Prando chamou de “apropriação retórica dos padrões de cientificidade” (2012, p. 120). Deste lugar, podia analisar as *concepciones de delito segundo os juristas*, de perguntar “que és la criminalidad para el jurista?” e de responder: “nada” (2005, p. 45). Na análise da justiça criminal elaborada por Garófalo, flagramos o sucesso dos juristas clássicos na unificação e monopolização do campo jurídico-penal:

Actualmente se cree que la ciencia de los delitos no es más que una rama de la ciencia del Derecho. Se ha dado a la penalidad un carácter jurídico; se ha recurrido a los abogados para la legislación, y a los mismos abogados para la aplicación de la ley. No hay más que uno solo y el mismo orden de funcionarios para juzgar en materia civil y penal, y todas las salas de audiencia ofrecen, poco más o menos, el mismo espectáculo de hombres de toga negra, de escribanos, de abogados que informan... (...) Los juristas se

han apoderado de la ciencia de la criminalidad y se les ha dejado hacer, sin razón, a mi humilde juicio (2005, p. 45).

A disputa pelo monopólio sobre o crime e pela ampliação dos espaços de poder dos especialistas continuava e a constatação de Garófalo acerca do domínio dos juristas, do *espetáculo dos homens de toga preta que se apoderaram da ciência da criminalidade*, fazia parte da ofensiva da criminologia positivista, isto é, de juristas de outra espécie, que mobilizavam outro tipo de legitimação, um capital de palavras distinto, constituído agora pela ciência, pela observação, pela experimentação etc. Para Garófalo, não era aceitável este monopólio, pois as concepções clássicas sobre o delito estavam defasadas em relação aos avanços da ciência, que deveriam ser incorporados à justiça criminal em nome de uma maior efetividade na defesa da sociedade contra os criminosos. O magistrado italiano não aceitava que para os juristas (clássicos) o criminoso era um homem como outro qualquer, que cometeu uma ação proibida e punível, e não um homem psicologicamente anormal. Não concordava com o fato de que o “jurista no estudia el delito más que según su forma exterior, sin hacer ningún análisis de él según la psicología experimental”, que sua preocupação é com a pena justa e proporcional em abstrato, que leva em conta as características exteriores dos diferentes delitos e os direitos que lesionam, e não com a pena “experimentalmente util para atenuar el mal social” (2005, p. 46). Conforme o autor, “el criterio de idoneidad podría sustituir a los de la responsabilidad moral y proporción entre la pena y el delito, indicando los medios de represión que son adecuados a cada clase de criminales” (2005, p. 315). Elabora então um curioso “sistema racional de penalidade”, ditando as penas pertinentes a cada tipo de criminoso “descoberto” pela ciência criminológica, desde a pena de morte, passando pelas deportações e chegando até as medidas substitutivas. Não fica claro em seu sistema como seria realizada a classificação dos criminosos com vistas à definição da pena, se ficaria a cargo do magistrado ou do técnico, quem sabe do criminologista, a palavra final sobre a espécie de criminoso e a respectiva pena; aliás, isso não parece ser necessário, já que a identificação é um tanto dóxica, pois nas

palavras de Garófalo a espécie de criminoso pode ser percebida “al primer golpe de vista” (2005, p. 315)⁵⁴. Não entraremos nos detalhes do *sistema racional de penalidades* sustentado em *A Criminologia* – que são ao mesmo tempo delirantes e presentes no sistema penal atual – pois o que nos importa ver é que nesta empreitada, dada a sua competência técnica e social, sua condição de intérprete autorizado, sua posição social, Raffaele Garófalo contribuía para configurar novos fundamentos do poder punitivo estatal, ou seja, novas legitimações para o exercício do monopólio da violência física e simbólica – e não custa lembrarmos que os discursos sobre os fundamentos do poder político são constitutivos do Estado. Quando defendia a pena de morte para os inassimiláveis, era também em nome justiça que falava: “el criminal es inasimilable, por tanto, merece que se le elimine de una manera absoluta, y esta eliminación absoluta realiza la pena de muerte; no hay, pues, exceso, no hay injusticia” (2005, p. 320). Ao cabo, por justiça ou necessidade, pela razão ou pela ciência, as forcas, guilhotinas e as prisões continuavam a ter seu público cativo⁵⁵.

Em síntese, os agentes que falaram em nome do positivismo criminológico, produzindo os deslocamentos essenciais quanto ao crime – do fato-crime ao homem delinqüente –, quanto à pena – da responsabilidade moral fundada no livre arbítrio à responsabilidade social fundada no determinismo (e, por consequência, da punição ao tratamento/eliminação) –, e quanto ao método – do silogismo abstrato ao

⁵⁴ Parece que o capital simbólico do cientista do final do século XIX era tão grande, que este agente sequer precisava se preocupar mais detidamente com a força e a coerência de seus argumentos. Todo o positivismo criminológico se caracterizou pela convivência da fragilidade científica de suas teses e a legitimação científica de seu discurso. Basta lembrar o episódio do “crânio falso” de Charlotte Corday, narrado por Darmon (1991, pp. 11-17).

⁵⁵ O labor de Garófalo na elaboração do conceito de *delito natural* é outro exemplo interessante sobre os agentes que contribuem para o avanço do universal. Ao propor-se a investigar “si entre los crímenes y los delitos de nuestras leyes contemporáneas los hay que hayan sido considerados como acciones punibles en todos los tiempos y en todos los países” (2005, p. 05), o autor está buscando cimentar o espaço autônomo da criminologia, como uma ciência capaz de estudar ações que são criminosas independentemente do arbitrário legislativo, ou seja, do direito e do Estado.

método experimental (medição, objetividade e causalidade) -, engendraram uma nova fundamentação do poder punitivo, a *legitimação pela utilidade vinculada ao Direito Penal do autor e à defesa social*:

Embora, pois, reconheça antecedentes no interior do próprio saber clássico, com as teorias da prevenção geral negativa, a via da legitimação do poder pela utilidade encontra seu ponto culminante no discurso criminológico da prevenção especial positiva, quando o discurso utilitário da pena vinculasse à ideia de um controle “científico” da criminalidade (o “mal”) em defesa da sociedade (o “bem”) e ao Direito penal do autor. Representa, neste sentido, também a passagem para a legitimação de um controle penal intervencionista sobre a pessoa do delincente (Andrade, 2003, p. 180).

É claro que um ataque como este, que acabava por relegar o capital propriamente jurídico ao segundo plano, abaixo das técnicas de classificação dos criminosos e de tratamento, demandaria reação: “como se poderia pedir aos magistrados que abdicassem em favor de uma doutrina que solapava sua razão de ser?” (Darmon, 1991, p. 157). Quando Arturo Rocco⁵⁶ apresentou seu estudo intitulado *O problema e o método da ciência do direito penal*, na aula inaugural do curso de direito e processo penal da Real Universidade de Sássari, em 1910, era para este problema que ele atentava, ao identificar uma invasão do “campo jurídico penal de heterogêneos conceptos políticos y filosóficos, y sobre todo de contrahechos fantasmas del mundo antropológico y de figuras sociológicas extrañas que se cruzan por la escena del derecho, causando aí creciente desesperación en los espectadores” (1983, p. 31). A invasão de conceitos políticos e filosóficos era proveniente da ciência clássica do direito penal, cujos representantes caíram no grave erro de

⁵⁶ Conforme Alessandro Baratta, “Arturo Rocco, o fundador da orientação técnico-jurídica na ciência penal e o inspirador do Código Penal de 1932 (infelizmente ainda o código vigente na Itália republicana), era um jurista oficial do regime fascista” (Baratta, 2002, p. 154).

imaginar um direito penal diverso do consagrado nas leis positivas do Estado, “un derecho penal de carácter absoluto, inmutavel, universal, cuyo origen se remontara a la divinidad, o a la revelación de la conciencia humana, o a las leyes de la naturaleza, o a las leyes del pensamiento y de la idea”; a invasão dos fantasmas e das figuras sociológicas estranhas era proveniente do positivismo criminológico, para quem “la ciencia del derecho penal no es otra cosa que un capítulo y un apendice de la sociología” (1983, p. 05). Segundo Rocco, a escola positiva “ha llegado en ultima analise a un derecho penal...sin derecho!”

A metáfora da “invasão” sustentada por Rocco é significativa. A lógica dominante do campo jurídico-penal estava ameaçada pela ofensiva de outros especialistas, vetores de outras especialidades, cujas teorias sobre a questão criminal eram externas ao “templo del derecho positivo” (1983, p. 12). A crise da ciência do direito penal era justamente a crise da legitimação puramente jurídica e era evidenciada pela pluralidade de perspectivas que passaram a habitar o campo jurídico-penal, inclusive num dos seus baluartes mais importantes, que é o ensino jurídico, que garante a reprodução ideológica do discurso dominante. Antes da “invasão”, a ciência do direito penal “se enseñaba en la escuela de manera tan unánime” (1983, p. 02) e agora tudo está em disputa.

A partir deste diagnóstico, Rocco indica o caminho para a superação da crise, que é a reafirmação do monopólio dos juristas: “mantenerese firmes y aferrados estricta y escrupulosamente al estudio del derecho” (1983, p. 08). Na conferência em análise, o autor lança mão da metáfora organicista para sustentar que o direito, “el más importante de los fenómenos sociales, constituye un organismo que tiene existencia propia, causas propias, y em cuyo interior inexplorado há de descubrir el jurista las leyes que posee como algo propio” (1983, p. 22). Como um guarda que protege as fronteiras de invasões estrangeiras, Rocco estava contribuindo para a emergência da *legalidade própria* do campo jurídico, de “um universo social autônomo, capaz de produzir e de reproduzir, pela lógica do seu funcionamento específico,

um corpus jurídico relativamente independente dos constrangimentos externos” (Bourdieu, 2011, p. 210). O trabalho de Rocco, como a *teoria pura do direito* de Kelsen, é representativo do “esforço de todo corpo de juristas para construir um corpo de doutrinas e de regras completamente independentes dos constrangimentos e das pressões sociais, tendo nele mesmo o seu próprio fundamento (Bourdieu, 2011, p. 210), o que de fato redundou na relativa autonomia do campo jurídico, que deve ser levada em conta na tentativa de compreensão da “contribuição específica que, pela própria eficácia da sua forma, o direito pode dar ao cumprimento de suas presumidas funções” (Bourdieu, 2011, p. 210).

O texto de Arturo Rocco é representativo de um momento importante na constituição da forma específica do discurso jurídico-penal.⁵⁷ É certo que o autor defende radicalmente a orientação técnico-jurídica, estabelecendo que a função da ciência do direito penal é a elaboração técnico-jurídica do direito penal positivo e vigente, o conhecimento científico do sistema de direito penal tal como é definido pela lei, que deve servir a aqueles que estão incumbidos da missão de interpretar e aplicar o direito, “sea combatiendo como abogados, sea decidiendo na cualidad de magistrados”, ou seja, “procura dar al intérprete, jurista o magistrado, cuanto es necesario para la aplicación practica de la justicia” (1983, p. 15). Entretanto, deixa aberta também a possibilidade do penalista, em suas palavras, assumir “vez en cuando el papel de antropólogo, del sicólogo y del sociólogo” (1983, p. 11).

Como salientou Vera Andrade, o modelo de Rocco é “marcado pela hegemonia da Dogmática Penal e pelo caráter auxiliar da Criminologia em relação a ela” (2003, p. 88). De fato, a antropologia, a sociologia e a psicologia, como representantes, na visão de Rocco, dos

⁵⁷ O autor não deixou de fundar a perspectiva que estava defendendo na tradição, utilizando a estratégia que Bourdieu chamou de “recurso à história” (2014, p. 357): “La ciencia del derecho tiene también su técnica particular: una técnica que tiene, por cierto, casi tres mil años de antigüedad, y que se há perpetuado através de los siglos, ya ha sido transmitida a los modernos por los jurisconsultos romanos, maestros todos ellos en el arte de estudiar el derecho” (1983, p. 16).

modelos experimentais indutivos, são remetidas ao papel de “conselheiras da pena”, pois poderiam “prestar cierta ayuda principalmente para la determinación técnica, con miras a la aplicación del derecho vigente de los principios jurídicos generales de la imputabilidad y de la responsabilidad penal” (1983, p. 41). Além disso, o estudo dos “fatos considerados em si mesmos”, desde que submetidos aos “limites rigorosos da ciência do direito penal”, funcionaria com um “sopro de vida” nas ciências penais. Desta forma, o mesmo penalista, que de vez em quando pode fazer o papel de antropólogo, psicólogo ou sociólogo, é também aquele que está legitimado a avaliar a pertinência das leis vigentes e a dizer como devem ser as leis futuras, falando agora desde a filosofia do direito penal e especialmente desde a política criminal, política penal ou ciência ou arte da legislação penal (1983, p. 33). Portanto, no modelo de Rocco o penalista não é apenas um técnico que elabora o direito penal dogmaticamente, mas é uma espécie de “intelectual total”, que ademais de dominar a tradição jurídica deve também “de vez em quando”, pensar sobre o indivíduo e a sociedade, para que, ao trocar de roupa⁵⁸, possa refletir desde o ponto de vista do legislador e indicar, “con base en las necesidades sociales y el las oportunidades políticas, cuáles han de ser los mejores medios represivos de lucha contra la criminalid” (1983, p. 32). Desse modo, o penalista, prepara as reformas legislativas, quase antecipando o trabalho do legislador, que ao elaborar as leis apenas ratifica as conclusões da filosofia do direito penal e da política criminal (1983, p. 42). Talvez por isso não exista nenhum problema em limitar a ciência do direito penal ao texto legislativo, não há o risco de o penalista acabar tendo que teorizar sobre os *éditos de um paranóico*: o trabalho do penalista deve estar limitado ao estudo dogmático das leis do Estado, mas as leis do Estado devem ser elaboradas pelos penalistas.

⁵⁸ “(...) el penalista que se empeñe en estas dos últimas investigaciones [filosófica e política] (...) “se despoja de su toga de jurista y viste el hábito, así sea igualmente adusto, del filósofo y del estudioso de la ciencia política (1983, p. 13)”.

Portanto, mesmo o labor altamente formalizante de Arturo Rocco não consegue ocultar que o discurso do penalista extrapola a mera técnica de sistematização dos conceitos jurídicos, com fins práticos de aplicação do direito. O penalista está legitimado a fazer muito mais do que isso; a dizer, por exemplo, quais são os melhores meios repressivos na luta contra a criminalidade, e isso após dizer o que é a criminalidade.

O mesmo vale para o outro modelo de ciências criminais integradas, a “ciência conjunta do direito penal” pensada por Von Lizst, na qual o jurista permanece protagonista e em ótima posição: conhecedor das causas dos crimes e dos efeitos da pena, a partir dos estudos criminológicos, deve indicar ao Estado a melhor política criminal, isto é, as estratégias mais eficazes na luta contra a criminalidade⁵⁹. Apesar da *pose liberal*⁶⁰ de Lizst, que elaborou as ideias fortes que até hoje são constantemente repetidas – o direito penal é a carta magna do delinquente, a barreira infranqueável da política criminal – e da conseqüente predominância da dimensão garantidora do direito penal, é impossível não ver que Lizst estava legitimado não só para tratar dogmaticamente das normas jurídico-penais. O capital jurídico de Von Lizst o tornava socialmente competente para, em primeiro lugar, dizer qual é a pena justa, o que é justiça em Direito Penal e qual é o ideal da justiça punitiva:

La pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en Derecho Penal quiere decir respeto de la magnitud de la pena exigida por la idea de fin. Así como la pena jurídica nació como autolimitación del poder estatal por la objetivación, llega a su

⁵⁹ Cf. Andrade (2003, pp. 92-95).

⁶⁰ No prólogo da edição em castelhano de *La idea de fin em el derecho penal*, M. de Rivacoba parece trabalhar no sentido de enaltecer Von Lizst e de convencer o leitor de que as concepções defendidas pelo autor sobre os delinquentes irrecuperáveis, a segregação perpétua ou por tempo indeterminado e os castigos corporais, “não passam de pontos secundários de sua obra” (1994, p. 24).

máxima perfección de la objetivación. La completa vinculación del poder estatal a la idea de fin es el ideal de la justicia punitiva. Sólo la pena necesaria es justa (Lizst, 1994, p. 106).

Em segundo lugar, o penalista alemão podia estabelecer em minúcias qual a pena necessária, portanto justa, para cada tipo de criminoso (podia, então, classificar os criminosos). Para Lizst, os possíveis efeitos da pena são a correção, a intimidação e a neutralização, e estes três tipos de penas devem corresponder a três categorias de delinquentes. A primeira categoria é a dos irrecuperáveis, basicamente os mendigos, os prostituídos de ambos os sexos, os alcoólatras etc.; são delinquentes habituais, que poderiam ser identificados com a ajuda das estatísticas criminais e da antropologia criminal, que cometem geralmente crimes contra a propriedade e contra os bons costumes (1994, p. 120). Para estes, “el código penal debería determinar (...) que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba llevaría a una reclusión por tiempo indeterminado”, que seria cumprida em presídios e consistiria “en una servidumbre penal, bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo”. E como sanção disciplinar, “la pena corporal seria casi inevitable” (1994, p. 121). Para o segundo grupo (os que precisam de correção) e para o terceiro grupo (os delinquentes ocasionais), o autor também oferece as soluções penais pertinentes, mas não vamos nos alongar por aqui.

O que nos importa é que o discurso de Lizst sobre as melhores formas de punir a cada tipo de criminoso – poder de nomear o criminoso e de estabelecer a pena pertinente - é representativo da forma específica do discurso jurídico-penal, que é emitido por uma agente socialmente competente não só para elaborar sistematicamente os conceitos dogmáticos, mas para falar mais ou menos livremente sobre o dever ser do exercício da violência estatal, identificando os criminosos, os efeitos

da pena, inventando penas, rituais etc.⁶¹ Nesse sentido, o penalista é um dos agentes que mais contribui para a construção da legitimidade do monopólio da violência física e simbólica do Estado. A paz, o “entendimiento de los rivales” (1994, p. 132) proposta por Lizst no interior da ciência conjunta do direito penal, com o *mando* garantido à ciência do direito penal (1994, p. 133), é fundador do discurso do personagem que pretendemos investigar por meio da delimitação histórica proposta: um agente técnica e socialmente competente para elaborar as legitimações da violência estatal e as teodiceias da ordem social.

2.4 A legitimação do poder punitivo e a violência simbólica

No contexto destas *disputas corporativas pela propriedade do crime* uma infinidade de conflitos, de ações, de condições existenciais, de comportamentos, foi transformada em delito, foram formalizados, codificados em fatos típicos, ilícitos e culpáveis. E a punição, a restrição de liberdade nas prisões, o fato de prendermos “seres humanos em jaulas” (Binder, 2003, p. 04) – algo inédito, do ponto de vista histórico ou antropológico - as ações policiais repressivas que não raro resultam em assassinatos, são transformadas em *jus puniendi*, são justificadas em nome de argumentos utilitários ou absolutos, em nome de todo tipo de prevenção sustentada por clássicos e positivistas (em nome da “segurança pública”), mesmo que não comprovadas⁶², de modo que sua violência concreta resta eufemizada pelas teorias jurídicas, pelo universo simbólico das ciências criminais, que funcionam, como já citamos, como “dóceis protetores lançados sobre a ordem institucional” (Berger;

⁶¹ Por exemplo: “el Código penal debería determinar que una tercera condena por uno de los delitos mencionados más arriba llevaría a una reclusión por tiempo indeterminado” (Lizst, 1994, p. 121).

⁶² “(...) las ciencias sociales nos están mostrando que el discurso jurídico-penal se elabora sobre ilusiones y alucinaciones, que estas ciencias desmienten rotundamente. Esto significa que las discusiones jurídico-penales se desarrollan sobre la base de argumentos que en el plano de la realidad social son falsos” (Zaffaroni, 1993, p. 1991).

Luckmann, 1996, p. 134). Os penalistas formulam os fundamentos jurídicos do poder punitivo, mesmo quando o criticam em nome de outro fundamento mais democrático, e assim contribuem para legitimá-lo. Os agentes do sistema penal que puxam o gatilho, que fecham as algemas, que trancam as portas das celas e que sentenciam penas estão ligados aos teóricos do direito, aos cânones, aos doutrinadores, àqueles que estão em posição de dizer o que é certo e o que é errado, “por uma cadeia de legitimidade que subtrai seus actos ao estatuto da violência arbitrária” (Bourdieu, 2011, p. 220).

Não é à toa que Joseph K. nada entende sobre o seu processo e que os *clientes* tradicionais do sistema penal brasileiro (a grande maioria é semiletrada, “sabe ler só para pegar o ônibus”, como costumamos ouvir) vivenciem a justiça penal como uma instituição esotérica e estejam sempre correndo atrás dos “papeis” e de advogados que possam traduzir-lhes os conceitos incompreensíveis das ciências criminais. A invenção e a utilização de um código erudito, a transformação da linguagem vulgar em linguagem jurídica, a cisão entre a visão vulgar do leigo e a visão científica do *juris peritus*, é o “fundamento do desapossamento” do conflito que outrora pertenceu aos envolvidos e do poder específico dos penalistas, de seu sucesso na luta pela propriedade do crime, ou seja, é constitutiva de “uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões de mundo” (Bourdieu, 2011, p. 226). Não por outro motivo, o fundamento central dos abolicionismos penais é a crítica da captura do conflito pela forma jurídico-penal, sobretudo por sua linguagem técnica específica⁶³. E não é outro o fundamento da estratégia descriminalizadora formulada por

⁶³ “Em primeiro lugar, é preciso mudar a linguagem. Não conseguiremos superar a lógica do sistema penal, se não rejeitarmos o vocabulário que a sustenta. As palavras crime, criminoso, criminalidade, política criminal, etc... pertencem ao dialeto penal, refletindo os *a priori* do sistema punitivo estatal. O acontecimento qualificado como ‘crime’, desde o início separado de seu contexto, retirado da rede real de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente ‘criminoso’, considerado como pertencente ao mundo dos “maus”, já está antecipadamente proscrito...” (Hulsman, 1982, pp. 95-96).

Alessandro Baratta, da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e pena⁶⁴.

No contexto das disputas que resultaram na elaboração da *indústria conceitual* em nome da qual as práticas punitivas são justificadas, emergiu um

universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física (Bourdieu, 2011, p. 211)

O penalista é o intérprete autorizado, isto é, socialmente legitimado, competente, para elaborar a lei penal e para indicar o seu correto sentido. No primeiro caso, compõem *comissões técnicas* que elaboram os códigos penais, um dos recursos mais potentes na construção social da realidade, na disputa simbólica pela definição do justo e do injusto. No segundo, formulam as *escrituras do direito penal*, os textos jurídicos publicados em manuais, artigos em revistas especializadas, anais de congressos etc., que servem de fundamento tanto à elaboração da lei penal quanto à aplicação, bem como das concepções do senso comum sobre o Estado, o crime e o criminoso.

A legitimidade conferida ao penalista para tratar de tantos e de tão importantes assuntos (definir o que será proibido ou permitido, como as pessoas serão punidas, como a violência estatal será exercida, qual o fundamento desta violência estatal, contra quem o Estado deve usar a violência etc.) possui duas dimensões. A primeira é a da legitimação

⁶⁴ “Se recomienda a los actores implicados en la interpretación de los conflictos y de los problemas en la búsqueda de soluciones realizar tal experimento, prescindiendo, por cierto tiempo, del empleo de los conceptos de criminalidad y de pena, a fin de que se pueda verificar si y cómo podrían construirse no sólo los conflictos y los problemas, sino también sus respuestas desde ópticas distintas de la punitiva” (Baratta, 2004, p. 327).

científica, comum à dogmática jurídico-penal e à criminologia positivista, aos vários positivismos criminológicos pressupostos nas análises dos penalistas (as legitimações pela legalidade e pela defesa social). Os penalistas dogmáticos definem o conhecimento por eles produzido “como um conhecimento “científico” normativo, autônomo e sistemático, que encontra explicação em si mesmo através de uma postura metódica imanente, que não remete a considerações de índole moral, econômica, política ou moral” (Andrade, 2003, pp. 117-118). A criminologia positivista também compartilha da auto-imagem de neutralidade. Portanto, dois tipos de discurso que tem em comum a *retórica da cientificidade*, que respeitam as normas e se adequam às representações relativas aos padrões de cientificidade, de modo a produzir o *efeito de ciência*, alcançando a “eficácia simbólica e os benefícios sociais associados às formas externas da ciência” (Bourdieu, 2011, b, p. 54). Em outras palavras, “o discurso que se chama de científico pode ser aquele que produz um efeito de cientificidade fundado na conformidade ao menos aparente com as normas nas quais se reconhece a ciência” (Bourdieu, 2011b, p. 54). A *cientificidade socialmente reconhecida* buscada pelos mestres canônicos das ciências criminais “é uma aposta tão importante porque, embora não haja uma força intrínseca da verdade, há uma força da crença na verdade, da crença que produz a aparência de verdade” e “na luta das representações, a representação socialmente reconhecida como científica, isto é, como verdadeira, contém uma força social própria” que dá ao que “a detém, ou que aparenta detê-la, o monopólio do ponto de vista legítimo” (Bourdieu, 2011b, p. 53). Tudo isso fundamenta “a crença que é tacitamente concedida à ordem jurídica” e uma das funções do trabalho jurídico é “contribuir para fundamentar a adesão dos profanos aos próprios fundamentos da ideologia profissional do corpo dos juristas, a saber, a crença na neutralidade e na autonomia dos juristas” (Bourdieu, 2011, p. 244).

A segunda dimensão é a da legitimação moral. As ciências criminais participam “ao mesmo tempo da lógica positiva da ciência e da lógica normativa da moral” (Bourdieu, 2011, p. 212), de maneira que a competência do penalista para impor a visão dominante sobre ordem é

derivada não apenas da ciência, mas da autoridade proveniente das capacidades dos “notáveis predispostos por sua posição e suas disposições a definir o que é bom e o que está bem” (Bourdieu, 2011b, p. 81). A força do discurso dos penalistas não está apenas no seu conteúdo, mas nas condições sociais de sua produção e reprodução. Quando, digamos, um patrão diz a sua empregada doméstica, “Maria, não acha que está fazendo frio?”, a empregada irá imediatamente fechar a janela⁶⁵. O ponto é saber em que condições sociais esta frase transforma-se numa ordem, qual a relação travada por quem disse e por quem ouviu: “a força da frase está na frase, na sua sintaxe, na sua forma? Ou está também nas condições de seu exercício? É preciso indagar quem a pronuncia, quem a ouve, de acordo com quais categorias de recepção quem a ouve recebeu a mensagem” (Bourdieu, 2014, p. 227). De modo que todo o trabalho simbólico de explicitação da autoridade do penalista, as cerimônias, a etiqueta, a postura, as roupas, a gravata, a linguagem etc., são constitutivas de sua autoridade. As formalidades, “os sinais externos da autoridade estatutária” são componentes indispensáveis do “*trabalho de representação* e de explicitação da autoridade dos textos e de seus intérpretes que integram o próprio exercício da função, isto é, o ato de produzir o direito” (Bourdieu, 2011b, p. 97), ou seja, são fundamentais à produção da “crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras” (Bourdieu, 2011, p. 15). A competência moral do penalista, formada a partir da socialização familiar, escolar e jurídica, seu *habitus*, é representativo daquilo que “a linguagem ordinária dos dominantes designa como seriedade, gosto pela ordem, que é primeiramente uma maneira de se levar a sério e levar a sério o mundo tal como ele é, de se identificar, sem distância, com a ordem das coisas, ser aquilo que é ao mesmo tempo um dever-ser (Bourdieu, 2011b, p. 80). E disso decorre sua “autoridade e autorização para se servir de saberes mais ou menos científicos” (Bourdieu, 2011b, p. 95).

⁶⁵ O exemplo é uma adaptação do formulado pelo filósofo John Austin.

Os “falsos dados do sistema jurídico” (Miaille, 2005, p. 111), os “dados sociais falsos” que servem de alicerces ao direito penal (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 66) são transubstanciados em verdades socialmente reconhecidas por meio do trabalho profético dos penalistas, que atuam como autênticos mitômanos. Demonstrar a sua falsidade não é a tarefa mais penosa, denunciar o descompasso entre as promessas contidas nos discursos dos penalistas e a realidade do sistema penal é tarefa que um bom jornalista pode cumprir por meio de um dedicado trabalho de reportagem⁶⁶. Cremos que o mais importante é compreender o conteúdo destes dados sociais falsos, reproduzidos principalmente por meio do ensino jurídico, sobretudo porque tais dados são considerados verdadeiros e, portanto, são socialmente eficientes. A “ciência” herdou da religião a autoridade de formular as teodiceias justificadoras da ordem social. Conforme Jessé Souza, “as concepções dos intelectuais (...) são centrais para a forma como uma sociedade escolhe e leva a cabo seus projetos coletivos” (2011, p. 53), pois contribuem para a formulação dos mitos, do imaginário social em torno dos quais a experiência histórica coletiva é elaborada e vivenciada (2011, p. 30), de modo a “legitimar o mundo tal como ele existe” (Souza, 2011, p. 49), por meio da produção de um consenso social e de uma cegueira acerca da dominação e da injustiça.

Segundo Bourdieu,

a violência simbólica se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta ser vista como natural (2011c, p. 47).

⁶⁶ Este tipo de abordagem poderia ser enquadrado naquela perspectiva que Cirino dos Santos nominou “criminologia da denúncia” (2008, p. 25).

Os juristas e especificamente os penalistas são detentores de um capital de palavras e de conceitos que servem de instrumentos potentes de construção social da realidade, pois os juristas, como “mestres do discurso”, “tem esse trunfo formidável de poder fazer crer no que eles dizem (...), têm a capacidade, primeiro de dizer, e de dizer com autoridade” (Bourdieu, 2014, p. 356). Este poder simbólico de construção social da realidade é um poder político de imposição da visão correta, justa, sobre a ordem social. Dotados de um discurso “intrinsecamente poderoso e provido dos meios físicos com que se faz respeitar”, capaz de passar, “com o tempo, do estado de ortodoxia, crença correcta explicitamente enunciada como dever-ser, ao estado de doxa, adesão imediata ao que é evidente, ao normal (Bourdieu, 2011, p. 249), os penalistas contribuem para a consagração da ordem estabelecida. Ao tratarem de diversos tipos de problemas sociais a partir do “código crime-pena” (Andrade, 2003b, p. 126), promovem um amplo consenso social sobre o que é certo e o que é errado, o permitido e o proibido, o justo e o injusto. E é assim que o injustiçado brasileiro, que pertence à classe fundamentalmente *furtada* de nossa sociedade, vê a si mesmo como *ladrão* ao se apropriar de um pão, de uma margarina ou de um *gadget* qualquer; é assim que mesmo que nunca teve nada consagra e santifica a propriedade⁶⁷; que o menino pobre morador das periferias, vê a si mesmo como traficante⁶⁸; ao mesmo tempo em que o latifundiário, o grande proprietário urbano que lucra com a especulação

⁶⁷ Em pesquisa sobre usuários de crack/moradores de rua, cujas entrevistas foram realizadas durante os meses de abril e maio de 2014, na cidade de Porto Alegre, Mariana Garcia notou que uma das falas mais comuns dos despossuídos, sujeitos que, literalmente, nada possuíam, em termos materiais, era: “nunca roubei”. O texto que resultou do trabalho de campo, intitulado *O crack e a rua*, está no prelo.

⁶⁸ Certamente que permanecem vivas as concepções populares glorificadoras do *bandido*, analisadas por Eric Hobsbawn, na obra *Bandidos (2010)*. Aliás, Foucault (2005, p. 71) mostrou que um dos objetivos da racionalização da justiça penal foi a de desconstruir ideologicamente a ampla aceitação social de que gozava certas ilegalidades praticadas pelos despossuídos na passagem à modernidade. A obra de Rubem Fonseca, sobretudo os contos *O cobrador* e *Feliz ano-novo*, trabalha justamente nesta dimensão da inversão dos padrões de sensibilidade relativas à justiça e à injustiça formuladas no marco das concepções jurídico-penais.

imobiliária e os acionistas e os executivos da Ambev e da indústria farmacêutica se vêm e são vistos como *cidadãos de bem*⁶⁹. É deste modo que a crítica da injustiça, da violência estrutural, é relegada ao segundo plano, e nos telejornais o tema principal são os meninos descalços que promovem arrastões na beira da praia e não a brutalidade da desigualdade social; ao invés de tratarmos da desigual distribuição da propriedade, falamos em furtos de celulares; em outros tempos, falávamos sobre qual seria a pena adequada aos escravos que cometessem crimes, ao invés de falarmos na brutalidade da escravidão. A realidade social é construída, com o auxílio das ciências criminais, de acordo com os interesses dos dominantes. Os dominados, cujas categorias de percepção foram constituídas pelas visões dos dominantes, prestam anuência à própria dominação, isto é, suportam a violência simbólica.

2.5 Os penalistas como objeto da criminologia crítica

Enquanto isso, o jurista clássico fica tecendo, como o fio “dogmático”, arrancado ao papo da legislação, o seu discurso cheio de badulaques tecnicistas, que mal escondem as chagas do corpo. É a *muié* rendeira que ensina o Poder a *fazê renda*, enquanto ele a ensina a *namorá* (...)

Roberto Lyra Filho

Na tradição da criminologia crítica na qual este trabalho se insere, o direito penal e o seu agente principal, o penalista, são *objetos de pesquisa*. Conforme Vera Regina Pereira de Andrade, se no modelo integrado clássico, “o Direito Penal, pelo seu escopo prático e pela

⁶⁹ Trata-se de mundo ao avesso, nas palavras de Eduardo Galeano.

promessa de segurança, recebeu a coroa e a faixa de rainha, reinando com absoluta soberania”, ao passo que a “Criminologia e a Política Criminal se consolariam, e bem, com faixas de segunda a terceira princesas”, com a mudança de paradigma “a criminologia não desfila nem concorre com o Direito penal dogmático; ela senta-se à mesa dos jurados, mas com nova roupagem, para julgar o Direito Penal e a sua própria roupagem anterior” (Andrade, 2012, p. 343).

Howard Becker, ao responder a algumas críticas formuladas acerca de sua obra seminal, *Outsiders*, e, em geral, sobre a teoria interacionista do desvio, explica que a novidade desta perspectiva desde a qual o desvio é pensado como ação coletiva era levar em conta o fato de que não apenas aqueles que violam as regras são objetos apropriados de estudo, mas também aqueles que as criam e as impõe; esta novidade constituiria “o verdadeiro ataque à ordem social” que a teoria carregava, já que a partir de então os criadores e os impositores de regras, “suas pretensões, teorias e afirmações” não estariam mais imunes ao “escrutínio crítico” (Becker, 2008, p. 197). Becker, então, formulou o conceito de *empreendedoras morais*, para dar conta do estudo de agentes, como os penalistas, que contribuem para instaurar e para reproduzir determinado tipo de ordem social. Como espero ter demonstrado, o poder simbólico de construção social da realidade exercido pelo penalista, como empreendedor moral, é bastante significativo, pois o capital simbólico do jurista e a forma específica do discurso jurídico-penal contribuem para tornar suas produções culturais mais potentes do que outras, elaboradas em outros campos e por outros tipos de agentes.

Becker não deixou de tratar da dimensão do poder simbólico, de modo a compreender que nem todas as pessoas contribuem da mesma forma para a construção social da realidade e da visão legítima sobre o mundo social, que acaba sendo consagrada e universalizada ao transformar-se em lei do Estado:

Diferenças na capacidade de fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são

essencialmente diferenciais de poder (seja legal ou extralegal). Aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras. Distinções de idade, sexo, etnicidade e classe estão todas relacionadas a diferenças em poder, o que explica diferenças em que grupos assim distinguidos podem fazer regras para outros (Becker, 2008, p. 30).

A partir daí, as análises da criminologia crítica, fundadas em hipóteses e instrumentos teóricos “extraídos da teoria marxista da sociedade” (Baratta, 2002, p. 160), encaram os produtos simbólicos elaborados por juristas, penalistas e criminologistas, como ideologia:

Nosotros no consideraremos la imagen ideal que el sistema propone de si mismo únicamente como un error de parte de los operadores y del público, sino que le atribuiremos el status de una ideología. Esta ideología penal deviene una parte integrante del objeto de un análisis científico del sistema penal. El funcionamiento del sistema no se realiza *no obstante* sino *a través* de esta contradicción. Ella es un elemento importante, como otros elementos del sistema, para asegurar la realización de las funciones que ella tiene en el interior del conjunto de la estructura social (Baratta, 2004, p. 95).

Esta imagem ideal construída pelos discursos sobre a questão criminal elaborados no interior do campo jurídico-penal é uma ideologia que contribuiu para a ocultação da violência estrutural e para a legitimação da dominação social, principalmente por meio da legitimação do aparelho punitivo, cuja função central é a garantir a obediência dos dominados. A base social desta ideologia, nesta perspectiva, é a classe burguesa. Nesse sentido, Alessandro Baratta considera que o “pensamento dos juristas” é “solidamente ancorado” na

ideologia da defesa social (2002, p. 152), que “nasceu contemporaneamente à revolução burguesa” e que assumiu o “predomínio ideológico dentro do específico setor penal” (2002, p. 41). Conforme o autor, “o conteúdo dessa ideologia (...) passou a fazer parte da filosofia dominante da ciência jurídica e das opiniões comuns” (2002, p. 42), exercendo deste modo uma função legitimante em face do sistema penal. Para Baratta, os juristas são portadores de “mitos e ideologias”, do que decorre uma “irrefletida sensação de militar do lado do justo” (2002, p. 44). Assim como a ideologia da defesa social é elaborada no quadro da classe burguesa, também as diversas teorias sociológicas “heterogêneas e não integráveis em sistema” (Baratta, 2002, p. 150) analisadas por Baratta são consideradas representantes da “criminologia liberal” e do “pensamento criminológico burguês” (2002, p. 147). Em ambos os casos, portanto, considera-se que os discursos jurídico-penais e criminológicos foram elaborados no “âmbito da cultura burguesa” (Baratta, 2002, p. 153), de maneira que os penalistas e criminologistas, em geral, são considerados ideólogos da burguesia⁷⁰.

Em um das suas principais obras, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, Alessandro Baratta adota como método a “crítica externa do pensamento penalístico, que parte de resultados e de argumentos extraídos do desenvolvimento da sociologia criminal norte-americana e européia dos últimos cinquenta anos” (2002, p. 45). Para o autor, a ciência jurídica encontra-se em atraso “em face do pensamento criminológico mais avançado”, e este atraso não pode ser superado por meio de uma “crítica imanente, ou de uma autocrítica situada no interior da ciência jurídica” (2002, p. 45). Baratta identifica, portanto, um descompasso entre a ciência social e a ciência jurídica, e então passa a tratar das reações que a ciência jurídico-penal tem apresentado diante desse cenário:

Qual pode ser agora a reação da ciência jurídico-penal frente aos conhecimentos que estão postos à sua disposição pela moderna

⁷⁰ No mesmo sentido, Pavarini: “(...) la criminología es una ciencia burguesa, nacida con la aparición del sistema capitalista de producción” (2002, p. 19)

criminologia, acerca da natureza real dos mecanismos de seleção e imunização que funcionam dentro do sistema penal, uma vez que estão em contradição com as metas que a ciência tradicionalmente confere a esse sistema? Como pode reagir ante análises empíricas segundo as quais os fins declarados da sanção, sobretudo a reabilitação do delinqüente por meio da privação da liberdade, não correspondem aos efeitos e às funções reais? Como pode a ciência jurídico-penal responder às novas perspectivas de investigação que demonstram, por um lado, a escassa realização de seus fins declarados e que por outro põem em evidência a onerosidade não só em sentido econômico, mas também em termos de “custos sociais” que se encontram relacionados com o funcionamento do Direito Penal? Esses são apenas alguns exemplos do *desafio* que a moderna criminologia coloca à ciência penal (Baratta, 1981, pp. 22-23).

A reação mais freqüente é a de negação, de “negar-se a tomar conhecimento dos resultados da criminologia, ou, pelo menos, de uma parte deles” (1981, p. 23), que não raro vem acompanhada da “tentativa de deslegitimar, tanto no plano institucional como no ideológico, as modernas escolas e orientação de investigações no âmbito da criminologia” (1981, p. 23).⁷¹ O segundo tipo de reação identificado por Alessandro Baratta é o “peso consciência” dos penalistas, caracterizado como algo que não modifica “diretamente a estrutura da ciência e sua posição dentro do sistema de Direito Penal, mas que se limita a acompanhar o tradicional trabalho do penalista, acrescentando-lhe um momento crítico e contraditório” (1981, p. 23).

⁷¹ Mariana Garcia chamou estas tentativas de *machartismo acadêmico* e investigou suas manifestações nos manuais de Criminologia mais utilizados nas Faculdades de Direito no Brasil (2014, pp. 197-199).

O certo é que Baratta percebe as dificuldades de conciliação entre a ciência do direito penal e as teorias sociológicas (a criminologia), na medida em que as últimas problematizaram as premissas fundamentais, os alicerces do direito penal. Dessa maneira, por desinteresse ou incapacidade, o penalista acaba por negar ou por recalcar os conhecimentos adquiridos pela criminologia (teorias sociológicas). Assim, desprovido de um discurso cientificamente válido no que toca à criminalidade, outrora disponibilizado pelo positivismo criminológico, o penalista continua a reproduzir um engano, uma ideologia, que é a *ideologia da defesa social*.

Baratta estudou a fundo o conteúdo dessa ideologia, reconstruindo teoricamente os princípios em torno dos quais o pensamento jurídico-penal funda a legitimidade da reação punitiva. O autor italiano elencou as ideais fundamentais, que chamou de princípios, da ideologia da defesa social, como o princípio da legitimidade, do bem e do mal, da culpabilidade, da finalidade ou prevenção, da igualdade e do interesse social ou delito natural (2002, p. 42). Em seguida, de acordo com o método de *crítica externa ao pensamento penalístico*, demonstrou a falsidade de todas essas premissas, que vão sendo, uma a uma, criticadas a partir das teorias criminológicas (teorias psicanalíticas, estrutural-funcionalismo, subculturas criminais, *labelling approach* e sociologia do conflito).

Não adentraremos nos detalhes da crítica de Baratta à ideologia da defesa social, pois sobejamente conhecidas. Nosso interesse é justamente estudar o conteúdo específico de cada um dos seus princípios, isto é, a forma pela qual a *ideologia da defesa social* é construída e reproduzida nos discursos dos penalistas brasileiros objetos desta pesquisa. O que nos importa essencialmente é frisar que para Alessandro Baratta a ideologia da defesa social cumpre uma “função legitimante em face do sistema penal” (2002, p. 44) - ou seja, o justifica simbolicamente, racionaliza suas práticas e a violência inerente ao seu exercício - e que cabe à criminologia, como ciência social crítica, demonstrar o que tal ideologia oculta.

Massimo Pavarini, em *Control y Dominación*, também abordou função justificadora da ideologia da defesa social:

El concepto de defensa social tiene subyacente una ideología cuya función es justificar y racionalizar el sistema de control social en general y el represivo en particular. Como tal fue y es la ideología propia de la *ciencia penal*, a través de la cual se justifica como conocimiento y práctica racional (2002, p. 49).

Para Lola Aniyar de Castro, a tarefa principal da *teoria crítica do controle social* ou da *criminologia da libertação* é a crítica da ideologia penal dominante: o “tema essencial de uma criminologia liberacionista é não apenas a maneira como se exerce o controle formal, mas a maneira pela qual as ideologias são constituídas e manipuladas, sem o que entenderemos muito pouco a respeito daquele controle formal” (2005, p. 94). Conforme a autora, os juristas e os criminólogos fazem parte de “exércitos conformadores de atitudes e valores” que “conformarão técnicas de obediência e disciplina” (2005, p. 97). São “agentes encarregados de gerar (...) uma percepção social de um modelo ideal de Estado, que representaria valores imutáveis e essenciais” (2005, p. 98).

Ao sentar “à mesa dos jurados” (Andrade, 2012, p. 343) e tomar o direito penal e, conseqüentemente, o penalista como objeto de estudo, a criminologia, agora crítica, produziu a quebra da harmonia da ciência conjunta do direito penal, outrora garantida pelo papel de auxiliariedade ocupado pela criminologia dominada pelo paradigma etiológico. Com o *criminological turn* e a mudança de paradigma, as questões que naturalmente surgiram no interior do campo de estudos que congregava penalistas e criminólogos críticos⁷², interessados em

⁷² Cf. *Pelas mãos da criminologia. O controle penal para além da (des)ilusão* (Andrade, 2012), especialmente o capítulo intitulado *Da recepção da Criminologia Crítica na América Latina e no Brasil à Construção da(s)*

diminuir a violência do sistema penal, foram as seguintes: como conciliar o trabalho do penalista com as conclusões da criminologia crítica sobre o sistema penal? O penalista poderia produzir um direito penal crítico, informado pela criminologia crítica? Temos aqui um momento propositivo, no qual criminólogos e penalistas críticos refletiram sobre os caminhos para a construção desta nova relação.

Para Alessandro Baratta, não seria mais “possível reconstruir um modelo integrado da ciência penal fundado sobre o caráter auxiliar da ciência social em face da ciência jurídica” (2002, p. 155), tendo em vista que diante dos avanços da ciência social tornou-se evidente a existência de uma relação de dependência do discurso jurídico perante tal ciência. Desse modo, a nova relação deve ser construída a partir da admissão de que o discurso jurídico é basicamente uma técnica, dependente das análises científicas da sociedade e que em tais análises encontra seu fundamento. Conforme o autor,

no lugar do clássico modelo integrado de ciência penal pode surgir somente um novo modelo, em que a relação entre ciência social e discurso dos juristas não é mais a relação entre duas ciências, mas uma relação entre *ciência e técnica* (Baratta, 2002, p. 156).

A proposta de Baratta é transformar o jurista num cientista social, que deve sustentar com a ciência a sua obra de técnico. A técnica jurídica consistirá na “preparação de instrumentos legislativos (técnica legislativa), interpretativos e dogmáticos”, fundamentadas teoricamente pelo momento científico, no qual as finalidades e as opções político-criminais devem ser conscientemente decididas. Conforme Baratta, essa reconstrução do modelo integrado, com a “indicação do momento técnico-jurídico e da sua dependência da ciência social” não significa uma “*capitis diminutio* do jurista” ou a “sua redução a técnico da sociedade” (2002, p. 156). Ao contrário,

ela quer suscitar a consciência de uma nova dignidade científica da atividade do jurista, indicando claramente a sede em que essa dignidade deve poder ser realizar. Ele será cientista, e não mero técnico, na medida em que, finalmente, se tornará um cientista social e sustentará com a ciência a sua obra de técnico (Baratta, 2002, p. 156).

Pois,

na atual crise da ciência jurídica e das novas relações com a ciência social, a alternativa que se coloca para o discurso técnico-jurídico é a de tomar consciência de sua natureza técnica, reencontrando, em uma visão científica da realidade social e do seu movimento, do sistema de necessidades individuais e sociais, o fundamento teórico das escolhas práticas de que ele é o instrumento, ou então permanecer enredado na ideologia negativa, perpetuando a sua função de portador inconsciente de escolhas políticas que ele, continuando no mesmo divórcio da ciência social, não pode controlar (Baratta, 2002, p. 156).

Portanto, a proposta de Baratta é dependente da transformação do jurista-penalista num cientista social, apto a sustentar com a ciência social, com a criminologia ou com a sociologia do direito penal, sua prática de técnico. Nesse caso, teríamos uma penalista-criminólogo, jurista-cientista social, fundidos no mesmo agente. É claro que Alessandro Baratta sabia que tudo isso dependia de processos sociais que possibilitassem a formação de um novo sujeito, de um novo agente: “o caminho é longo, a meta é distante, os pressupostos implicam, entre outros, uma radical revisão dos métodos de formação do

jurista, da qual, para sermos otimistas, se vislumbra só o princípio” (Baratta, 2002, p. 156).

O tema da reconstrução da relação entre o direito penal e a criminologia, após o advento da criminologia crítica, também foi central para E. R. Zaffaroni. A questão de fundo perseguida por Zaffaroni, que se coloca claramente em *Em busca das penas perdidas* (1991), é: o que deve fazer o penalista diante da perda de legitimidade do sistema penal? Como construir um novo discurso jurídico-penal diante das conclusões sobre a concreta operacionalidade do sistema penal, derivada dos estudos da criminologia crítica? Sua resposta foi aproximar o papel penalista (crítico) ao papel do agente humanitário. Assim como o agente humanitário não tem como fazer parar a guerra, o penalista crítico não tem como interromper a violência do poder punitivo, de modo que o máximo que ele pode fazer é conter os seus aspectos mais irracionais, reduzindo danos. Em sua teoria, o penalista deve conhecer os resultados dos estudos sobre a operacionalidade do sistema penal (sobre a seletividade, sobre o funcionamento das agências do sistema penal, sobre o papel do jurista no contexto do sistema penal, etc.), de maneira a orientar sua prática em sentido redutor. Novamente, o funcionamento desta estratégia dependeria de juristas, sobretudo de juízes e professores, comprometidos com a ciência e com a limitação do poder punitivo, bem como aptos a compreender o “milagre” que significa ocupar tal posto e a adotar o imperativo ético da resposta marginal (Zaffaroni, 1991, p. 153).

Vera Regina Pereira de Andrade tem refletido sobre essa problemática. Segundo a autora, a “relação entre Criminologia crítica e Dogmática penal como uma nova relação ciência-objeto” é um momento importante na “criação de uma consciência crítica sobre os limites e as potencialidades da Dogmática, mas deve ser enriquecida e amadurecida rumo a uma nova parceria transformadora e superadora do atual modelo de controle penal” (2012, p. 232). Conforme Andrade,

A mudança de paradigma e a construção do criticismo em Criminologia edificado pelas mãos de sociólogos, filósofos e politólogos

impactou progressivamente o Penalismo euro-americano aberto e sensível à crescente deslegitimação do sistema penal, recriando um novo horizonte para a discussão das relações entre Criminologia, Direito Penal dogmático (ou Dogmática penal) e Política criminal, e um “novo” modelo integrado de Ciência Penal (2012, p. 96-97).

Nesse sentido, Vera Andrade investiga a viabilidade e propõe uma parceria entre criminologia e penalismo críticos, a ocorrer no ambiente de uma nova integração entre tais saberes. A parceria possibilitaria o “deslocamento de um garantismo abstrato (...) para um garantismo crítico e criminologicamente fundamentado”, que atuaria na “vigilância sobre o (des)respeito aos direitos humanos no marco do funcionamento efetivo (deslegitimado) do sistema penal (Andrade, 2012, p. 99).

Em verdade, Andrade nota que já está em curso está “parceria criminodogmática”, por obra de criminólogos e penalistas críticos que promoveram a “quebra da incomunicabilidade” e que,

colocando em suspensão, seja o radicalismo criminológico, seja o radicalismo dogmático (que ignora ou repudia em bloco a Criminologia crítica), têm protagonizado uma nova relação: o desenvolvimento do aspecto crítico da Criminologia (dados da realidade sobre o controle penal) em direção ao aspecto garantidor dogmático e vice-versa (2012, p. 98).

Parece compreensível que o tema da reconstrução das relações entre criminologia e direito penal, entre criminólogos e penalistas, entre os saberes que convivem há muito e até hoje *entre tapas e beijos* no ambiente das ciências criminais, tenha ocupado grande parte dos pesquisadores do campo. Diante da deslegitimação promovida pelos resultados da criminologia crítica, seria impossível não adentrar nessa

problemática, a não ser por ignorância ou má-fé, nos termos das reações da ciência jurídico-penal percebidas por Baratta, que já abordamos. De modo que penalistas e criminólogos tiveram que, inevitavelmente, *discutir a relação*⁷³.

Juan Bustos Ramirez, assim como Baratta, propôs a fusão dos interesses de conhecimento na competência do mesmo agente. Para o autor, o mesmo estudioso teria que ser tanto penalista crítico como criminólogo crítico:

Hoy las relaciones entre criminología crítica y derecho penal suponen un derecho penal crítico, es decir, un penalista que no sólo reflexione conceptualmente sobre el contenido de la norma penal sino que al mismo tiempo haga una revisión crítica de su origen, de sus presupuestos y efectos; que se plantee el derecho penal como un aspecto del proceso de control y criminalización del Estado y, por tanto, indisolublemente unido a todos los demás aspectos de ese Estado. Criminología crítica como investigación de ese problema criminal implican una conjugación de ambos, el criminólogo crítico será un penalista crítico y el penalista también es un criminólogo crítico (1987, p. 538).

Esta parceria criminodogmática, que deve repercutir no plano epistemológico e dar a luz a um novo modelo de integração entre tais saberes, também teria potencial de influenciar em sentido transformador a prática jurídica e a prática pedagógica. Para Vera Andrade, a abertura

⁷³ Um dos debates mais interessantes, no qual penalistas e criminólogos *discutiram a relação*, foi protagonizado nas páginas da *Revista Doctrina Penal*, nos anos oitenta, por Eduardo Novoa Monreal, Lola Aniyar de Castro, Roberto Bergali e Rosa del Olmo. No artigo *Apontamentos sobre criminologia e política a partir da reconstrução de um debate latino-americano*, investigamos detidamente os termos do debate (Garcia; Mayora, 2013, pp. 187-200).

do direito penal para os resultados da criminologia crítica poderia contribuir para a “formação de uma consciência jurídica crítica e responsável”:

Ensinar criminologias, nesta perspectiva, é concorrer para a formação de uma consciência jurídica crítica e responsável, capaz de transgredir as fronteiras sempre generosas do sono dogmático, da zona de conforto do penalismo adormecido na labuta técnico-jurídica, capaz de inventar novos caminhos para o enfrentamento das violências (individual, institucional e estrutural) (Andrade, 2012, p. 346).

Deste modo, o ensino da criminologia (crítica) disputaria o protagonismo com o ensino da dogmática penal no contexto da socialização jurídica, nas Faculdades de Direito, o que poderia contribuir para a formação de juristas, penalistas e agentes do sistema penal mais capazes de enfrentar com conhecimento e responsabilidade a problemática da violência⁷⁴.

⁷⁴ Para Camila Prando e Rogério dos Santos, o ensino da criminologia crítica pode “oferecer ao aluno o instrumental necessário para a sua compreensão do Direito Penal”, sob pena de repetição acrítica de “fórmulas de um direito igual e não seletivo, de uma pena com funções preventivas de defesa social”, o que acaba por “agravar a seletividade penal e reproduzir a função latente do sistema penal, qual seja a reprodução de uma ordem hierárquica responsável pela perpetuação da desigualdade social” (2006, p. 24). Conforme Elias Neuman, o domínio do direito penal dogmático resulta na produção de “tecnocratas do direito”, que acabam por crer em fatos absurdos, como que a lei “es realmente pareja a todos los habitantes”, ou que o conceito de honra, moral e bons costumes “es similar para quien vive en una casa de latas y maderas que para el próprio autor del Código penal, que proyecta su próprio sentido médio de honra e bons costumes. Para o autor, “se crean así profesionales con circunspectas anteojeiras para con sus semejantes pero, a la vez, capaces de sustener las estructuras del poder” (1990, p. 282). Segundo Zaffaroni, a criminologia de orientação crítica “contribuye para poner em crisis los conceptos jurídicos y a dinamizar la dogmatica” (1990, p. 64). Na visão de Muñoz Conde, a criminologia esclarece o direito penal, que então pode se transformar num

Os resultados destas generosas tentativas de integração entre penalismo e criminologia (crítica), tributárias da mudança de paradigma em criminologia, ainda estão pendentes de análise. As dificuldades são grandes e inerentes ao esforço para se promover a conciliação entre uma “ciência da ordem e do poder”, que visa a “racionalização, no duplo sentido, da ordem estabelecida”, que é a dogmática penal, com uma “ciência da ordem e do poder, que visa “não pôr em ordem as coisas públicas, mas pensá-las como tais, pensar o que é a ordem social, e o Estado” (Bourdieu, 2011b, p.102), como a criminologia crítica e a ciência social crítica em geral. Por outro lado, a proposta da transformação do jurista-penalista em um cientista social, a fusão do penalista e do criminólogo em um mesmo agente, dependeria de uma revolução nos métodos de formação do jurista, com a alteração radical dos conteúdos e da forma do ensino jurídico, ou com a transformação da faculdade de Direito em um curso técnico e a fusão dos cursos de Direito e Ciências Sociais. Esta proposição encontra dificuldades de florescer, diante de inúmeros obstáculos que se reproduzem em razão dos interesses dos próprios juristas que dominam o campo. A constatação de Alessandro Baratta, de que “o caminho é longo e a meta distante” (2002, p. 156), escrita há mais de trinta anos atrás, segue atual. Seja como for, a tarefa analítica terá que ficar reservada para um estudo futuro, pois o recorte temporal de nossa pesquisa não abrange os primeiros esforços promovidos no Brasil de construção da parceria penalismo-criminologia crítica⁷⁵.

“derecho penal orientado a las consecuencias”, que “necesita verificar la justicia de las decisiones de las distintas instancias jurídico-penales, medir sus efectos favorables, corrigiendo estos últimos, aunque sean correctos desde el punto de vista normativo” (1990, p. 174). Sobre o tema, cf. também *Ensino e aprendizagem das ciências criminais no século XXI* (Carvalho, 2007, p. 237-279). Para uma pesquisa empírica sobre o ensino da criminologia no Brasil, conferir a já citada dissertação *A criminologia no ensino jurídico no Brasil* (Garcia, 2014).

⁷⁵ “No Brasil, Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista e Juarez Tavares estão entre os penalistas-criminólogos que pioneiramente desenvolveram e mais representam esta interação, tendo produzido obras muito importantes a respeito, que constituem uma ruptura com a tradicional manualística jurídico-dogmática

Para nossos fins, o importante é ressaltar que foi a partir da compreensão sobre a importância das ideias jurídico-penais e criminológicas na produção da justificação e da legitimidade do sistema penal – tanto para os *operadores* do sistema quanto para a população em geral – que o desafio passou a ser entender tanto a forma específica dos discursos jurídico-penais e criminológicos, ao mesmo tempo científicos e morais, quanto a função que cumprem na engrenagem da dominação. Na medida em que a ideologia do sistema penal é elaborada por penalistas e criminólogos e que esta ideologia é *parte integrante do objeto de uma análise científica do sistema penal*, diversos trabalhos da tradição da criminologia crítica abordaram este assunto. Reconhecendo a relativa autonomia da instância jurídica⁷⁶ ou do campo jurídico-penal, promoveu-se o estudo dos discursos jurídico-penais e criminológicos, que se propôs a compreender tanto a relação destas produções mentais com a posição de classe do agente que a elaborou, quanto as funções que cumprem no contexto da luta de classes. Conforme Roberto Bergalli,

(...) esto no lo han hecho los penalistas latinoamericanos, afiliados a la vieja tradición, enfrascados en la auto-referencialidad del discurso jurídico, conscientes o no del servicio que prestan al sistema de dominación que gestó esas normas penales y orienta su aplicación en una dirección. Tampoco, ciertamente, lo han probado los ‘criminólogos’ ligados al antiguo

e um novo *approach* para a docência, a pesquisa e a Política Criminal no Brasil” (Andrade, 2012, p. 100).

⁷⁶ As teorias críticas do direito elaboradas nos anos setenta, por exemplo, por Michel Miaille, parecem ter contribuído para que, com algumas exceções, a criminologia crítica não resvasse na concepção instrumentalista do direito. Conforme Miaille, “a instância jurídica é autônoma na estrutura social de conjunto, no sentido em que, se está submetida à determinação do nível econômico, é só em última instância. Ela possui pois um modo de existência e de funcionamento próprios, traduzindo-se no facto de constituir um sistema de normas, tendo a sua própria lógica e compreendendo uma estrutura complexa” (2005, p. 103). Os estudos de Roberto Lyra Filho vão no mesmo sentido.

modelo integrado de ciência penal” (1986, p. 69).

É nesse sentido que lemos a obra *A Ilusão de Segurança Jurídica*, de Vera Andrade, uma das principais referências de nossa pesquisa, na qual, a nosso ver, a autora levou a cabo um estudo de sociologia do conhecimento. Se na tradição da criminologia crítica os penalistas passam a ser objetos de pesquisa, nada mais urgente do que uma análise crítica sobre a forma de exteriorização e de legitimação do pensamento dos penalistas, qual seja, a dogmática jurídico-penal, contribuição que Vera Andrade prestou em sua tese de doutoramento. A autora parte da “teoria dos paradigmas” de Kuhn, o que lhe permite resgatar “a historicidade e o relativismo do signo “Ciência” e notar que a cientificidade de uma disciplina e dos produtos simbólicos dos agentes dessa disciplina não é reconhecida em razão de suas opções ou pressupostos epistemológicos, mas “pela sua forma paradigmática de exteriorização” (Andrade, 2003, p. 41). Conforme Andrade, citando Kuhn, o “entendimento sobre o que é fazer Ciência é sempre relativo a um consenso ou um conjunto de compromissos teóricos básicos existentes num dado grupo humano: a comunidade científica” (2003, p. 41). Nesse sentido, a Ciência existe na medida em que “existe um modelo compartilhado que define o sentido da pesquisa, seu âmbito e seus instrumentos”, e “um pesquisador é um cientista na medida em que se compromete com aquele modelo” (Andrade, 2003, p. 41). Assim, um paradigma define “toda uma maneira de cultivar a Ciência”, que engloba regras, valores, linguagem e um “estilo de pensamento e ação constituído pelo paradigma” (Andrade, 2003, p. 41).

A partir destas premissas, Vera Andrade identifica a existência de uma comunidade científica de penalistas, que “protagonizam e compartilham seu paradigma” (2003, p. 112), isto é, compartilham um conjunto de compromissos teóricos básicos, um modelo, uma maneira de cultivar a ciência, bem como de valores e uma linguagem específica, que consubstanciam a dogmática jurídico-penal. Então, em primeiro lugar, a criminóloga demonstra “como se consolida historicamente a Dogmática Jurídico-Penal e sua relação (primária) com

a Criminologia, no marco histórico de configuração do moderno saber penal” (Andrade, 2003, p. 43); em segundo lugar, prossegue na “caracterização da Dogmática Penal”, reconstituindo sua “específica identidade (epistemológica, metodológica, funcional e ideológica)” por meio da análise de suas “funções declaradas e da metaprogramação para o seu cumprimento” (Andrade, 2003, p. 103), ou, em outras palavras, de sua “própria auto-imagem” (Andrade, 2003, p. 104).

Conforme Andrade, os penalistas que construíram o paradigma e que compartilham seus pressupostos, concebem a Dogmática Penal

como “a” Ciência do Direito Penal que, tendo por objeto o Direito Penal positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem uma função essencialmente prática: racionalizar a aplicação do Direito Penal (2003, p. 26).

Esta é a função “oficialmente declarada e perseguida pelo paradigma”, que a autora nomina “função instrumental racionalizadora/garantidora” (2003, p. 27). Portanto, a comunidade de penalistas promete que por meio da dogmática jurídico-penal, poderia ser alcançada a previsibilidade e a igualdade na aplicação do direito, e, por esta via, a segurança jurídica e a justiça, ou seja, a tutela dos direitos e garantias fundamentais ameaçados pela violência punitiva estatal. Vejamos detidamente:

Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito Penal vigente, a Dogmática, partindo da interpretação das normas penais produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos

que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões (Andrade, 2003, p. 27).

Compreendidas e elencadas as funções declaradas da Dogmática Penal, o primeiro questionamento da autora, na construção de seu argumento é: estas funções são de fato cumpridas? Se compararmos as promessas dogmáticas com a análise sobre a concreta operacionalidade do sistema penal, fundada nos resultados das ciências sociais, o que vamos encontrar? Nas palavras da autora: “tem a Dogmática penal conseguido garantir os Direitos Humanos individuais contra a violência punitiva? Tem sido possível controlar o delito com igualdade e segurança jurídica” (Andrade, 2003, p. 27). Ou seja, a tarefa que se impõe é “verificar se o sistema opera ou não no marco da programação normativa e dogmática e, em especial, se as decisões judiciais são de fato dogmaticamente pautadas e, por extensão, igualitárias, seguras e justas” (Andrade, 2003, p. 33).

Na medida em que os resultados das pesquisas sobre o sistema penal demonstram que seu funcionamento é desigual, inseguro e injusto, pois a violência punitiva é seletiva e recai, sobretudo, sobre as classes dominadas, fator que contribuiu para a reprodução da dominação e da desigualdade social; ou seja, diante das evidências de que o sistema penal não opera no marco da programação normativa e dogmática, um segundo questionamento se impõe: se a Dogmática Jurídico-Penal não cumpre as suas funções declaradas, o que explica a sua vigência histórica? “É pelo cumprimento da função racionalizadora/garantidora declarada que se explica sua marcada vigência histórica ou ela potencializa e cumpre funções distintas das prometidas?”(2003, p. 27-28).

Vera Andrade adota então “uma tese básica do funcionalismo”, que dispõe que “toda instituição de marcada vigência é tal porque e enquanto mantém uma conexão funcional com a realidade e cumpre alguma função social” (2003, p. 31). Desta forma, a autora consegue notar que o déficit de cumprimento das funções declaradas, instrumentais, garantidoras, da Dogmática Penal, é compensado pelo “cumprimento excessivo de outras funções (simbólicas e instrumentais) não apenas distintas, mas opostas às oficialmente declaradas”, e que são estas funções, “desenvolvidas com êxito por dentro do fracasso de suas funções declaradas, que explicam sua relação funcional com a realidade social e sua marcada vigência histórica” (Andrade, 2003, p. 36). É assim que Dogmática Penal, que promete controlar a violência punitiva é capturada por “esta mesma violência institucional”, do que decorre uma “eficácia instrumental inversa à prometida”, que é possibilitada graças à “eficácia simbólica das promessas: a ‘ilusão’ de segurança jurídica” (Andrade, 2003, p. 37).

Nesta perspectiva, a radiografia interna dos sistemas penais vigentes é, também, uma radiografia direta e um testemunho definitivo do profundo déficit histórico de cumprimento da função instrumental racionalizadora/garantidora prometida pela Dogmática Penal (subprodução de segurança jurídica) ao mesmo tempo em que uma radiografia indireta do cumprimento excessivo da uma função instrumental racionalizadora da criminalização seletiva e de uma função legitimadora do funcionamento global do sistema penal (sobreprodução de seletividade e legitimação) que se próprio paradigma, latente e ambigualmente tem potencializado (Andrade, 2003, p. 313).

A Dogmática Penal funciona, portanto, como instância interna do sistema penal, cumprindo a função latente de legitimação. Conforme o estudo de Vera Regina Pereira de Andrade, o discurso dogmático,

jurídico-penal, é dotado de um “poder racionalizador/justificador e legitimador da totalidade do sistema penal”, de maneira que tem funcionado, “exitosamente, como Ciência da legitimação” (2003, p. 309). O descumprimento das promessas de controle da violência é ocultado pela “criação, no público, de uma ilusão de segurança jurídica e de um sentimento de confiança no Direito Penal e nas instituições de controle que têm uma base real cada vez mais escassa” (Andrade, 2003, p. 313). O paradigma compartilhado pelos penalistas concorre para “socializar a crença e produzir um consenso (real ou aparente) em torno a uma imagem ideal e mistificadora do funcionamento do sistema ‘dentro’ da legalidade e da igualdade jurídica, ao mesmo tempo em que oculta sua real funcionalidade” (Andrade, 2003, p. 313). E “é precisamente por sobrepor à imagem real do sistema penal uma imagem ideal do funcionamento do Direito Penal que o discurso dogmático tem tido uma eficácia simbólica legitimadora” (Andrade, 2003, p. 316).

Além do minucioso estudo de Vera Andrade sobre a função ideológica, de legitimação, cumprida pelo pensamento jurídico-penal, outros contribuíram no mesmo sentido. Em *O caráter retórico do princípio da legalidade*, Rosa Maria Cardoso da Cunha abordou os “mitos do pensamento dogmático” (1979, p. 18) e “imensa fábrica de argumentos retóricos” (1979, p. 24) da ciência penal, que na sua concepção exercem uma “função político-retórica de socializar a existência de um modelo jurídico-liberal, onde o direito oferece certeza, segurança, liberdade e igualdade aos cidadãos” (1979, p. 125), permitindo que “o sistema penal ofereça ao público sua fachada de ouro, sua prestigiada pose liberal” (1979, p. 131); da mesma forma, o estudo de Rosa del Olmo sobre a criminologia latino-americana, no qual a autora se debruça sobre alguns elementos do campo jurídico-penal, como os *esforços de difusão* do saber criminológico por meio de congressos científicos, da publicação de revistas especializadas e do exercício da docência, ciente de que o saber criminológico, “se valendo de todo um conjunto de instrumentos teóricos, e em particular mediante a criação conceitual do que é um delinqüente”, cumpre a função específica de “legitimar, em nome da ciência, a intervenção do Estado”

sobre “aqueles elementos residuais que resistem à manutenção da ordem” (2004, p. 22); por fim, para não nos estendermos mais, a pesquisa de Francisco Muñoz Conde sobre o colaboracionismo do influente penalista Edmund Mezger com o regime nacional-socialista, na qual o autor se dedica a questionar o mito da neutralidade e do caráter apolítico da dogmática penal, sugerindo que as novas gerações de pesquisadores prestem atenção em “atitudes e em opiniões jurídicas disfarçadas sob a linguagem da dogmática jurídica” dos penalistas mais poderosos de dada época, “alguns como sobrenomes sonoros, criadores de verdadeiras sagas de penalistas” (2005, p. 264).⁷⁷

Ao tentarmos pensar a problemática das ciências criminais e do campo jurídico-penal a partir das premissas que procuramos desenvolver ao longo destes dois primeiros capítulos, nosso objetivo foi acrescentar elementos aos esforços da tradição da criminologia crítica em desvelar o caráter ideológico dos discursos jurídico-penais e criminológicos e o seu papel na reprodução da violência estrutural. Como *ideólogos ativos, criadores de conceitos, que fazem da atividade de formação da ilusão da classe burguesa sobre si mesma o seu principal meio de subsistência; como peritos no universal; como empreendedores morais; como especialistas da produção simbólica; como detentores por excelência da forma do poder simbólico*, os penalistas estão legitimados a formular o *conjunto de estórias, as teodiceias*, que graças à estrutura do campo jurídico e à forma específica dos discursos jurídico-penal e criminológico, cumprem a *função política de impor e de legitimar* a dominação social.⁷⁸ Nesse sentido, e por fim, almejamos produzir um estudo típico de criminologia crítica, isto é, de

⁷⁷ O mesmo interesse em compreender as funções ideológicas de legitimação das ideias jurídico-penais e criminológicas é o fio condutor dos seguintes trabalhos, que foram importantes na construção de nosso objeto: *Direito Penal e Estrutura Social*, de Zahidé Machado Neto (1977); *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro. Obediência e Submissão*, de Gizlene Neder (2007); *O Saber dos Juristas e o Controle Penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade da defesa social*, de Camila Prando (2012).

⁷⁸ Parafraseamos trechos e expressões já citadas de Marx, Berger e Luckmann, Becker, Bourdieu, Geertz e Weber.

sociologia do direito penal, que se propõe, primordialmente, a contribuir para a análise da tradicional questão da relação entre as ciências criminais e a dominação social, por meio do estudo deste caso específico⁷⁹.

2.6 A pesquisa

No tópico anterior situamos a tradição teórica na qual este trabalho se insere. Indicamos pesquisas seminais que tomam os discursos jurídico-penais e criminológicos como objeto de análise e que procuram relacionar as ciências criminais com a dominação e com a luta de classes.

Também dispomos de importantes estudos realizados do ponto de vista da história das ideias jurídico-penais e criminológicas ou da sociologia do conhecimento das ciências criminais. Exemplificativamente: acerca das nossas matrizes ibéricas, temos os trabalhos de Nilo Batista e de Gizlene Neder, intitulados *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro* (2002) e *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro* (2000), respectivamente. Sobre o contexto do direito penal no período imperial, temos o trabalho de Zahide Machado Neto, *Direito Penal e Estrutura Social* (1977). Sobre o contexto do direito penal e do controle social na primeira república, temos a obra de Vera Malaguti Batista, *O medo na cidade do Rio de Janeiro* (2003), bem como a de Gizlene Neder, *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil* (1995). Acerca dos debates jurídico-penais e criminológicos que

⁷⁹ Aqui subscrevemos as indicações epistemológicas de Roberto Lyra Filho: “As abordagens histórica e sociológica são, portanto, complementares e se escoram reciprocamente. Por isso mesmo, toda história realmente científica (e não apenas crônica de fatos isolados ou biografias coordenadas de “homens ilustres”) é História Social; e toda Sociologia realmente científica (e não apenas manipulação ideológica de “formas” ideais é Sociologia Histórica (empenhada, sempre, em determinar a origem, os antecedentes das “formas” sociais, que não são desovadas no mundo por algum espírito criador ou líder excepcional, nem deduzidas pela inteligência “pura” de algum teórico de gênio).

precederam a edição do Código Penal de 1940, temos a tese de Camila Prando, *O Saber dos Juristas e o Controle Penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade da defesa social*, de Camila Prando (2012). Sobre os debates, sobretudo travados entre Roberto Lyra e Nelson Hungria, do período de 1945 até 1964, temos a tese de Carlos Henrique Aguiar Serra, *Criminologia e Direito Penal em Roberto Lyra e Nelson Hungria* (2008).

A vontade de estudar o pensamento e as ações de alguns dos penalistas atuantes durante o período da ditadura civil-militar brasileira decorreu da percepção de que havia uma lacuna quanto ao tema. Os manuais que ainda consagram atenção à história do direito penal e das ciências criminais tratam do assunto apenas superficialmente, com foco na legislação penal editada naquele momento histórico.⁸⁰

René Ariel Dotti é um dos penalistas que mais se preocupou em contar a história das leis penais e do pensamento jurídico-penal e criminológico brasileiro. Na década de noventa ocupou o espaço “Antiguidades do Direito Criminal”, na Revista Brasileira de Ciências Criminais, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que teve por proposta central “repor à leitura textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais que estão virtualmente desaparecidos ou confinados nos escaninhos do museu da memória” (1999, p. 09). Tais textos foram compilados no livro *Casos Criminais Célebres* (1999), de autoria de Ariel Dotti, e neles encontramos indicações sobre o campo jurídico-penal e criminológico do período em questão, sobretudo sobre as reformas legislativas.

E. R. Zaffaroni e Nilo Batista, na obra *Direito Penal Brasileiro – I* (2003), dedicaram algumas páginas ao estudo da programação criminalizante do período posterior ao golpe de 1964, “quando as oligarquias brasileiras, valendo-se das Forças Armadas e como dissimulado mas incontestável apoio norte-americano, depuseram o presidente João Goulart e instauraram uma ditadura” (2003, p. 475),

⁸⁰ Cf., por todos, Bittencourt, que dedica menos de uma página ao assunto (2014).

referindo que em tal período prevaleceram “tendências político-criminais inteiramente compatíveis com o cenário de um sistema penal num estado de bem-estar” (2003, p. 475). Destacam, contudo, a “programação criminalizante vertida para a repressão manifestamente política”, ressaltando que “as agências policiais que promoviam a criminalização secundária desta programação criminalizante excediam sistemática e rotineiramente suas balizas” e que o “subsistema penal DOPS/DOI-CODI, especialmente entre 1968 e 1974 (...) torturou, matou e ocultou o cadáver de centenas de pessoas” (2003, p. 478).

Nosso objetivo não é produzir um quadro completo das movimentações político-criminais, das transformações legislativas ou do pensamento jurídico-penal e criminológico do período. Na verdade, tais questões servirão de pano de fundo de nossa análise, cujo foco é o discurso dos *penalistas notáveis* atuantes durante os anos sessenta e setenta. Nosso objetivo é investigar possíveis afinidades e correspondências – bem como as dissonâncias e divergências - entre as concepções políticas e morais subjacentes aos textos jurídicos e criminológicos e a ideologia que a autocracia-burguesa procurou difundir para garantir a dominação social, centrada na moral sexual tradicional, na dominação masculina, na concepção de cidadão ordeiro e trabalhador, no anticomunismo, na defesa da propriedade, enfim, na defesa de um específico *espírito do capitalismo*, de uma específica teodiceia/sociedade, de uma narrativa de legitimação da ordem social, da *civilização cristã ocidental*, constante também nos discursos sobre a questão criminal e reforçada pela autoridade da *ciência do justo e do injusto*.

De fato, não há, em princípio, nenhum penalista brasileiro do *mainstream* do período abordado que tenha sustentado abertamente concepções totalitárias, elaborado leis como a “lei sobre o tratamento de estrangeiros à comunidade” ou mesmo visitado os ambientes de tortura do *sistema penal subterrâneo* da ditadura civil-militar, como fez o penalista Edmund Mezger - constantemente citado e homenageado na América Latina - durante o regime nacional-socialista, que tudo indica esteve no campo de concentração de Dachau, na Alemanha, numa visita que

Francisco Muñoz Conde chamou de “baixa ao inferno” (2005, p. 211). As leis penais mais repressivas do período, como o Decreto-Lei 898/69 (Lei de Segurança Nacional), por exemplo, não contou com a assinatura e a autoridade de nenhum penalista notável, tendo sido elaborada “nos bastidores da república, por autor ignorado” (Fragoso, 1980, p. 37) – recebeu, contudo, a assinatura e o *pedigree* do Largo São Francisco, de Luis Antonio da Gama e Silva. Por isso, trabalharemos no nível menos aparente, procurando afinidades, correspondências, dissonâncias e divergências entre as concepções políticas e morais dos penalistas notáveis e as que o regime *autocrático-burguês* procurava incentivar, por meio de todo o aparato repressivo e ideológico que abordamos no tópico anterior.

Decidimos que a pesquisa ficaria restrita apenas a textos, a documentos, às “fontes de informação do direito penal” (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 191)⁸¹, de maneira que o *corpus* empírico abrange artigos publicados em revistas do campo jurídico; conferências e artigos publicados em anais de eventos; livros monográficos; manuais de direito penal; ademais, também analisaremos documentos legislativos, tais como exposições de motivos, relatórios, processos legislativos, etc. Consideramos *penalistas notáveis* aqueles que estavam em posição, no contexto do campo jurídico-penal, de publicar em revistas, dar conferências em eventos e publicar livros pelas editoras que possuíam maior circulação. A escolha dos manuais de direito penal a serem analisados será explicada no tópico correspondente. O material empírico analisado está especificado de forma detalhada na seção “fontes primárias”, nas referências bibliográficas.

A partir desse *corpus*, analisaremos, em primeiro lugar, a visão dos penalistas sobre a própria ditadura civil-militar, sobre o golpe de 1964 e sobre os aspectos da continuidade do regime, principalmente

⁸¹ “Fontes de informação do direito penal são aquelas que nos permitem conhecer o estado do saber jurídico-penal em algum momento da história. Por seu intermédio, chega-se ao direito penal contemporâneo ou passado. Elas constituem a bibliografia penal, também chamada de *literatura penal*” (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 191).

no que tange à repressão dos crimes políticos. Em segundo lugar, estudaremos os manuais de direito penal mais relevantes da época, considerando-os instrumentos essenciais na socialização jurídica, na reprodução ideológica e na legitimação das práticas forenses. Nestas obras peculiares, investigaremos propriamente as já mencionadas correspondências ou divergências entre as concepções dos penalistas e as sustentadas pelo regime. Em terceiro lugar, investigaremos as movimentações, as relações entre os penalistas que participaram da elaboração e da Comissão revisora do Código e os agentes do Estado, além dos debates travados em eventos e em revistas jurídicas que compuseram o enredo de vida e morte do Código Penal de 1969. Por último, estudaremos o conteúdo dos debates jurídico-penais e criminológicos, principalmente no que toca à pena e à prisão, bem como às opções descriminalizadoras ou criminalizadoras constantes na parte especial.

PARTE II

3 A DIMENSÃO IDEOLÓGICA DA DITADURA CIVIL-MILITAR, OS JURISTAS E OS PENALISTAS NOTÁVEIS

3.1 O contexto: aspectos ideológicos da ditadura civil-militar de 1964

Segundo Florestan Fernandes, o golpe civil-militar de 1964 instaurou no Brasil um Estado autocrático burguês, um despotismo burguês (2005, p. 337). Buscando fugir das análises voluntaristas ou personalistas, que relacionam o desenrolar dos acontecimentos do período em questão exclusivamente com a ação das personalidades históricas, principalmente dos chefes militares, o autor ressalta que “a ditadura não se gerou a si própria” (Fernandes, 1982, p. 67) e que “a crise do poder burguês gerou a ditadura” (Fernandes, 1982, p. 08)⁸². Situando as ações políticas que levaram os militares ao poder no contexto da luta de classes, Fernandes demonstra que naquela situação histórica deu-se uma “dissociação *pragmática* entre desenvolvimento capitalista e democracia; ou, usando-se uma notação sociológica positiva: uma forte associação racional entre desenvolvimento capitalista e autocracia” (Fernandes, 2005, p. 340). O golpe de 1964 decorreria, nesse sentido, da incapacidade da classe burguesa em produzir as transformações capitalistas que se impunham, nos marcos do Estado de Direito, com as relações entre as classes sociais mediadas pela democracia formal, de maneira que a solução encontrada foi a “adoção de uma ditadura de classe burguesa preventiva” (2005, p. 372), de uma “contrarrevolução prolongada” que engendrou um “padrão compósito e articulado de hegemonia burguesa” (Fernandes, 2005, p. 409). Nesse

⁸² No livro *Autoritarismo y Control Social*, Emílio Garcia Mendez, citando Atilio Borón, pontua que as ditaduras latino-americanas recentes resultaram da resolução, em termos favoráveis para o bloco dominante, de uma crise que obrigou a reorganização da hegemonia no seio deste bloco, para colocar fim à situação de “empate social” que caracterizou tais sociedades no período que precedeu a implantação destas formas autoritárias” (1987, p. 222).

sentido, a burguesia brasileira, ao invés de levar a cabo as reformas ou as revoluções burguesas (agrária, nacionalista etc.), despojando-se da “segunda natureza humana que o escravismo incutira nas ‘classes possuidoras’” e compreendendo os “papeis e as tarefas históricas que poderiam desempenhar (...) enquanto burguesia de uma sociedade de classes subdesenvolvida e dependente na era do capitalismo monopolista e do imperialismo total” (Fernandes, 2005, p. 363), preferiu manter ferrenhamente seus privilégios inerentes ao nosso *capitalismo selvagem*, “cuja realidade vem a ser a conjugação do desenvolvimento capitalista com a vida suntuosa de ricas e poderosas minorias burguesas, (...) que associa luxo, poder e riqueza, de um lado, à extrema miséria, opróbrio e opressão, de outro” (Fernandes, 2005, p. 354).

A partir daí, Florestan Fernandes propõe as seguintes questões:

“por que, afinal de contas, em determinado momento “a burguesia brasileira realizou o seu *movimento histórico* de uma forma que é especificamente contrarrevolucionária (em termos de padrão democrático-burguês “clássico” de revolução nacional) e envolve uma ruptura com todo o arsenal ideológico e utópico inerente às “tradições republicanas” da mesma burguesia”?” (2005, p. 361).

Em outros termos:

“A que se condena uma burguesia que destrói a imagem ideológica e utópica de que ela gosta e da qual tem necessidade compensatória de inculcar-se historicamente?” (2005, p. 370)

Não é nosso objetivo ingressar nos meandros do golpe-civil militar de 1964, tampouco produzir uma síntese sobre os acontecimentos dos anos subsequentes. Na primeira parte deste estudo, procuramos analisar as contribuições teóricas que julgamos importantes para a compreensão da dimensão simbólica da dominação, inserindo

nessa problemática o nosso objeto central, qual seja a contribuição dos penalistas no contexto do campo jurídico-penal na construção social da legitimidade do Estado e da ordem social. O caso específico do regime autocrático-burguês, da última ditadura civil-militar brasileira, é tomado aqui como um período histórico que pode oferecer um fértil substrato empírico para a compreensão das relações entre a dimensão simbólica da dominação e o campo jurídico, especificamente o campo jurídico-penal. Isso porque, na medida em que os mores centrais da legitimação clássica da dominação burguesa – a democracia formal, o Estado de Direito, a legalidade – ficaram inevitavelmente arranhados naquele contexto, tendo em vista que, apesar das aparências de legalidade que foram cuidadosamente mantidas⁸³, a ditadura não conseguiu negar a si mesma com total sucesso, foram necessários intensos esforços de legitimação, de produção simbólica da legitimidade, no qual os juristas e os penalistas também foram agentes importantes. Como o regime inaugurado em 1964 pode dispensar durante tanto tempo as legitimações típicas do Estado burguês? Como produziu a aparência de normalidade, de legalidade? Como produziu a legitimidade para o exercício da violência física, desprovido da narrativa democrática? Nosso objetivo é situar os discursos jurídico-penais e criminológicos do período, e as ações dos penalistas no interior do campo jurídico-penal, no contexto desta problemática.

Conforme procuramos demonstrar na primeira parte deste trabalho, a dimensão repressiva do poder estatal é um dos elementos que auxiliam a compreender a obediência e a submissão dos súditos ou dos cidadãos. Nesse sentido, *a revolução vitoriosa que se legitima a si mesma* - conforme elaboração teórica dos juristas Carlos Medeiros da Silva e Francisco Campos, positivada pelo Ato Institucional de 09 de abril de 1964, que posteriormente, quando da edição do Ato

⁸³ Conforme Boris Fausto, “embora o poder real se deslocasse para outras esferas e os princípios básicos da democracia fossem violados, o regime quase nunca assumiu expressamente sua feição autoritária” (1995, p. 465). Segundo Carlos Fico, “o rodízio dos generais-presidentes e a preocupação formal com a legislação são outros traços dessa tentativa dos militares brasileiros de não se caracterizarem como ditadores típicos” (1996, p.90).

Institucional número dois, recebeu o número um – suspendeu as imunidades parlamentares e autorizou a cassação de mandatos em qualquer nível (federal, estadual e municipal); suspendeu a garantia da vitaliciedade dos magistrados e de estabilidade dos funcionários públicos e criou os Inquéritos Policial-Militares, de maneira que “a partir desses poderes excepcionais desencadearam-se perseguições aos adversários do regime, envolvendo prisões e torturas” (Fausto, 1995, p. 467). Foram cassados cinquenta parlamentares e três governadores, expurgados 49 juizes, afastados mais de 1400 funcionários públicos e 1200 membros das forças armadas; foram suspensos os direitos políticos de João Goulart, Leonel Brizola, Jânio Quadros e Juscelino Kubitschek; ademais, a sede da UNE no Rio de Janeiro foi invadida e a Universidade de Brasília também, no dia seguinte ao golpe; conforme Fausto, “a repressão mais violenta concentrou-se no campo, especialmente no Nordeste, atingindo sobretudo gente ligada às ligas camponesas” (Fausto, 1995, p. 467); também foram presos dirigentes sindicais e decretadas intervenções nos sindicatos e editada uma lei de greve (4330/64) que praticamente as tornou impossível. Posteriormente, com o Ato Institucional número cinco, de 1968, foi suspensa a garantia do Habeas Corpus; em 23 de setembro de 1969 foi promulgado o Decreto-Lei 898, a Lei de Segurança Nacional, de nítido caráter autoritário, que serviu para a repressão da dissidência política; atualmente, as torturas e os assassinatos praticados pela ditadura civil-militar, no contexto de operações frontalmente ilegais mesmo para os parâmetros autoritários do período, são bastante conhecidas e têm sido divulgadas, principalmente por meio da atuação da Comissão Nacional da Verdade. Todas estas ações repressivas, extremamente violentas, certamente que contribuíram para a manutenção da ordem, promovendo a *paz armada*.

Contudo, justamente a adoção de medidas autoritárias como as sumariadas, que negam frontalmente - ainda que em nome da *restauração da democracia* supostamente ameaçada pela *bolchevização* do país, conforme consta no AI-1 – os preceitos liberais clássicos do Estado de Direito, fez com que o governo e as classes dominantes que o sustentaram prestassem grande atenção aos aspectos simbólicos ou ideológicos da dominação. Conforme Florestan Fernandes,

A massa reacionária da burguesia aumentou (...) suas forças sociais, graças a uma bem trabalhada “psicose da guerra civil”, a um esforço de propaganda contínuo e maciço, do qual participaram todos os órgãos da grande imprensa, todas as grandes revistas, todos os canais de televisão, todas as estações de rádio, com desdobramentos na esfera da educação política e da pregação anticomunista, levadas a efeito pelas lojas maçônicas e por todas as convicções religiosas – embora com forte saliência católica – a uma manipulação eficiente do “pânico burguês” diante da pretensa república sindicalista (1982, p.96).

Segundo o autor, as burguesias da periferia, como a brasileira, sofreram uma “oscilação ideológica e utópica, condicionada a partir de fora”, e por isso ao invés de se conceberem como classes patrocinadoras da “revolução democrático-burguesa nacional passam a conceber-se como pilares da ordem mundial do capitalismo, da ‘democracia’ e da ‘civilização cristã’” (2005, p. 367).

René Armand Dreifuss, na obra *1964: a conquista do Estado* (1987), analisou em minúcias o que chamou de “ação de classe da elite orgânica” e de “campanha ideológica da burguesia” nos anos que antecederam o golpe, demonstrando que “o que ocorreu em abril de 1964 não foi um golpe militar conspirativo, mas sim o resultado de uma campanha política, ideológica e militar travada pela elite orgânica centrada no complexo IPES/IBAD⁸⁴” (1987, p. 230). Conforme Dreifuss, esta campanha foi levada a cabo principalmente por meio de “publicações, palestras, simpósios, conferências de personalidades famosas por meio da imprensa, debates públicos, filmes, peças teatrais desenhos animados, entrevistas e propagandas no rádio e televisão” (1987, p. 232). Ainda segundo o autor, uma infinidade de “escritores,

⁸⁴ Instituto de Pesquisa e Estudos Sociais e Instituto Brasileiro de Ação Democrática. Sobre a organização de tais institutos, que tiveram importância decisiva no desencadeamento do golpe, conferir Dreiffus (1987).

ensaístas, personalidades literárias e outros intelectuais emprestavam seu prestígio, escrevendo e assinando, eles próprios, artigos produzidos nas ‘estufas políticas e ideológicas’ do complexo IPES/IBAD” (1987, p. 233), sendo tais produtores de opiniões financiados por empresas ligadas ao complexo. O conteúdo geral da campanha ideológica era composto, por um lado, pela valorização da iniciativa privada, e, de outro, pela utilização de uma “mesclagem de técnicas sofisticadas e uma grosseira propaganda anticomunista” (1987, p. 232).

O *espírito* da ditadura civil-militar de 1964 manifestou-se intensamente na famosa *Marcha da Família Com Deus pela Liberdade*, que no dia 19 de março de 1964 levou aproximadamente 500 mil pessoas às ruas de São Paulo. Idealizada pelo deputado federal do Partido Social Democrático, de São Paulo, Antônio Sílvio Cunha Bueno, e amplamente encampada pelo governador de São Paulo, Adhemar de Barros, pelos setores conservadores da classe média (com forte presença das *senhoras*), bem como pela Federação das Indústrias de São Paulo e pelo próprio IPES, e organizada com o auxílio da Campanha da Mulher pela Democracia (Camde), da União Cívica Feminina, da Fraterna Amizade Urbana e Rural etc., o evento contou com discursos de diversos políticos dos partidos favoráveis ao golpe, inclusive do então presidente do senado, Auro Moura de Andrade, e da contribuição da apresentadora Hebe Camargo. O conteúdo da manifestação tinha nítido caráter conservador, baseado na defesa dos valores da família tradicional, da *civilização ocidental cristã*, do anticomunismo, do patriotismo etc. O golpe fundou-se em grande parte justamente nessas concepções políticas e morais, legitimando-se por meio do recurso à ideia de que “março de 1964 veio para restaurar o primado dos ‘valores éticos e morais do Ocidente cristão’” (Fico, 1996, p. 42).⁸⁵

⁸⁵ Na cidade de Governador Valadares/MG deu-se com intensidade a luta entre camponeses e despossuídos em geral e os latifundiários, nos meses e nos dias que antecederam o golpe. Isso porque foi em uma fazenda de tal município do Vale do Rio Doce que o governo João Goulart pretendia implantar o Plano Piloto da Reforma Agrária, nos termos do decreto da SUPRA. Há um livro

Deflagrado o golpe e desprovido da típica legitimação pela legalidade e pela democracia, o governo adotou precisamente esta postura quanto aos aspectos simbólicos. Carlos Fico, em sua tese de doutorado intitulada *Reinventando o otimismo. Ditadura, propaganda e imaginário social no Brasil*, analisou a propaganda dos governos militares, por meio do estudo das ações de comunicação oficiais elaboradas pela Assessoria Especial de Relações Públicas, criada durante o governo Costa e Silva, em 1968. Fico demonstra que “o

pouco conhecido intitulado *Nas terras do rio sem dono*, de Carlos Olavo da Cunha Pereira, que conta em minúcias as batalhas ocorridas em março de 1964 no município em torno da questão agrária e social. Transcrevemos apenas um trecho do discurso do Coronel Altino Machado (honrado anos depois ao emprestar o nome ao aeroporto da cidade), líder dos grandes proprietários, em reunião com representantes da secretaria de segurança e da secretaria do trabalho do governo do Estado de Minas Gerais e representantes do exército nacional, para mostrar a sua similaridade com o discurso da *Marcha da Família*, representativa do *espírito do golpe*: “A família valadareense está inquieta, intranquãila mesmo, senhores representantes do estado e do glorioso exército nacional. Elementos agitadores profissionais, usando de um jornal que não esconde suas convicções subversivas, estão atijando os humildes lavradores, que sempre foram homens obedientes e respeitadores, contra seus patrões, numa trama bem planejada a culminar numa generalizada invasão de terras e desrespeito à propriedade. Arranjaram por aí um sapateiro, enfeitaram o homem de líder camponês, criaram um sindicato ilegal, porque é composto em sua maioria de pessoas que não são lavradores e sim favelados. (...) Agruparam esses arruaceiros no tal sindicato, fazem numerosas reuniões quase que diariamente e cheias de ameaças aos fazendeiros. Já não escondem agora que vão invadir fazendas, a começar pela fazenda federal deste município. Estão arranjando armas, não sabemos vindas de onde – talvez que de algum país comunista – e serão capazes de todas as violências. De nada adiantaram os meios suasórios que temos procurado empregar, afastando da influência dos baderneiros *nossos empregados, vítimas* – na sua *ignorância* – das manobras astutas dos profissionais de uma ideologia estranha ao nosso povo e às *tradições cristãs dos brasileiros*. (...) Depois de aniquilar o direito de propriedade, *vão eles se lançar certamente contra a família e todos os valores morais da nossa civilização cristã*. Esta, senhores, é a denúncia que temos a fazer. Aproveitamos a oportunidade para agradecer a pronta atenção do governo do estado ao nosso telegrama, sinal de que podemos alimentar a certeza de que esse sindicato, que nunca foi ou poderá ser sindicato, será fechado e os desordeiros reprimidos para a tranqüilidade das classes produtoras desta importante região de Minas Gerais” (1988, p. 116) (grifos nossos).

regime militar brasileiro criou uma propaganda política singular, que, para alcançar um grau ótimo de propagação, se travestia de “despolitizada”, calcando-se em valores fundados num imaginário forjado por vasto material histórico” (1997, p. 129), tais como o patriotismo, a religiosidade cristã, a família e a moral sexual tradicional, o trabalho, a solidariedade entre as raças e as classes etc. Esta promoção de valores aparentemente apolíticos estava inserida em uma “‘missão civilizadora’ de que se achavam imbuídos os militares” (1997, p. 45), ou seja, tratava-se de educar um povo que na visão dos militares era rude e despreparado (1997, p. 145), o que constituía o substrato da promoção de um consenso transclassista em torno às ideias-chave de segurança e desenvolvimento. O Plano Global de Comunicação Social, divulgado em 1971, revelava que os objetivos do governo com a propaganda era “mobilizar a juventude”, “fortalecer o caráter nacional”, “estimular o amor à pátria”, a “coesão familiar”, a “dedicação ao trabalho”, a “confiança no governo” e a “vontade de participação” (Fico, 1997, p. 94).

Como nota Carlos Fico, o que importa revelar é “o que tais valores possuem de dissimulador de nossa realidade tão conflitiva e, nesse sentido, tão pouco solidária” (1997, p. 129), já que a sociedade pensada pelo governo e seus propagandistas “evidentemente não se dividia entre ricos e pobres, dominantes ou dominados ou algo do tipo” (1997, p. 131). O recurso à ideia de crise moral - que seria debelada pela “revolução redentora”, que reafirmava a “civilização cristã ocidental” contra os comunistas ateus e pervertidos – subjetiva ou individualiza, problemas eminentemente sociais, ou seja, trata-se de “uma forma tanto de isolá-los de seu contexto político, social e econômico, quanto de justificar a necessidade de uma ampla reforma moral, como se propunha a ‘missão civilizadora dos militares’” (1997, p. 45). Da mesma forma, a defesa do patriotismo e da “vontade de participação” pretendia “estabelecer um tipo de cidadania decorativa, que permitiria a presença ou a ‘participação’ de todos através de iniciativas adjetivas, secundárias, compondo algo como um ‘cenário de democracia por meio de comemorações enaltecidas dos feitos dos brasileiros e do Brasil” (1997, p. 93).

O certo é que o governo dos militares e das classes que o sustentaram esteve bastante atento às produções simbólicas e às disputas pela imposição das visões legítimas e justas do mundo social. De um lado, o governo confeccionava diretamente os produtos simbólicos, sobretudo comerciais elaborados pela Assessoria Especial de Relações Públicas (Aerp) e veiculados na televisão – a partir do final dos anos sessenta, quarenta por cento dos lares já possuía o eletrodoméstico – e no cinema, já que o governo, por meio do decreto-lei 477/69, exigiu que as salas de cinema exibissem tais vídeos⁸⁶. De outro, almejava controlar de perto o conteúdo dos produtos simbólicos elaborados pelos “produtores independentes”, principalmente no cinema, no teatro e na música, por meio da censura, que proibiu à época a circulação de diversas obras de artistas brasileiros. Se os vídeos comerciais elaborados pelo governo tinham por objetivo promover os valores da família e da moral sexual tradicional, do bom cidadão ordeiro e patriota etc., a censura buscava justamente proibir a veiculação de obras que, de algum modo, nos termos das concepções dos censores e de seus chefes, atentassem contra tais valores. Conforme Leonor Souza Pinto, estudiosa da censura praticada na época aos filmes brasileiros, a proibição ou liberação parcial de filmes, desde que realizados os cortes indicados pelo censor, configurou-se em “mecanismo essencial para a estruturação e sustentação do regime militar” (2006, p. 03).⁸⁷

⁸⁶ Para uma análise do conteúdo dos vídeos e da estratégia utilizada pelos idealizadores das campanhas, conferir a obra já citada de Carlos Fico (1997).

⁸⁷ Os arquivos da censura do cinema no Brasil estão digitalizados e disponibilizados na web no site www.memoriacinebr.com.br. O trabalho foi realizado no âmbito do projeto Memória da Censura no Cinema Brasileiro, do Ministério da Cultura. Vejamos um exemplo do discurso dos censores, disponível no site referido, relativo ao filme Terra em Transe, de Glauber Rocha: “Captamos em seu contexto frases, cenas e situações com propaganda subliminar. Mensagens negativas e contrárias aos interesses da segurança nacional. Aspectos de miséria e de luta entre classes, além de um bacanal e de cenas carnavalescas e de amor são outros pontos inseridos no roteiro – com a finalidade única de enriquecê-lo e torná-lo suscetível ao grande público ávido de novidades na tela. Alguns diálogos chegam a ser agressivos, com insinuações contra a verdadeira e autêntica democracia. Outros fazem apologia à luta entre ricos e pobres. Várias mensagens têm origem nos conhecidos chavões de

Também os livros foram objeto de controle ideológico. Durante a chamada Operação Limpeza, que sucedeu ao golpe, são comuns os relatos de perseguidos políticos que enterraram, enviaram para parentes ou até queimaram livros que poderiam ser considerados subversivos⁸⁸. Conforme Motta, “a preocupação em desfazer-se de livros não era injustificada, pois se sabia que os policiais sempre “varejavam” as estantes dos suspeitos em busca de evidências de subversão” (2014, p. 27). Muitas bibliotecas particulares foram depredadas por ocasião destas ações policiais. Além disso, foram atingidos estoques de livrarias e editoras, bem como instituições públicas. Numa das invasões à Universidade de Brasília, “os soldados interditaram a biblioteca à procura de textos subversivos”, e entre os livros retidos “constava *O vermelho e o negro*, de Stendhal, e *O círculo vermelho*, de Conan Doyle” (Motta, 2014, p. 32). Esta situação foi denunciada à época como terrorismo cultural, e a falta de erudição dos soldados, que obsessivamente procuravam qualquer alusão ao “vermelho” dos comunistas, foi satirizada por humoristas e chargistas como Sérgio Porto (Stanislaw Ponte Preta) e Jaguar (Motta, 2014, p. 27). Por outro lado, o Departamento de Imprensa Nacional, órgão ligado ao Ministério da Justiça, promovia publicações de interesses do governo. Segundo Alfredo Buzaid, de “obras raras e de sumo valor não apenas literário mais especialmente histórico”, tais como os seus artigos “Rumos Políticos da Revolução Brasileira”, “Em Defesa da Moral e dos Bons Costumes” e “A Renovação da Ordem Jurídica Positiva”, bem como os textos do presidente Emílio Garrastazu Médici, como “Nosso Caminho”, “Palavras à Juventude” e “O Povo Não Está Só” (1974, pp. 157-159).

propaganda subversiva. A figura de um padre é colocada em situação comprometedor e até certo ponto ridícula. (...) Consideramos o filme portador de mensagens contrárias aos interesses do País, motivo pelo qual deixamos de liberá-lo, aconselhando seja o mesmo examinado por elementos do Conselho de Segurança Nacional e pela Doura Chefia do SCDP [Serviço de Censura e Diversões Públicas] e Direção Geral do DFSP [Departamento Federal de Segurança Pública].

⁸⁸ O professor Nilo Batista, que gentilmente nos recebeu em sua residência para uma visita relativa a esta pesquisa, nos mostrou um exemplar de *O Capital*, de Marx, com uma capa falsa, utilizada à época para “não dar na vista”.

A preocupação com a dimensão da “moral e dos bons costumes” era realmente proeminente. O Decreto-lei 1077, de 26 de janeiro de 1970, estabeleceu a censura prévia, ao regulamentar o artigo 153 da Constituição de 1967, que dizia que não seriam toleradas “as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos costumes”. Vale a pena transcrever os “considerando” do decreto assinado pelo presidente Médici e pelo ministro da justiça Buzaid:

CONSIDERANDO que essa norma visa a proteger a instituição da família, preservar os valores éticos e assegurar a formação sadia e digna da mocidade; CONSIDERANDO, todavia, que algumas revistas fazem publicações obscenas e canais de televisão executam programas contrários à moral e aos bons costumes; CONSIDERANDO que se tem generalizado a divulgação de livros que ofendem frontalmente à moral comum; CONSIDERANDO que tais publicações e exteriorizações estimulam a licença, insinuam o amor livre e ameaçam destruir os valores morais da sociedade Brasileira; CONSIDERANDO que o emprêgo desses meios de comunicação obedece a um plano subversivo, que põe em risco a segurança nacional.

Considerando tudo isso, de que haveria um plano subversivo levado a cabo por *especialistas da produção simbólica*, que estavam a produzir livros, filmes, revistas etc., que contrariavam a moral e os bons costumes e ofendiam frontalmente a moral comum, pois insinuavam o amor livre e ameaçavam destruir os valores morais da sociedade brasileira e desvirtuar a formação sadia e digna da mocidade, decretou-se, com aprovação da Câmara e do Senado, a censura prévia. Logo após, instado por ação do MDB, o Supremo Tribunal Federal considerou válida a lei, ocasião na qual o ministro Adauto Lúcio Cardoso praticou uma *performance*, jogando a toga no chão e requerendo publicamente

sua aposentadoria. No livro *O Salão dos Passos Perdidos*, perguntado sobre a razão pela qual os ministros do STF terem julgado em bloco pela validade da lei de censura prévia, como exceção de Adauto Cardoso, Evandro Lins e Silva respondeu o seguinte:

Nós vivíamos sob uma ditadura. E o Tribunal, como eu digo, não era o Supremo Tribunal Federal funcionando. Era um tribunal ordinário, como dizia Campos Sales, um tribunal comum. Não tinha nenhum poder político, e a matéria envolvia um assunto político de interesse do governo. Além disso, os que votaram a favor, não sei por que motivo votaram, mas, por exemplo, podiam estar de acordo com a lei da censura. Por sua formação filosófica, por qualquer motivo, podiam estar de acordo. Agora, o Tribunal não tinha independência, na época, para votar nada contra o governo (1997, p. 408).

Mesmo a Escola Superior de Guerra, que teve grande importância na elaboração das ideias e das políticas do governo, discutiu sobre sexo, drogas e rock and roll, conforme demonstrou Benjamin Cowan, no artigo *Sex and the Security State: Gender, Sexuality and “Subversion” at Brazil’s Escola Superior de Guerra, 1964-1985* (2007). O autor estudou “relatórios de equipes”, textos publicados e discursos proferidos em eventos da Escola Superior de Guerra, demonstrando que os pensadores e os colaboradores da ESG consideravam que os comunistas usavam os valores da contracultura, a *depravação sexual* e as drogas, como forma de seduzir os jovens brasileiros e assim recrutar *agentes subversivos* (Cowan, 2007, p. 463). Em um dos textos analisados, de Divaldo Pacheco de Oliveira (na época, inspetor da Polícia Federal), intitulado *Análise do recrudescimento da violência no mundo e no Brasil, bem como suas repercussões na segurança interna, sugerindo medidas para anular suas causas*, de 1970, a tese defendida é a de que as transformações culturais e morais estavam “enfraquecendo a juventude brasileira”, formando uma massa dócil que os comunistas

poderiam facilmente conquistar (2007, p. 466). A psicóloga Noemi da Silveira Rudolfer, no texto *Problemática da juventude no Brasil: Psicologia e psicopatologia da adolescência*, de 1974, também defendia que a “permissividade sexual ameaçava a segurança nacional ao promover a sedição comunista” (2007, p. 468). Noutro texto do mesmo ano, de Guilarido Martins Alves, o autor defendia que a rebelião moral, política, intelectual e sexual da juventude, “liderada pelo filósofo Herbert Marcuse”, representava um ataque subversivo à segurança nacional, tendo em vista que o “abuso dos atos sexuais” e o “aumento da permissividade em relação ao sexo” ameaçava os “imperativos da revolução de 1964” (2007, p. 469).

As drogas também eram consideradas uma ameaça à segurança nacional, “uma arma da subversão contra as democracias e o mundo livre”, na visão do Ministro da Justiça, de 1969 a 1974, Alfredo Buzaid (1974, p. 182). No texto já mencionado de Divaldo Pacheco de Oliveira, o autor sustentava que “as drogas servem aos comunistas em seu objetivo de debilitar física e mentalmente a saúde das pessoas livres” e de que haveria um plano comunista orquestrado de enfraquecimento da juventude da nação por meio da difusão das drogas (2007, p. 472). O psiquiatra José Leme Lopes, em texto de 1973, dizia que “este conjunto de influências”, o sexo e as drogas, estava gerando psicopatologias sociais e individuais, contra as quais “o Ato Institucional n. 5 formava um efetivo escudo” (2007, p. 474). Até mesmos os *Beatles* foram condenados, em texto do então juiz de direito João de Deus Lacerda Menna Barreto (que posteriormente foi um dos juristas que elaborou a lei de drogas de 1976), que considerava que a banda inglesa “promovia a criminalidade e a subversão, ao enfatizar em suas músicas a filosofia *hippie*” (2007, p. 475). Tais ideias, aparentemente estapafúrdias, estavam longe de serem inofensivas. Elas justificaram, por exemplo, a prisão e o posterior exílio de diversos artistas, como Caetano Veloso e Gilberto Gil, que à época estavam elaborando a perspectiva estética altamente complexa do Tropicalismo, que veio a se tornar a grande representante da contracultura brasileira. Não há dúvida que, diante da enorme preocupação do governo com a

dimensão moral, um artista que cantava *É proibido proibir* ao mesmo tempo em que rebolava, não seria tolerado. Acabou preso e exilado; teve suas fartas melenas, símbolo da sedição, na visão dos militares e daqueles que sustentaram o regime, cortadas contra sua vontade⁸⁹.

O regime autocrático-burguês de fato não descuidou da dimensão simbólica da dominação e da reprodução ideológica. No campo da educação, por meio do Decreto-Lei 869, de 12 de setembro de 1969, fundamentado no Ato Institucional n. 5, instituiu nas escolas a disciplina e a prática educativa nominada Educação Moral e Cívica, que deveria ser ministrada em “todos os graus e ramos de escolarização”; nos estabelecimentos de grau médio, deveria ser ministrado curso curricular de Organização Social e Política Brasileira, e no ensino superior, de Estudos dos Problemas Brasileiros, considerada complemento da Educação Moral e Cívica. As finalidades da educação moral e cívica, estabelecidas no Decreto, têm a ver com a perspectiva

⁸⁹ Sobre o tema, vale conferir o livro de Caetano Veloso, *Verdade Tropical* (1997), no qual o autor narra e analisa o episódio no qual ele e Gilberto Gil foram presos, bem como as razões pela qual tal fato ocorreu. Transcrevo a narrativa de Caetano sobre a ocasião em que seus cabelos foram cortados: “Um dia pensei que ia morrer. Um soldadinho vindo até a grade do xadrez e ficando olhando para mim com uma expressão de medo e pena. Parecia nitidamente saber de algo horrível que estava prestes a me acontecer, sobre o que ele não me podia dizer nada. (...) Era mesmo indubitavelmente perceptível que iam fazer alguma coisa física comigo. Eu podia ler no ritmo dos atos e das falas de todos, no próprio desenrolar do caminho à minha frente, que eles iam fazer algo drástico com meu corpo. Eu sabia que não se tratava de sexo, nem de tortura, nem mesmo uma surra: era evidentemente uma coisa simples e limpa – um gesto só – a que eles davam um ar pomposo mas não denso o bastante para que eu pensasse que iam me matar. No entanto, foi exatamente isso que eu pensei quando, no trecho final da alameda, onde já não havia senão uma porta aberta numa última casinha, o oficial ordenou que eu parasse e não olhasse para trás. (...) Parei em obediência à ordem, e senti como que um soco gelado dentro da minha barriga, no centro do meu corpo, e de repente minhas pernas não existiam. Não caí, contudo. Esperei um tiro. Mantinha-me de pé com uma firmeza digna que não correspondia ao desfalecimento que só eu sabia estar sentindo. O oficial mandou que eu virasse à direita e entrasse na casinha cuja porta estava aberta. Era a barbearia do quartel. O barbeiro já estava com a tesoura e a máquina nas mãos para derrubar minha famosa cabeleira” (1997, p. 381).

ideológica desde a qual os dominantes almejavam produzir o consenso e a obediência naquele momento histórico, em torno do patriotismo, da moral tradicional, da ética do trabalho e da religiosidade cristã, e vão desde a “defesa do princípio democrático, através da preservação do espírito religioso”, “do culto à pátria aos seus símbolos, tradições, instituições e aos grandes vultos de sua história” e do “culto da obediência à Lei, da fidelidade ao trabalho e da integração na comunidade” até “o aprimoramento do caráter, com apoio na moral, na dedicação à comunidade e à família” e a “preparação para o casamento e a preservação do vínculo que o constitui”.⁹⁰

Naturalmente que a recepção das doutrinas morais e cívicas difundidas pelo governo, inclusive por meio do controle da edição e da distribuição de livros didáticos, é outro problema empírico, de difícil tratamento, mas o certo é que os estudantes da época foram, no mínimo, submetidos ao esforço pedagógico da ditadura, ao “esforço silencioso para a criação de um clima”, frase dita pelo Coronel Otávio Costa, responsável pela Assessoria Especial de Relações Públicas criada durante o governo Costa e Silva (Fico, 1996, p. 116). O mesmo Decreto-Lei 869 instituiu a Comissão Nacional de Moral e Civismo, que elaborava os pareceres que aprovavam ou não os livros didáticos das disciplinas de Educação Moral e Cívica (EMC), Estudo dos Problemas Brasileiros (EPB) e Organização Social e Política do Brasil (OSPB).

⁹⁰ Veneza Veloso Mayora, professora aposentada do Estado do Rio Grande do Sul, que lecionou a disciplina de Educação Moral e Cívica, para a quarta série, na Escola Estadual Nossa Senhora das Graças, em Caçapava do Sul/RS, durante os anos de 1972 a 1974, contou que, ao contrário das demais disciplinas, como a de português, na qual podia escolher o livro didático que seria utilizado em sala de aula, na de EMC o livro didático foi escolhido pelo Diretor da escola. Maria Augusta Silveira Alves, também professora aposentada do Estado do Rio Grande do Sul, narrou que lecionou Educação Moral e Cívica para adultos, na Escola Técnica de Comércio Borges de Medeiros, em Caçapava do Sul, em 1972 e 1973. A professora, que foi candidata ao cargo de vice-prefeita pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB) contou que por ter abordado em trabalhos de classe o tema do “voto consciente”, foi destituída da disciplina, pela diretora da escola, ligada a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), ocasião na qual resolveu pedir demissão do cargo.

Naturalmente, tais livros reproduziam a narrativa legitimadora dos militares⁹¹.

O presidente Costa e Silva e o ministro da Justiça Gama e Silva, professor da Faculdade de Direito da USP e ex-reitor da USP, cuidaram também de assinar o Decreto-Lei 477, de 26 de fevereiro de 1969, que ficou conhecido como o AI-5 das Universidades e tinha por objetivo disciplinar professores, funcionários e alunos, e estabelecia penas de demissão ou dispensa para professores e funcionários e de desligamento para alunos, em franca resposta aos movimentos estudantis ocorridos em 1968. Deveriam ser punidos, por meio de processo sumário, aqueles que, dentre outras condutas, praticassem “atos destinados à organização de movimentos subversivos, passeatas, desfiles ou comícios não autorizados ou que dele participassem”, bem como aqueles que imprimissem ou distribuíssem “material subversivo de qualquer natureza” ou que utilizassem “dependência ou recinto escolar para fins de subversão ou para praticar ato contrário à moral ou à ordem pública”. Naturalmente que tudo isso não impediu intensas movimentações estudantis e de professores, mas vale lembrar que milhares de estudantes e professores foram demitidos ou desligados das universidades. Segundo Rodrigo Sá Motta, o decreto 477 foi gestado no interior do Conselho de Segurança Nacional. O General Jaime Portela de Melo, à época secretário-geral do CSN e titular do Gabinete Militar da Presidência, na exposição de motivos entregue aos ministros da justiça e da educação, entendia que se tratava “de dar fim a uma situação anômala, pois, uma vez que a maioria dos “agitadores” estudava em instituições públicas, em sua visão, o Estado estava “na curiosa situação

⁹¹ Nesse sentido, cf. Filgueiras, Juliana Miranda. *A educação moral e cívica e sua produção didática: 1969 a 1993* (2006). Conforme a autora, “os militares utilizaram a educação de forma estratégica, controlando-a política e ideologicamente. A concepção de educação do regime militar estava centrada na formação do capital humano, em atendimento às necessidades do mercado e da produção. A escola era considerada uma das grandes difusoras da nova mentalidade a ser inculcada – da formação de um espírito nacional. A reforma do ensino propôs um modelo de socialização, que tinha como estratégia educar as crianças e os jovens nos valores e no universo moral conformando os comportamentos do homem, da mulher e o vínculo familiar” (2006, p. 378).

de financiador da subversão”” (Motta, 2014, p. 155). Ainda segundo Motta, o projeto do decreto 477 tramitou rapidamente, com forte influência do Ministro da Justiça e ex-reitor da USP, Gama e Silva, que também influenciou decisivamente o segundo expurgo dos professores, possibilitado pelo AI-5.

3.2 Os juristas e a ditadura

É no contexto destas disputas pelas representações legítimas do mundo social e dos esforços do regime de 1964 na produção das justificações morais do Estado e da ordem social, por meio da promoção de uma imagem do bom cidadão e da boa cidadã, bem como da família e da moral sexual tradicional, do patriotismo, da ética do trabalho, do respeito à propriedade e do anticomunismo, que situamos nosso objeto.

Como vimos, os juristas são detentores de um poder simbólico de legitimação. Graças à sua competência técnica e social, são agentes capazes produzir as razões do Estado, e assim, legitimar o exercício do poder político. Portadores de um capital jurídico, isto é, “de uma espécie de reserva de técnicas de pensamento e técnicas de ação”, de um “recurso social constituído essencialmente de palavras ou conceitos” (Bourdieu, 2014, p. 431), os juristas estão *legitimados a legitimar*, a “pronunciar as palavras que são, na verdade, ordens, porque tem atrás de si a força do oficial” (Bourdieu, 2014, p. 66), tais como aquelas que constam no Ato Institucional n. 1, de que “a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma”.

Aliás, a própria transubstanciação simbólica do golpe em revolução, foi, em grande parte, obra de juristas. Tratando do assunto, Florestan Fernandes argumenta que “o uso das palavras traduz relações de dominação” e que “se um golpe de Estado é descrito como ‘revolução’, isso não acontece por acaso” (2012, p. 46). Trata-se, segundo o autor, de “confundir os espíritos quanto ao significado de determinadas palavras-chave”, pois é por aí que “começa a inversão das relações *normais* de dominação”, na medida em que “fica mais difícil

para o dominado entender o que está acontecendo e mais fácil defender os abusos e as violações cometidas pelos donos do poder” (2012, p. 46). Falando em nome da Nação, instituindo a Nação ao nomeá-la, o jurista é competente para estatuir sentenças como a de que “a revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação” (AII), e assim contribuir decisivamente no processo de construção social da realidade.

Na famosa carta-manifesto escrita por ocasião do sequestro do embaixador norte-americano, Charles Elbrick, em 1969, na qual a *Ação Libertadora Nacional* e o *Movimento Revolucionário Oito de Outubro* exigiram a libertação de presos políticos em troca da libertação do refém, Fernando Gabeira, o escritor da carta, menciona que “os juristas da ditadura sempre arranjam uma fórmula para resolver as coisas”. De fato, a carta redigida sob a pressão da situação histórica, no cativeiro e em meio ao medo e à esperança, toca num aspecto fundamental do regime instaurado em 1964: a tentativa de negar a si mesma como ditadura, mediante a manutenção mínima, em banho-maria, das “instituições democráticas”, e por meio da legitimação jurídica, da institucionalização jurídica dos atos arbitrários do governo, tudo em nome do cuidado com a aparência de normalidade. Segundo Garcia Mendez, “el derecho y los juristas poseen una importancia capital en la construcción y legitimación de los procesos de dominación autoritaria” (1987, p. 136). O relatório da Comissão Nacional da Verdade, apesar de tratar da participação dos civis, principalmente do empresariado, na deflagração do golpe e na manutenção do regime (2014, pp. 314-332), não tratou especificamente da contribuição dos juristas notáveis. Sobre a atuação do Poder Judiciário, entretanto, concluiu o seguinte:

Destarte, sublinha-se que, em conjunto, as decisões do Poder Judiciário, quando do período ditatorial, refletem, muitas vezes, seu tempo e seus senhores; são expressões da ditadura e de seu contexto de repressão e violência. Os magistrados que ali estiveram – ou melhor, que ali permaneceram –

frequentemente eram parte dessa conjuntura, inclusive porque, por meio da ditadura militar, foi-lhes garantido um assento naqueles tribunais. Quem quer que tenha sido nomeado para o STF, por exemplo, durante a ditadura, tinha clareza das circunstâncias a que estavam jungidos e quais os votos eram esperados de sua lavra; sabia da ausência das garantias dos magistrados; conheciam as reformas promovidas na composição e atribuições do tribunal; e, sobretudo, eram cômescios acerca de a quem deveriam servir. Nesse contexto, conclui-se que a omissão e a legitimação institucionais do Poder Judiciário em relação às graves violações de direito humanos, então denunciadas, fazia parte de um sistema hermético mais amplo, cautelosamente urdido para criar obstáculos a toda e qualquer resistência ao regime ditatorial, que tinha como ponto de partida a burocracia autoritária do Poder Executivo, passava por um Legislativo leniente e findava num Judiciário majoritariamente comprometido em interpretar e aplicar o ordenamento em inequívoca consonância com os ditames da ditadura (2014, p. 957).

Não obstante a grande importância que o pensamento social e jurídico brasileiro prestou ao longo do último século ao tema da relação entre os juristas ou os bacharéis e a formação do Estado e da sociedade brasileira⁹², o estudo do pensamento jurídico de nossa mais recente

⁹² Três dos grandes clássicos do pensamento social brasileiro, Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda, em *Sobrados e Mucambos, Raízes do Brasil e Os donos do poder*, respectivamente, prestaram atenção à figura do bacharel. Freyre considerou-o o principal agente de modernização do Estado e da sociedade brasileira no século XIX, enquanto Buarque de Holanda prestou atenção à retórica bacharelesca, que seria um dos aspectos do “mal-entendido da democracia” e do liberalismo brasileiro. José Murilo de Carvalho, em *A Elite do Poder*, tratou do tema, assim como Sérgio Miceli, em *Intelectuais à brasileira*, que também atentou para os juristas. Sérgio Adorno contribuiu para o estudo do

ditadura, que certamente vem sendo impulsionado nos últimos anos, carece de maiores desenvolvimentos. Conforme Seelaender, a pesquisa sobre “o papel desempenhado pelos professores de direito – inclusive de figuras influentes no campo doutrinário – na legitimação e mesmo na gestão” do regime ditatorial, é ainda um “tabu” (2009, p. 415). Ademais, a pesquisa sobre este assunto é dificultada pela própria estrutura do campo jurídico, que acaba por gerar a “defesa coletiva”, a “lealdade” e a “solidariedade” entre os agentes, uma espécie de cumplicidade geracional forjada pelas “redes de apoio recíproco” e pelas “coortes de sociabilização” (Seelaender, 2009, p. 416). Da mesma forma, o permanente trabalho simbólico de enaltecimento da profissão, comum aos escritos do campo jurídico, é um obstáculo ao estudo do pensamento dos juristas durante a ditadura civil-militar. Disso deriva a confusão entre a análise científica da “função do direito, de seus teóricos e dos centros de ensino nesses períodos históricos específicos” (2009, p. 430) e os escritos laudatórios, tais como as biografias de “grandes juristas”, não raro redigidas por “amigos, colaboradores, colegas e discípulos dos autores estudados” (2009, p. 429).

Os “juristas da ditadura sempre arranjam uma fórmula para resolver as coisas”, escreveu Gabeira, à mão, em meio à luta armada. De fato, Francisco Campos, “depois de quase vinte anos de abstinência democrática” (Reale *apud* Seelaender, 2010, p. 158), desde que contribuíra com a ditadura de Getúlio Vargas, arranjou uma fórmula jurídica para a autocracia-burguesa, no Ato Institucional n. 1. Do mesmo modo, Carlos Medeiros da Silva, assessor jurídico do Ministério da Justiça durante o Estado novo, redigiu conjuntamente com Francisco Campos o ato institucional n. 1, tendo sido logo depois gratificado pelo presidente Castelo Branco, nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1965. Em 1966 assumiu o Ministério da Justiça e Negócios Interiores, tendo participado da comissão de juristas que redigiu a Constituição de 1967; redigiu, ainda, a Lei de Imprensa e a Lei de

bacharelismo liberal, em *Aprendizes do Poder*, e, mais recentemente, Frederico Almeida defendeu tese intitulada *A nobreza togada*. Para o estudo específico das ideias jurídico-políticas desenvolvidas no Brasil, conferir *História do Direito no Brasil*, de Antônio Carlos Wolkmer.

Segurança Nacional, ambas de 1967. Em 1969, prestou mais uma ajuda ao regime, redigindo o Ato Institucional n. 12, que impediu a posse do vice-presidente civil, Pedro Aleixo, e introduziu a junta militar no poder (Mota, 2010, p. 86). Carlos Medeiros da Silva foi ainda, foi ainda, durante todo o período autoritário, o redator-chefe da Revista Forense, uma das mais importantes do cenário jurídico.

“Já estaria o Largo S. Francisco preparado, hoje, para aceitar uma tese sobre (...) o apoio de alguns de seus professores ao regime pós-64, tanto em cargos elevados quanto em seus textos doutrinários?” (Seelaender, 2009, p. 419). Conforme Airtton Seelaender:

Em 1964, vários integrantes do corpo docente da Faculdade de Direito da USP manifestavam “o seu júbilo” pela derrubada do Governo Goulart. Não falavam aqui só os antigos integralistas. Não falavam aqui, tampouco, só os intelectuais ligados ao catolicismo conservador. O “júbilo” era compartilhado, também, por alguns dos mais destacados liberais da Casa (2009, p. 422).

Os decretos que analisamos no tópico anterior, elaborados e legitimados pelos professores da Faculdade de Direito da USP e Ministros da Justiça dos respectivos governos Costa e Silva e Médici, Luis Antônio da Gama e Silva e Alfredo Buzaid, deixam poucas dúvidas de que tais juristas “tendiam a compartilhar com estes [os militares] o discurso anticomunista, o moralismo em questões sexuais, a aversão ao livre debate e o ideal de poder monocrático (Seelaender, 2009, p. 420). Luis Antônio Gama e Silva, que foi diretor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco de 1959 a 1962 e reitor da USP, em 1963, foi um fiel jurista-colaborador do regime autocrático-burguês. Como tal, “foi nomeado juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia e, em 1966, assumiu novamente a reitoria da USP”, cargo que exerceu até 1967, quando nomeado Ministro da Justiça pelo presidente Costa e Silva

(Mota, 2010, p. 89). Em seu currículo, consta a elaboração do AI5⁹³, da Lei de Segurança Nacional de 1969 e o Decreto 477, o “AI5 das universidades”. A trajetória de Alfredo Buzaid é parecida. Egresso do Largo São Francisco, compartilhou com Gama e Silva o poder na Faculdade de Direito da USP - nomeado diretor em 1966 - e na Reitoria da USP, cargo que exerceu por aproximadamente um ano. Em 1967, foi nomeado pelo Ministro da Justiça, Gama e Silva, “Coordenador da Revisão dos Códigos” que na ocasião estavam sendo elaborados, inclusive do Código Penal, de Processo Penal e Execuções Penais. Em 1969, sucedeu Gama e Silva no Ministério da Justiça, função que exerceu até 1974, subscrevendo, por exemplo, o decreto 1077, a lei de censura prévia, certamente preocupado com a manutenção da moral e dos bons costumes, que estaria sendo atacada por “publicações e exteriorizações estimulam a licença, insinuam o amor livre e ameaçam destruir os valores morais da sociedade”, nos termos do decreto⁹⁴.

⁹³ José Milton Giannini, estudante da Faculdade de Direito da USP da turma de 1969, conta, no livro “Arcadas no tempo da ditadura”, organizado por Henrique Buzzoni, episódio interessante, que nos chama atenção tanto para a reprodução do capital simbólico e do capital jurídico para os herdeiros legítimos e legitimados, que ocorre no interior da Faculdade de Direito, quanto da convivência nesse cenário entre professores favoráveis ao regime com estudantes que, de algum modo, lutaram contra a ditadura. Giannini conta o seguinte: “Novembro de 1968. No fusca branco do Gaminha – filho do então Ministro da Justiça – conseguimos trespassar o forte aparato de segurança e adentrar sua casa para tentar surrupiar alguns litros de *scotch*. Flagrado pela mãe, Gaminha disse que viera buscar refrigerantes para uma festinha da Faculdade. Generosamente, ela doou uma caixa de grapette (cujas garrafas foram sorrateiramente substituídas por garrafas de whisky) e pediu que não fôssemos até o salão de festas. Curiosos, espiamos: e lá estava reunido o alto comando militar da ditadura preparando nada mais que a edição do... AI-5” (2007, p. 30).

⁹⁴ Alfred Buzaid fundamenta teoricamente a lei de censura prévia no artigo “Em defesa da moral e dos bons costumes” (1970). No relatório que apresentou, em 1974, sobre a atuação do Ministério da Justiça no período de seu mandato (1969-1974), Buzaid informou o seguinte: “A ação da censura reflete-se diretamente na opinião pública, havendo muitas vezes reações por parte de grupos contrários às suas decisões. Contudo, em 1969, apesar desses óbices que permanentemente existem, suas atribuições foram exercidas dinamicamente, através da censura prévia de filmes, peças teatrais, televisão e radiofônicas, além do exercício da fiscalização contínua na programação das diversões

Buzaid ainda redigiu o projeto de Código de Processo civil que se tornou lei em 1973, foi presidente da Academia Nacional de Direito e da Academia Paulista de Letras, além de condecorado com o título de *Doutor Honoris Causa* da Universidade de Coimbra. Como *reconhecimento por seus préstimos*, foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, pelo presidente João Figueiredo, exercendo tal cargo por pouco mais de dois anos⁹⁵.

Mesmo diante do fato de que tais juristas legitimaram inaceitáveis arbitrariedades e assim contribuíram no esforço de dominação do despotismo burguês, é comum encontrarmos análises meramente laudatórias. Nesse sentido, Seelaender chamou a atenção para a obra “Grandes Juristas Brasileiros”, organizada por Almir Rufino e Jaques Penteado, que assume expressamente o “cunho apologético”, na qual os juristas que apoiaram o regime de 1964 são considerados “precursores do Brasil-Ético” que “forjaram nossa cidadania” (Rufino; Penteado *apud* Seelaender, 2010, p. 256). Na apresentação do livro, os organizadores demonstram a intenção de que as histórias de vida contadas sirvam de “modelo aos jovens bacharéis” (2010, p. 256). Buzaid, por exemplo, é considerado por Ada Pelegrini Grinover, “um homem injustiçado por seus contemporâneos” e Moreira Alves salienta que “o tempo, que extingue as paixões e que pesa os fatos sem a parcialidade do envolvimento, (...) fará justiça”, tendo em vista a “inflexibilidade de convicções, sem quaisquer desvios” de Alfredo Buzaid (Moreira Alves *apud* Seelaender, 2010, p. 256).

Não temos a pretensão de apresentar um panorama das visões dos juristas e das instituições do campo jurídico (judiciário, OAB, universidades) acerca da ditadura civil-militar. Pelo que notamos, prevaleceu o conservadorismo dos juristas, sobretudo dos notáveis, orquestrado por um *habitus* caracterizado pelo que Bourdieu chamou “gosto pela ordem” (2011b, p. 80), influenciado por socializações familiares e escolares parecidas e de posições semelhantes no espaço

públicas. Vale dizer que também as letras musicais em geral são submetidas a censura” (1974, p. 184).

⁹⁵ Informações do memorial do Supremo Tribunal Federal.

social. Dessa maneira, num primeiro momento não houve repúdio ao golpe, mas adesão expressa ou tácita (omissão), em muitos casos por receio do despotismo estatal. Apenas no período subsequente, já na onda da abertura e depois de escancaradas as arbitrariedades do regime, é que, em geral, os juristas passaram a criticar abertamente o autoritarismo do Estado e a “lutar por democracia”.⁹⁶ A postura da Ordem dos Advogados do Brasil é representativa nesse sentido: considerada uma das instituições que contribuiu para o retorno à democracia, legitimou amplamente o golpe civil-militar. O presidente da Ordem na ocasião Carlos Povina Cavalcanti, na sessão de 07 de abril de 1964, pronunciou-se no sentido de que a Nação brasileira estava salva: “Mercê de Deus, sem sairmos da órbita constitucional, podemos hoje, erradicado o mal das conjuras comuno-sindicalistas, proclamar a sobrevivência da Nação brasileira que se processou sob a égide intocável do Estado de Direito” (Wander Bastos, 2009, p. 35). Na sessão do dia 14 de abril de 1964, o conselheiro Eurico Raja Gabaglia manifestou o “sentimento de júbilo de que estão possuídos todos os bons brasileiros pela recente redemocratização do país” (Wander Bastos, 2009, p. 35). De acordo com o relatório da Comissão Nacional da Verdade:

Setores expressivos da Igreja Católica, por meio da Conferência Nacional dos Bispos (CNBB), bem como outras entidades que notoriamente contribuíram para o restabelecimento das liberdades democráticas, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), chancelaram a deposição do presidente João Goulart (2014, p. 314).

Isso somado ao caráter supostamente neutro e apolítico do direito, com fundamento no positivismo jurídico, fez com que os juristas, após a “revolução”, passassem imediatamente a teorizar, a

⁹⁶ Os advogados criminalistas que passaram a defender presos políticos talvez tenham sido um dos primeiros agentes sociais a perceber e a denunciar a democracia simulada dos militares.

interpretar e a racionalizar a nova ordem jurídica e as novas leis emanadas⁹⁷.

3.3 Os penalistas e a ditadura

Trataremos da contribuição dos penalistas notáveis na elaboração das leis penais do período da ditadura civil-militar, ou seja, da relação destes com o governo militar, principalmente com o Ministério da Justiça, no capítulo quinto. Neste tópico nosso objetivo é apresentar os resultados de nossa investigação quanto aos discursos dos penalistas sobre a própria ditadura, ou seja, sobre a situação política instaurada a partir do golpe civil-militar de 1964.

Hungria e Lyra

Em 1964, Néelson Hungria já estava com idade avançada e o seu falecimento ocorreu em janeiro de 1969, poucos dias após a edição do AI-5. Nesse período, entretanto, o *príncipe dos penalistas* estava em plena atividade político-profissional. No ano de 1964, como veremos, Hungria participou de inúmeras conferências em defesa do anteprojeto de Código Penal que elaborara em 1963, engajando-se de corpo e alma na reforma penal. Em 1965 Néelson Hungria participou das mais de trinta reuniões realizadas pela Comissão Revisora do anteprojeto de Código Penal de sua autoria, que ocorriam quinzenalmente no centro do Rio de Janeiro, juntamente com os demais membros da comissão, Aníbal Bruno

⁹⁷ Aparentemente tratando deste caso específico, mas sem mencioná-lo expressamente, Lyra Filho escreveu o seguinte: “Aliás, se os representantes da ordem estabelecida, chegando ao poder estatal, hesitam ou se revelam mais receptivos à pressão popular pelas reestruturações sociais, a mesma classe dominante não tem substituí-los por outros, mais enérgicos, ainda que, para isso, rompa com todo um ciclo de legalidade e substitua a legalidade feita por outra, então considerada intocável. E, durante essa substituição, os juristas do positivismo ficam no terrível *suspense*, esperando para ver quem vai dar as “cartas do jogo”; isso é, as novas leis, que tais rúbulas diplomados e endomingados interpretarão e aplicarão, com a maior cara de pau e todos os balangandãs da técnica jurídica” (2012, p. 39).

e Heleno Fragoso. Ademais, dois anos antes de falecer, em outubro de 1967, proferiu conferência no *II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins*⁹⁸, ocorrido em Brasília, ocasião na qual defendeu a função ressocializadora da pena e a adoção da prisão aberta, dois institutos que eram contemplados em seu anteprojeto de novo Código Penal. Por fim, pouco antes de falecer, conforme analisaremos no quinto capítulo, Hungria manifestou a vontade de que o seu anteprojeto fosse promulgado por Decreto, aproveitando-se a suspensão das atividades do Congresso Nacional promovidas pelo AI-5.

Contudo, mesmo estando em plena atividade profissional durante os anos finais de sua vida, Néelson Hungria não se manifestou - ao menos publicamente, seja em artigos científicos, ou de jornal, bem como em conferências que tenham ficado registradas em anais - sobre o golpe civil-militar de 1964 e sobre a posterior situação política brasileira. Restaram-nos, então, apenas indícios de sua posição quanto à situação política deflagrada pelo golpe. Em primeiro lugar, sua omissão em tratar do tema, e em segundo lugar sua vontade expressa em aproveitar a suspensão das atividades do Congresso Nacional, decretada em 1968, para ver seu anteprojeto de Código aprovado, indicam que, no mínimo, Hungria não discordou da solução golpista adotada pela burguesia e pelos militares⁹⁹.

⁹⁸ A poetisa Maria Augusta Medeiros relatou as conferências do congresso em versos. Sobre a participação de Néelson Hungria, versou o seguinte: “Chega ao ápice o Congresso/Tem a Lei a maestria/O cérebro Universo/Do Professor Nelson Hungria/E coroa de rubis/O Rei da Sabedoria/Presidiu o ato Histórico/O Magnífico Reitor.../Membros da mais alta Côrte/Molduravam o seu valor.../E curvavam-se ao categórico/Insigne Professor (1968, p. 63).

⁹⁹ Néelson Hungria, ao longo de seu *reinado* nas ciências penais brasileiras do século XX, abordou exaustivamente os aspectos políticos fundantes de suas concepções jurídico-penais e criminológicas. Não poderia ser diferente, tendo em vista a sua permanente contribuição com o Estado brasileiro, cujo resultado mais expressivo é a elaboração e a defesa de dois Códigos Penais - 1940 e 1969 - promulgados no contexto das duas últimas ditaduras brasileiras. Por consequência teve de defender-se de afirmações como a de Jimenez de Asúa, de que o Código Penal de 1940 atendeu ao escopo de “defender a nova ordem brasileira personificada em seu Estado totalitário” (Asua *apud* Hungria, 1977, p.

A postura de Néelson Hungria foi diametralmente oposta a de Roberto Lyra, que declarou francamente seu repúdio à tomada do poder pelos militares. Lyra havia sido *Ministro da Educação e Cultura* do governo João Goulart, no período parlamentarista, e era um apoiador daquele que chamou o *primeiro governo de esquerda do Brasil*¹⁰⁰. Quando deflagrado o golpe, demitiu-se da função de membro da Comissão Revisora do anteprojeto de Código Penal e solicitou o arquivamento do anteprojeto de Lei das Execuções Penais, que elaborara a pedido do governo deposto. No mesmo II Congresso de Direito Penal e Ciências Afins, em 1967, em Brasília, explicou sua decisão, referindo que elaborara o anteprojeto “sob uma aura de esperança como obra original de criação e avanço, na fase de maior acústica social em nossa Pátria”, mas que após o golpe houve uma “mudança (...) de atmosfera e mentalidade”, que “isolou na vanguarda o

41), ou seja, necessitou explicitar suas visões sobre o Estado. Uma análise minuciosa do pensamento político de Néelson Hungria foge aos nossos objetivos. Sinteticamente, é possível dizer que o “príncipe dos penalistas” foi um liberal-conservador, que se alinhava aos postulados do positivismo jurídico, criticando o direito natural e afirmando que “não há direito errando fora das leis” (1977, p. 35); que defendia a conciliação entre a liberdade e a autoridade – “não continuemos, anacronicamente, a exaltar um individualismo radical ou atomístico, cujos erros e desmandos ainda estão bem presentes em nossa memória; nem proclamemos o desembestado intervencionismo do Estado, que redundaria na intolerável absorção ou aniquilamento do indivíduo. (...) O que temos de fazer, nesta hora de reabilitação da democracia, é um reajustamento de interesses. Autoridade do Estado e liberdade do indivíduo não como forças mutuamente hostis, mas como interesses conciliados e aglutinados numa síntese orgânica (1977, p. 40); e, por fim, que defendia a importância das elites intelectuais, sobretudo jurídicas, na condução dos rumos do país. Desta forma, é possível perceber que o pensamento político de Hungria não estava distante daqueles sustentados pelos juristas da ditadura de 1964. Tratando especificamente do Estado Novo, Hungria dizia que era necessário “corrigir certos excessos do individualismo e armar a própria democracia contra os extremismos da direita e da esquerda” (1977, p. 41), argumento semelhante aos defendidos pelo ideólogos do último regime militar. Sobre o pensamento político de Néelson Hungria, conferir: Prando, 2012, pp. 173-179; Sontag, 2009; Serra, 2008, pp. 85-107.

¹⁰⁰ Cf. *Contribuição para a história do primeiro governo de esquerda no Brasil* (Lyra, 1980).

pioneiro”, que por isso “parece agora fantasista e utópico” (1968, p. 99). Roberto Lyra conta que após a deposição de João Goulart, “o Ministro da Justiça, Milton Campos, um dos homens mais respeitáveis de nosso país” (1968, p. 99), o convidou para prosseguir na obra. Contudo, optou pela demissão, convencido de que “uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar, nessa hora, um Parlamento ressentido e emprazado” (1968, p. 99). Conforme Lyra, “o Senado e a Câmara haviam sido mutilados” (1968, p. 99).

Na biografia de Roberto Lyra, escrita por Lopo Alegria, que deve ser lida levando em conta as advertências que fizemos quanto aos escritos laudatórios, consta a transcrição de uma entrevista de Lyra ao *Correio da Manhã*, de 28 de outubro de 1964, na qual o professor faz um “apelo a ex-alunos” e narra que desde o golpe vinha acolhendo alunos e ex-alunos:

Desde 31 de março, venho cumprindo o dever de assistir os alunos e ex-alunos que me procuram com os olhos parados de dor e vergonha, ou de punhos contraídos pela cólera. Abri os braços a todos, apertando-os bem junto ao coração. Honrei os meus ouvidos com suas confidências. Visitei lares, hospitais, prisões, todos os lugares em que deixaram entrar um professor aflito para oferecer, de mãos vazias, os tesouros da afetividade. Assim fiz, indistintamente, noutros eclipses do Direito. Assim farei até o fim da vida. Já estou com o passaporte da velhice para a morte. E sinto que essas sangrias morais precipitarão o meu regresso ao pó (Lyra *apud* Alegria, 1984, p. 139).

Além disso, segundo Lopo Alegria, Roberto Lyra teve seu nome incluído no Inquérito Policial Militar (IPM) do Partido Comunista, bem como “foi signatário do manifesto dos intelectuais, em 1964, participou de sessões de contestação e defendeu perseguidos

políticos” (1984, p. 140). Em 1963, Lyra fora nomeado pelo Presidente Jango membro da Corte Permanente de Arbitragem; posteriormente, foi reconduzido ao cargo em duas ocasiões, por Costa e Silva e Geisel. Conforme Alegria, “após a sublevação de 1964, os militares que assumiram o Comando do Governo, embora conhecendo suas convicções ideológicas, em antagonismo com a nova orientação política”, o reconduziram ao cargo (1984, p. 139).

A justiça penal e a revolução

Nas preliminares da pesquisa, uma das primeiras obras que encontramos foi *A justiça penal e a revolução*, de Heleno Frago, publicada em 1965. Trata-se de um livreto de trinta e poucas páginas, no qual o autor se propôs a analisar as transformações pelas quais o direito penal começava a passar a partir da “revolução de 1964”. A primeira questão que deve ser ressaltada é que Heleno Frago considerava legítimo o golpe. Vejamos a seguinte passagem:

Não temos dúvida em afirmar que o movimento de abril visava por fim ao descalabro econômico e social em que se achava o governo anterior. Todos sentíamos que a terrível situação era insustentável e que certamente levaria o país à completa subversão. A intensa agitação das massas trabalhadoras, dominadas por pelegos e esquerdistas, através de organizações ilegais como o CGT, o PUA e o CNTI, intranqüilizavam a vida da nação com greves sucessivas por motivos políticos, agravando a crise sem precedentes, determinada pela inflação galopante e incontrolável. O chamado Pacto de Unidade e Ação constituía entidade controladora de todos os trabalhadores portuários, estivadores, marítimos e ferroviários, capaz, em conseqüência, de paralisar virtualmente o país (1965, p. 11).

E na sequência, afirma: “O movimento de abril, sem ter sido uma autêntica revolução, recebeu, a nosso ver, o referendo de toda a Nação” (1965, p. 11). Na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal n. 12, de janeiro de 1966, há uma resenha sobre o livro de Heleno Fragoso, escrita por Serrano Neves, na qual o autor acompanha o entendimento de Heleno Fragoso acerca do golpe:

Tal como o culto prof. Fragoso, também nós achávamos que algo haveria de ser feito, patrioticamente, a fim de que o país não continuasse, como se encontrava, afogado no pantanal da corrupção e batido, traiçoeiramente, pelo vendaval da subversão. Embora, portanto, tenhamos recebido o Ato Institucional sob natural reserva jurídica-democrática, a verdade é que, por espírito de brasilidade, armamo-nos de santa resignação frente ao inevitável, e toleramos o que, na história das revoluções, passou a denominar-se “legalidade revolucionária (1966, p. 117).

Na continuidade do texto, o professor Heleno Fragoso maneja uma crítica liberal ao *direito penal revolucionário*, criticando os abusos que já começavam a aparecer por meio do farto uso dos Inquéritos Policiais Militares, “espécie de inquisição universal” (1965, p. 16). Ademais, o penalista analisou as disposições penais do Ato Institucional n. 2, criticando, por exemplo, a transferência para a Justiça Militar da competência para julgar os crimes políticos, bem como as prisões policiais. Ou seja, não se tratava de questionar o próprio golpe, mas os exageros da “pretensão punitiva revolucionária”. Conforme Serrano Neves, “decorrido, porém, algum tempo sobre o primeiro ato, em nossas palestras de rua, passamos a observar: como estava não poderia ficar; mas como está já se nos afigura insuportável” (1966, p. 117).

Portanto, havia uma crença no Estado de Direito, o que fica evidente na medida em que Fragoso elogia a atuação

“contrarrevolucionária do Supremo Tribunal Federal” (1965, p. 12): “A pretensão punitiva revolucionária via-se, assim, perturbada, não pela ação dos tribunais, como falsamente afirmavam alguns militares, mas pelo sistema de garantias da legalidade vigente, que competia aos tribunais fazer observar” (1965, p. 15). Apesar dos sinais do período sombrio anunciados no horizonte, os autores confiavam no rápido retorno da legalidade subvertida: “confiemos que essa triste situação possa conduzir, como proclama o governo, à redemocratização do país, em breve lapso de tempo, para que possa ressuscitar entre nós o primado do direito” (1965, p. 22). Serrano Neves resume:

O trabalho jurídico do prof. Fragoso é, pois, indispensável à estante de todos os juristas, assim como de todos os brasileiros de formação democrática esperançosos de que a revolução de 1964, no menor espaço de tempo possível, realize a sua anunciada intenção de restituir ao país à tranquilidade de sua invencível vocação liberal” (1966, p. 119).

Fragoso finaliza o livro da seguinte forma:

Os juristas do Brasil, neste momento intranquilo, contemplam com inquietação, o recrudescimento da pretensão punitiva revolucionária através de medidas que afetam gravemente a legalidade democrática. Esse mau uso do direito penal afasta o governo do povo e dificulta a tarefa difícilíssima de reconduzir o país à redemocratização e à realização de seu glorioso destino (1965, p. 29).

No entanto, “a revolução de 1964” não realizou sua “anunciada intenção” democrática, e a “invencível vocação liberal” brasileira é retórica manejada até hoje. A recondução do país à democracia foi adiada por vinte anos e nesse ínterim o próprio Heleno

Fragoso, em razão de sua atuação como advogado de presos políticos, tornou-se vítima do despotismo estatal, quando foi sequestrado pelo sistema penal subterrâneo do regime militar, tendo ficado por três dias no cativeiro, juntamente com outros colegas. Em *Advocacia da Liberdade* (1984), Fragoso narra, em primeira pessoa:

Lutamos todos com bravura e destemor, numa época em que os mais fortes silenciavam. Não espanta, por isso, que nos considerassem como aliados e servidores da subversão, e, assim, nós mesmos subversivos. No início do mês de novembro de 1970 fui preso em minha casa, aproximadamente à 1 hora da madrugada por três agentes. Eles me apresentaram carteiras falsas de agentes federais e me disseram que eu deveria comparecer à polícia federal. (...) No automóvel que esperava na rua havia um quarto agente. Entrei no banco de trás e fiquei entre os dois agentes. O carro deslocou-se no sentido da cidade, e, quando passava pela praia do Flamengo, os dois agentes que eu tinha, um de cada lado, puseram-me um capuz que impedia totalmente a visão. Andamos, bastante tempo, até que o carro parou. Fizeram-me sair e caminhar, subindo alguns degraus. Em seguida, tiraram-me o capuz. Eu estava numa cela grande, que certamente seria normalmente utilizada por várias pessoas. Havia grades apenas na parte da frente e o único móvel era uma cadeira comum. Estava bastante frio, pois o chão era de cimento. (...) Na noite do segundo dia, já a altas horas, trouxeram-nos um colchão, sem qualquer cobertura, onde pelo menos pudemos repousar, pois dormir não era possível. (...) Na terceira noite, cerca das nove ou dez horas, entraram pessoas na cela e me puseram novamente o capuz. Conduziram-me então a um

automóvel, onde me puseram no banco traseiro, recomendando-me que ficasse abaixado. Depois de uma larga viagem, mandaram-me sair e me tiraram, pelas costas, o capuz, recomendando-me que não olhasse para trás. Era um local absolutamente ermo e sem iluminação, no alto de um morro. Mandaram-me caminhar para a frente, ocasião em que imaginei que seria fuzilado. (...) Estou convencido de que se pretendia apenas nos atemorizar e nos desmoralizar. Como poderíamos defender os outros, se nós mesmos sofríamos as violências? Nossa prisão não nos abateu. Antes, constituiu prova plena do que alegávamos: os agentes do governo agiam como bandidos comuns (Fragoso, 1984, p. 149-150).

Helena Fragoso, que em 1965 já criticava os excessos punitivos perpetrados por aqueles que derrubaram Jango a partir de uma manobra que o autor considerou legítima e necessária, e que na sua visão recebeu o *referendo da nação*, passou a atuar bravamente na defesa de presos políticos, vítimas das mais variadas violações de direito humanos perpetuados pelo regime militar, e então ele próprio acabou preso, em 1970. No seu caso, parece possível afirmar que a consciência de que o golpe de 1964 redundou em franca ditadura foi se consolidando conforme os militares agiam para se perpetuar no poder, de maneira que na primeira edição de suas *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, de 1976, o autor criticava os abusos de poder do governo militar, referindo que, diante do AI-5, estavam em vigor no Brasil, “ao mesmo tempo, uma constituição e uma anti-constituição, inexistindo as garantias básicas do Estado de Direito, enquanto vigorar a legislação chamada revolucionária” (Fragoso, 1976, p. 09).

Os penalistas notáveis analisados nesse estudo promoveram, em geral, a transubstanciação simbólica do *golpe em revolução*. Em texto publicado em 1971, na Revista da Faculdade de Direito da USP, que consiste na transcrição da aula inaugural que Manoel Pedro

Pimentel ministrou naquele ano, o penalista paulista podia, sem maiores pruridos, louvar a obra da *revolução*: “louve-se, nesse aspecto, a obra que a Revolução vem empreendendo, especialmente com o esforço no combate ao analfabetismo e às doenças endêmicas” (1971, p. 380). Da mesma forma, nos diversos textos sobre o novo código penal que publicou na *Revista de Informação Legislativa*, órgão do Senado Federal, Benjamin Moraes falava constantemente nas “leis que a Revolução de 1964 já havia adotado em matéria penal” (1970, p. 21). Longe de ser um conceito meramente descritivo, o uso da expressão *revolução* de 1964 indicia uma tomada de posição quanto ao contexto político.

No mesmo *II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins*, ocorrido em Brasília, em 1967, Luiz Vicente Cernicchiaro proferiu conferência intitulada *O Direito Penal na Constituição de 1967*. A conferência, que constou nos anais do evento, já havia sido proferida no Curso de Extensão Cultural *A Constituição do Brasil de 24-01-1967*, que ocorrera no mesmo ano na Universidade de Brasília, e foi também publicada na *Revista de Informação Legislativa número 21*, de janeiro de 1969. Na ocasião, Cernicchiaro era um jovem magistrado no Distrito Federal e professor assistente de direito penal na Universidade de Brasília¹⁰¹. Ministrou sua palestra especificamente no dia 10 de outubro de 1967, em mesa que foi presidida por Pedro Aleixo, então vice-presidente da república.¹⁰² Trata-se de outro texto representativo da perspectiva dos penalistas notáveis quanto ao golpe civil-militar, que demonstra que tais agentes estavam convencidos sobre a normalidade institucional e, com isso, contribuíram para a construção social da aparência de normalidade.

¹⁰¹ Cf. *Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: homenagem* (2001).

¹⁰² Além de político, Pedro Aleixo era penalista. Em 1956 apresentou como tese para o concurso para a cadeira de Direito Penal da Universidade Federal de Minas Gerais um estudo intitulado *O Peculato no Direito Penal Brasileiro*. Foi professor titular de Direito Penal e Criminologia na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

No texto, Cernicchiaro propõe-se a analisar os aspectos penais da Constituição de 1967. Segundo o penalista, “numa visão panorâmica, relativamente ao Direito Penal”, é possível perceber que a Constituição de 1967 “não foi grandemente inovadora”, fato que é “sintomático, servindo de roteiro seguro para minuciosa análise da Revolução de 1964, visto a legislação por ele elaborada ser a cristalização da filosofia daquele movimento” (1968, p. 149). Para Cernicchiaro, a nova “Carta Magna não se preocupou em destruir os princípios conquistados de garantia do direito de liberdade do cidadão”, tampouco “se apressou (...) em consagrar a *analogia* em Direito Penal, como é comum acontecer nos regimes políticos que sucedem a um movimento militar e que culmina com a interrupção da normalidade constitucional” (1968, p.150). Em síntese, a Constituição de 1967 poderia ser considerada liberal, pois consagrou o princípio da legalidade:

A Lei Maior estruturou o Direito Penal no consagrado princípio, opondo-se, com veemência, ao princípio da justiça penal substancial, que, sem peias legais, efetiva a luta contra quem pratique ação que se choca com os fins buscados pelo Estado; despreza o catálogo prévio dos ilícitos penais, a fim de fazer prevalecer as necessidades da autoridade em detrimentos dos direitos individuais. É o sistema de preferência dos regimes totalitários. Justificam a ação arbitrária sob o invocado princípio romano *salus populi*, ou do são *sentimento popular*, invocado durante o regime nazista (Cernicchiaro, 1968, p. 153).

Os modelos de direito penal autoritário são comparados ao regime da Constituição de 1967, o que permite ao autor concluir que o regime daquele período não poderia ser considerado ditatorial.

No entanto, apesar de afirmar que “a Constituição procurou não absorver” a legislação excepcional derivada dos Atos Institucionais (1968, p. 150), Cernicchiaro não pode deixar de tratar das medidas de

exceção que vinham sendo praticadas pelo governo, ao abordar a questão da competência da justiça federal, dos crimes políticos, dos crimes de responsabilidade, da utilização dos decretos-lei e do conceito de segurança nacional. Nesse caso, o autor deixa claro sua aceitação das medidas revolucionárias. Em suas palavras, a “Revolução de 1964, e isso é inerente a todos os movimentos dessa natureza, estabeleceu legislação de emergência, criando sanções até então desconhecidas” (1968, p. 165). Diante do entendimento do governo de que na ocasião a soberania nacional estava correndo “sério perigo”, o “Comando Supremo da Revolução (...) reputou conveniente e oportuno criar as referidas sanções administrativas” (1968, p. 166). Tratavam-se das sanções administrativas que possibilitaram as inúmeras arbitrariedades praticadas logo após o golpe, tais como a demissão de funcionários públicos e professores, conforme abordamos. Mas Cernichiaro as compreendia e repetia os argumentos desenvolvidos pelos *juristas da ditadura*: “Diga-se, sem censura jurídica. A Revolução só encontra limites na própria força. Cria outra ordem jurídica, nem sempre compatível com a anterior, contra a qual, aliás, se insurge” (1968, p. 166).

Tratando dos escritos de juristas franceses durante a segunda guerra mundial, Airton Seelaender demonstra que o destacado Maurice Duverger, no início de sua carreira, considerou algo normal a vedação legal do acesso de judeus a cargos públicos e realizou uma análise meramente exegética sobre tal vedação. Posteriormente, defendeu-se das críticas que recebeu afirmando que seus textos consistiam em análises meramente técnicas da legislação racial em vigor naquele momento. Seelaender, então, coloca as seguintes questões:

Se essa análise supostamente “neutra da legislação racial” – uma análise sem repúdio – não constituiria, ela mesma, uma forma de aceitação das novas normas. Se a atitude voluntária do autor, redigindo e publicando tal artigo, não contribuiria, por si só, para a legitimação dessas normas como *objeto normal de trabalho do jurista* (2009, p. 417).

Guardadas as proporções, poderíamos reeditar tais questões ao analisarmos o artigo de Miguel Reale Junior, que não ocasião era Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publicado na *Revista Ciência Penal*, em 1973. O texto, intitulado *Interpretação do Ato Institucional e Habeas Corpus*, sustentava, em síntese, que a vedação do Habeas-Corpus constante no AI-5 não se aplicava aos crimes contra a economia popular. Para fundamentar esta tese, o autor escrutinava os *considerandos* do AI-5. Segundo Reale Junior, “nos considerandos ao ato institucional está revelado o valor, o fim almejado pelo legislador e o que visou tutelar através da proibição do Habeas-Corpus” e nele consta que tal medida foi tomada porque o remédio constitucional estava “servindo de escudo para a prática de atos nitidamente subversivos, razão pela qual resolvia-se limitar a utilização destes mesmos instrumentos” (1973, p. 104). Reale Junior interpreta o AI-5:

Deste modo, o legislador diz: a constituição consagrou vários direitos individuais, porém, tendo em vista atos “nitidamente subversivos” e tendo em vista que estes direitos estão servindo de meio para a subversão, abre-se exceção à regra geral, visando coibir que estes direitos outorgados, pela Constituição ao povo, sejam desvirtuados, transformados em meios para os fins subversivos, em detrimento do bem-estar e desenvolvimento da Nação (1973, p. 104).

Miguel Reale Junior não questiona em nenhum momento o Ato elaborado pelo seu colega mais antigo de Largo São Francisco, Gama e Silva, mas procura apenas demonstrar que a vedação do Habeas-Corpus não se aplica aos crimes contra a economia popular. Conforme o então jovem penalista, os direitos individuais são reconhecidos na Constituição, “mas se os limita com o fim de não permitir que eles sirvam de instrumento a atos “nitidamente subversivos”. Para Reale Junior,

O valor que visa tutelar o ato institucional nº 5, deixa o legislador bem claro: preservar a ordem, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural do *País comprometidos por processos subversivos e de forma revolucionária*.

O fim é limitar o remédio constitucional do Habeas Corpus, a fim de que ele seja utilizado em favor de processos subversivos, e da guerra revolucionária, que comprometem a ordem e o desenvolvimento da Nação (1973, p. 105).

Parece necessário, desta forma, questionar: caso o jovem penalista fosse frontalmente contrário ao AI-5, poderia ele *dar de lambuja, deixar barato*, a fundamentação francamente paranóica e antidemocrática erigida pelos artífices do Ato de 1968 para vedar o Habeas-Corpus nos casos de crimes políticos? Poderia, em 1973, desconsiderar que este tipo de medida repressiva estava a possibilitar as inúmeras arbitrariedades que vinham sendo praticadas pelo regime militar, como as prisões ilegais, as torturas, os desaparecimentos e os assassinatos? Por que a preocupação primeira com os acusados de crimes contra a economia popular, e não com aqueles que estavam sendo seqüestrados pelo Estado acusados de subversão e que não podiam sequer impetrar Habeas Corpus? Retomando as perguntas iniciais, a redação de um artigo como este em análise, não contribuiu para a legitimação dessa norma, isto é, do AI-5, como *objeto normal de trabalho do jurista*?

Portanto, os penalistas notáveis, com a exceção de Roberto Lyra, concordaram tácita ou expressamente com o golpe civil-militar, o compreendendo na chave do liberalismo-conservador daquele momento, que entendia a *Revolução* como uma alternativa à escalada da desordem e do comunismo. A manutenção do princípio da legalidade consagrado na Constituição de 1967 parece ter sido o bastante para não gerar maiores exaltações no campo jurídico-penal, a despeito dos atos institucionais e das medidas do governo que constantemente

descumpriam a própria Constituição. Não é possível uma delimitação cronológica estrita, mas o relativo consenso anti-ditadura só brotou no campo jurídico já no final dos anos setenta, quando então toda a sociedade civil já respirava os ares da *abertura lenta, gradual e segura*.

4 OS MANUAIS DE DIREITO PENAL DO PERÍODO DA DITADURA CIVIL-MILITAR

4.1 Os manuais de direito penal

Ao longo da primeira parte deste trabalho abordamos o lugar ocupado pelo jurista e pelo penalista na divisão do *trabalho de dominação*. Nesse sentido, partindo da integração entre a tradição marxista e weberiana, nos termos das análises de Berger e Luckmann, Howard Becker e Pierre Bourdieu, consideramos os penalistas *ideólogos ativos, criadores de conceitos, que fazem da atividade de formação da ilusão da classe burguesa sobre si mesma o seu principal meio de subsistência; peritos no universal; empreendedores morais ou especialistas da produção simbólica*.

Em seu estudo sobre o campo acadêmico francês, Bourdieu refere que os juristas são os “guardiões da ordem”, pois “representantes de uma ciência da ordem e do poder” que contribuí decisivamente para a racionalização da ordem estabelecida (2011b, p. 102). Citando Kant, Bourdieu ressalta que as faculdades superiores, como o direito, são capazes de proporcionar ao governo “a mais forte e mais durável influência sobre o povo”, ao mesmo tempo em que são as mais controladas pelo governo, as menos autônomas, dado que encarregadas de formar os *guardiões da ordem* (2011b, p. 95).

Ainda conforme Bourdieu, “os mestres canônicos das disciplinas canônicas dedicam uma parte importante de seu trabalho” à produção de obras como os manuais, que são “instrumentos de poder cultural” e “empreendimentos de normalização do saber e de canonização das aquisições legítimas”, de maneira que atuam no sentido de perpetuar “um estado ultrapassado do saber, instituindo e canonizando problemas e debates” (2011b, p. 139). Nos termos da análise do sociólogo francês, os manuais são

o prolongamento natural do grande ensino de reprodução que, como divulgação legítima, deve inculcar o que a “opinião comum dos

doutores” considera como adquirido, e admitido, e assim instituí-lo como saber certificado e conforme, academicamente ratificado e homologado, portanto digno de ser ensinado e aprendido (em oposição aos “modos” e a todas as heresias modernistas), mais que produzir um saber novo, e até mesmo herético, ou a aptidão e a inclinação para produzir tal saber (Bourdieu, 2011b, p. 139).

Um dos instrumentos mais importantes para o exercício do poder simbólico por parte do penalista é o manual de direito penal. Trata-se, em primeiro lugar, de um gigantesco empreendimento, que exige condições sociais específicas, tais como a disponibilidade de tempo e o acesso às obras de referência, grande parte delas escritas em alemão ou italiano – na visão de Nelson Hungria, “fora da Alemanha ou da Itália o estudo do direito penal é mero diletantismo (Hungria, 1977, p. 303). Nesse sentido, Alcidez Munhoz Neto narra o seguinte episódio, ocorrido em encontro com o penalista Anibal Bruno, “em seu modestíssimo apartamento”, onde vivia “de minguados proventos de catedrático e dos parcos direitos autorais, destinados, no Brasil, a livros científicos” (Munhoz Neto, 1976, p. 23):

Indaguei-lhe, a certa altura, sobre a conclusão de seu Tratado de Direito Penal. De seus lábios ouvi, entre pesaroso e estarrecido, que a sua honestidade científica o impedia de ultimar o livro. Por nunca ter se deixado seduzir por ambições econômicas, desprezando a advocacia e outros encargos que o desviassem da pesquisa e do estudo, Anibal Bruno confessava-se sem recursos para adquirir as novas edições de autores estrangeiros, que não mais poderia continuar citando, ante o risco de haverem modificado suas originárias concepções (Munhoz Neto, 1976, p. 23).

Produzir um manual, um tratado ou um curso de direito penal, exige, portanto, tempo e dinheiro, ou seja, condições econômicas e sociais específicas¹⁰³, ademais, certamente, de uma intensa abnegação pessoal, quicá extraída do amor “à querida ciência” (Hungria, 1977, p. 301). De qualquer forma, não temos certeza se um manual de direito penal pode ser escrito nas mesmas condições em que Marc Bloch pode escrever a *Apologia da História*, encarcerado em uma cela nos dias que antecederam à sua execução. Aliás, os encarcerados costumam ser personagens dos manuais, mesmo que contra ou de modo alheio a suas vontades.

Os manuais de direito penal participam de um circuito que envolve autores, Faculdades de Direito, professores de direito penal, estudantes, profissionais do direito, bibliotecas e editoras. As editoras que atuam no campo jurídico-penal adotam a política comercial de fornecer aos professores as obras, com vistas a convencê-los a adotá-las como manual das disciplinas, nos termos do carimbo que encontramos na primeira página do segundo volume da parte especial das *Lições de Direito Penal* (quarta edição), de Heleno Cláudio Fragoso, cujo exemplar tomamos emprestado da biblioteca pessoal de um advogado criminalista e professor de direito penal aposentado¹⁰⁴. Transcrevemos:

Companhia Editora Forense. Esta Editora oferece este livro, desejando que lhe seja de muita utilidade. Contamos com a sua colaboração no sentido de adotá-lo em suas turmas, ou mesmo remetendo-nos críticas e sugestões.

Para além da procura e eventual aquisição pelos estudantes do manual indicado pelo professor, a adoção do manual como livro didático

¹⁰³ Naturalmente, todo tipo de empreendimento científico demanda certas “condições externas”. Nosso objetivo é chamar a atenção para a especificidade desse tipo de empreendimento, vultoso, que trata dos mais variados assuntos em obras de diversos volumes, que não raro ultrapassam as mil páginas.

¹⁰⁴ Agradecemos ao Dr. Nereu Lima. Atualmente, esta política comercial das editoras é adotada por meio dos sítios eletrônicos, mediante cadastro do professor e comprovante de que leciona a disciplina.

da disciplina também contribuiu para que os mesmos sejam adquiridos pelas bibliotecas das universidades e das Faculdades de Direito, o que lhes garante um fértil mercado. As grandes editoras também buscam garantir o domínio dos espaços das livrarias, garantindo que os livros que editam sejam adquiridos no varejo, por estudantes e profissionais do direito. O mercado editorial condiciona, portanto, o acesso aos livros, e, conseqüentemente, a própria forma de difusão do conhecimento e do desconhecimento, a seleção do que será lido e do que não será lido. Como Marx já havia chamado a atenção, “o criminoso não produz apenas crimes, mas também o Direito Penal, e, em conseqüência, também o professor que produz cursos de Direito Penal, e, além disso, o inevitável tratado no qual este mesmo professor lança suas aulas no mercado geral como ‘mercadorias’”.

Quando assumimos o cargo de professor de criminologia e direito penal da Universidade Federal de Juiz de Fora, no ano de 2014, em *campus* que resultou da expansão e da interiorização das universidades públicas ocorrida durante os governos de Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef, notamos que na seção de direito penal da biblioteca, que estava em formação, havia uma prateleira cheia de dois manuais de direito penal, quais sejam, os de Damásio de Jesus e de Júlio Fabrini Mirabete. Ao investigarmos o assunto, descobrimos que nenhum professor havia indicado as obras e que elas haviam sido doadas à biblioteca da Universidade Federal de Juiz de Fora – *campus* Governador Valadares/MG, pelas editoras Atlas e Saraiva, respectivamente. As únicas obras disponíveis aos estudantes de direito penal da faculdade em formação eram estas, não por sua qualidade ou falta de qualidade, mas pelo circuito que envolve as editoras e a aquisição de livros pelas bibliotecas.

De maneira que a indicação de livros aos estudantes, geralmente no início do semestre letivo, na distribuição dos planos de ensino, ato aparentemente sem maiores conseqüências, que por vezes é tarefa que resta automatizada na rotina do professor, é uma ação eminentemente política, carregado de significados, como percebeu Michel Miaille:

Quando vocês compram um manual de direito, fazem necessariamente um acto econômico, visto tal compra vos transformar em sujeito económico no seio de uma estrutura de mercado; mas esse gesto conforme a escolha que vocês façam – para lá do problema do preço da obra -, será eventualmente um gesto político: podem preferir tal autor àquele outro. Em qualquer caso, esta compra, raramente espontânea, qualificar-vos-á antes de mais como estudantes: esse gesto é simbólico de toda uma concepção da cultura e de uma certa prática do ensino. Este exemplo mostra bem que os fenómenos sociais, aparentemente os mais simples, estão carregados de numerosas significações (2005, p. 73).

Em sua pesquisa sobre o ensino da criminologia nas Faculdades de Direito do Brasil, Mariana Garcia, ao introduzir sua análise sobre os livros indicados para o ensino da disciplina, retoma Miaille e pontua o seguinte:

Estamos tão acostumados à ideia de que o que é dito na universidade é lógico, explicativo e, portanto, “verdadeiro”, que muitas vezes nem percebemos que a simples indicação de um manual para o ensino de uma disciplina por ser um ato com forte carga ideológica. Por certo não estamos aqui defendendo uma postura neutra por parte do professor (...), mas o contrário: que a escolha de uma ou de outra obra pode ser decisiva no processo de ensino e aprendizagem. Embora pareça um fenómeno social simples, quando adquirimos a obra do autor “A” em detrimento do autor “B”, para além do gesto econômico, estamos diante de um gesto político. Durante a formação do estudante de direito, raramente esta escolha será feita de

forma espontânea; ao contrário, em regra, buscará a obra a ser utilizada ou indicada pelo seu professor. Este, por sua vez, ao preparar o curso que pretende ministrar, confrontar-se-á com fatores decisivos para a sua escolha, sejam teóricos, políticos ou até mesmo didáticos (2014, p. 112).

Mas por que analisar o conteúdo (latente) dos manuais de direito penal? Basicamente, de forma muito simples, porque são lidos, porque se propõe expressamente a servirem de instrumentos pedagógicos de formação e de socialização jurídica e porque são as *escrituras* do direito penal, que consagram determinada visão sobre a ordem social.

Vejamos alguns exemplos, em dois dos manuais que fazem parte do *corpus* de nossa pesquisa. E. Magalhães Noronha, no prefácio da primeira edição de seu *Direito Penal*, informa o seguinte:

O presente volume, com adaptações e acréscimos necessários, representa, em grande parte, preleções ministradas na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, onde somos professores contratados.

Nenhuma originalidade de monta apresenta. Foi nosso objetivo expor a matéria com simplicidade, evitando a linguagem excessivamente técnica, jamais ao alcance do aluno, por ser ele uma pessoa que ouve, pela primeira vez, o que o professor expõe. Consequentemente, deve o mestre ser o mais claro possível, indo até o discípulo e não esperando que este venha até ele.

Destina-se o livro aos jejunos do Direito Penal. Como, entretanto, não nos furtamos à discussão de diversos problemas de real interesse, acreditamos que seja de alguma

utilidade para os que militam no foro criminal (1979, s/n).

Heleno Cláudio Fragoso, nas considerações introdutórias a *Lições de Direito Penal*, também aduz explicações semelhantes, em torno às características que uma obra didática deve contemplar:

Esta obra destina-se ao ensino do Direito Penal, pretendendo constituir texto básico para orientação dos estudantes de nossa disciplina. Procurou-se apresentar a matéria com objetividade e concisão, fugindo-se ao debate inútil de teorias e concepções ultrapassadas, que apenas serviria para ampliar o volume e complicar os temas, muitas vezes difíceis e polêmicos, da Dogmática Jurídico-Penal. Renuncia-se à erudição em favor da clareza e da simplicidade, que são as virtudes essenciais da obra didática (1976, s/n).

Livros, portanto, com preocupações didáticas, destinados a formar pessoas, a ensinar estudantes, a iniciar os profanos na linguagem e nas técnicas das ciências criminais. A teoria crítica do direito e a criminologia crítica, cientes da contribuição que tais obras prestam à reprodução ideológica, não deixaram de levá-las em conta.

Michel Miaille, em *Introdução Crítica ao Direito*, empenhou-se em analisar, de forma crítica, os manuais da disciplina de introdução ao direito que julgou mais relevantes, tomando por “amostragem os quatro manuais mais utilizados” (2005, p. 13). Deste modo, ao longo da obra, o método de Miaille é a demonstração das concepções tradicionais sobre o direito, constante nos manuais que compuseram a amostra, seguida da análise crítica de tais concepções, buscando desvelar a função ideológica que tais conceitos cumprem no contexto da dominação social, para a qual contribuem a instância jurídica e os juristas. Miaille nos informa ainda que sua *Introdução Crítica* foi “escrita, acima de tudo, a pensar nos estudantes que, ao entrar

no primeiro ano do direito, descobrem o universo jurídico” (2005, p. 13). Nilo Batista, em *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, também começa seu estudo de livre-docência, na nota prévia à versão livresca da tese, mencionando “o tratamento repetitivo e linear que os sedimentos básicos do estudo do direito penal merecem da maior parte de nossos livros” (2007, s/n). Logo na sequência, no primeiro parágrafo de *Introdução Crítica*, Batista cita e analisa passagens de três manuais de Direito Penal que considerou representativos – “Mirabete, Damásio e Mayrink da Costa” (2007, p. 17) - iluminando as observações de tais manuais sobre as relações entre sociedade e direito, que, segundo o autor, “quase sempre, se limitam a assinalar que a vida em sociedade não prescinde de normas jurídicas” (2007, p. 17). Na obra, Nilo Batista compromete-se justamente em criticar as concepções pinçadas dos manuais tradicionais, por meio do questionamento das “formas de aparição histórica do direito, para contornar os riscos idealistas aos quais podem expor-se os iniciantes” (2007, p. 17).

Da mesma forma, Rosa del Olmo buscou inventariar os manuais utilizados para o ensino da criminologia na América Latina, descobrindo, por exemplo, que em quase todos os países, inclusive no Brasil, as obras racistas e eugenistas de Franz Exner e Edmund Mezger, eram das mais recomendadas pelos professores. Rosa del Olmo ainda deixou indicações que estamos procurando seguir, de que seria fundamental a continuidade da pesquisa no sentido de um estudo minucioso do conteúdo de tais livros, o que a pesquisadora não conseguiu realizar na ocasião (Olmo, 2004, p. 282). Vera Regina Pereira de Andrade, por outro lado, encontrou nos manuais de direito penal a “auto-imagem da dogmática jurídico-penal”, demonstrando como ela é concebida oficialmente pelos “membros da comunidade científica (penalistas) que protagonizam e compartilham seu paradigma” (Andrade, 2003, p. 112).¹⁰⁵

¹⁰⁵ No mesmo sentido, conferir a já citada dissertação de mestrado de Mariana Garcia (2014), na qual a autora, dentre outras coisas, analisa alguns aspectos dos livros indicados para o ensino da criminologia nas faculdades de Direito das universidades públicas das capitais do Brasil.

De modo que autores como Michel Mialle, Nilo Batista, Rosa del Olmo e Vera Regina Pereira de Andrade preocuparam-se com a forma mistificadora pela qual os manuais utilizados para o ensino do direito retratam o direito e a sociedade, bem como com os demais conteúdos jurídicos, políticos e sociais constantes nestas obras, o que, na visão de todos autores, poderia contribuir para uma formação inadequada e acrítica dos estudantes e para a difusão de uma visão equivocada dos fenômenos sociais. Para os nossos fins, é importante ressaltar que todos os autores prestam atenção aos manuais de direito como *instrumentos de poder cultural*¹⁰⁶.

Quais as características específicas deste produto simbólico? Como ler os manuais? Há alguns anos atrás - quando no início do doutorado começávamos a pensar em aspectos do campo jurídico e de nossa formação, naquele processo de socioanálise exposto na introdução deste estudo – tivemos alguma dúvida relativa ao procedimento do Tribunal do Júri, de maneira que acessamos um dos manuais de processo penal que, como diria Bourdieu, está atualmente no *hit parade* das obras da área. Ao procurarmos a matéria de nosso interesse, nos deparamos com a seguinte “crítica” ao Tribunal do Júri:

Os jurados (...), na medida em que são membros de segmentos bem definidos: funcionários públicos, aposentados, donas-de-casa, estudantes, enfim, aqueles que não têm nada melhor para fazer e cuja ocupação lhes permite perder um dia inteiro (ou mais) em um julgamento (Lopes Junior, 2004, p. 140).

¹⁰⁶ Em uma pesquisa importante para a sociologia contemporânea, que resultou no livro intitulado *O novo espírito do capitalismo*, Luc Boltanski e Ève Chiapello tomam os manuais de gestão empresarial como “suporte capaz de dar acesso mais direto às representações associadas ao espírito do capitalismo de uma época” (2009, p. 84).

O que nos chamou a atenção¹⁰⁷ não foi tanto a afirmação sobre o perfil dos jurados, realizada sem que houvesse qualquer menção a uma pesquisa empírica sobre, por exemplo, “as ocupações dos jurados atuantes na Vara do Júri de Porto Alegre/RS”, baseada, então, apenas na “experiência” do autor, o que é comum em textos jurídicos. No entanto, como funcionário público (professor universitário) e estudante (de doutorado) sabemos que muito temos a fazer (inclusive analisar cientificamente textos levianos como esse). Da mesma forma, sabemos que as donas de casa trabalham intensamente – por vezes, permitindo que seus maridos dediquem-se ao “pensamento” e a escrita de manuais jurídicos – e que, ao contrário do que afirmou o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso e o autor da passagem em análise, os aposentados não são vagabundos. Refletindo sobre o significado de tal passagem, no contexto do campo jurídico-penal, percebemos que ela evidencia a concepção ideológica do autor, que combina o típico liberalismo dos bacharéis, enaltecendo o mercado e demonizando o Estado; o machismo, fundado na oposição entre o homem produtivo e a dona de casa improdutivo e na desvalorização das atividades femininas domésticas; e o preconceito com os aposentados. Numa passagem aparentemente insignificante, mas certamente lida por muitas pessoas, encontramos, em estado bruto, as concepções sociais, políticas e morais mais profundas do autor, o “marco geral da concepção de mundo” no interior do qual o discurso jurídico é formulado (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 66).

O exemplo consolidou a convicção de que os manuais jurídicos, e especificamente os manuais de direito penal, não são apenas obras técnicas, destinadas a ensinar ao neófito as fórmulas do direito penal ou em oferecer aos operadores do direito os fundamentos técnicos de seus discursos. Em verdade, por meio da produção da *aparência de cientificidade*, os autores dos manuais tornam-se competentes, alcançam “autoridade e autorização para se servir de saberes mais ou menos científicos” (Bourdieu, 2011b, p. 95), do que decorre um tipo de texto que participa “ao mesmo tempo da lógica positiva da ciência e da lógica

¹⁰⁷ Agradeço à Mariana Garcia, que chamou a atenção para o excerto.

normativa da moral” (Bourdieu, 2011, p. 213), que se impõe “universalmente ao reconhecimento por uma necessidade simultaneamente lógica e ética” (Bourdieu, 2011, p. 213). Desta forma, os manuais são produtos simbólicos elaborados por *intérpretes autorizados*, que gozam da “capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social” (Bourdieu, 2011, p. 212).

É assim que os manuais, além de contemplarem as típicas discussões da ciência do direito penal, constituem-se em instrumentos de consagração das narrativas legitimadoras da ordem e são constitutivos das e constituídos pelas visões dominantes sobre o Estado, as relações entre Estado, sociedade e cidadãos, sobre a propriedade, sobre a moralidade etc., participando ativamente do processo de construção social do que é certo e errado, justo ou injusto – daí que uma das *auto-imagens da ciência do direito penal* é a de ser a *ciência do justo e do injusto*. Na análise da parte geral, os penalistas defendem uma posição acerca da natureza e das funções do Estado, bem como sobre o papel da pena, contribuindo na construção da legitimidade do exercício da violência física pelas agências estatais. Tratam dos destinatários das penas, dos “criminosos”, construindo-lhes uma imagem. Na análise exegética e sistemática da parte especial do direito penal, dissertam sobre os mais variados aspectos morais, políticos e sociais, tais como sobre os motivos que autorizam ou minimizam a reprovabilidade de um homicídio, sobre as questões sociais concernentes aos crimes patrimoniais, sobre a condição feminina nos casos de aborto e de violência sexual etc, contribuindo para a consagração da visão dominante sobre a correta condução da vida e para a construção social da subcidadania.

No interior destas análises, dados são elencados, penalistas notáveis são citados como reforço da autoridade dos argumentos e afirmações mais ou menos peremptórias são proclamadas. É nesse contexto que compreendemos a afirmação de Zaffaroni e Nilo Batista de que o direito penal tradicional é “construído sobre dados sociais falsos”

(2003, p. 66). Conforme os autores, “o que se andou fazendo na dogmática tradicional, sob pretexto de preservar sua pureza jurídica e conjurar o risco do reducionismo, foi mera invenção de dados sociais cujo valor de verdade científica é falso” (2003, p. 66). Dito isso, resta lembrar que estes dados sociais falsos são difundidos por autores que, em geral, os consideram verdadeiros, o que contribuiu para a sua eficácia simbólica.

Do ponto de vista da luta de classes, os manuais participam da luta simbólica na qual as classes e as frações de classe estão envolvidas, “para imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses” (Bourdieu, 2011, p. 11). O conteúdo dos manuais, em razão da posição de classe tanto dos seus autores, quanto dos seus leitores, dificilmente contraria os interesses dos dominantes. Isso porque,

(...) a prática dos agentes encarregados de produzir o direito ou de o aplicar deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico, e isto não obstante os conflitos de competência que os podem opor. A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos *habitus*, ligadas a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões de mundo. Segue-se daqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o etos dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão de mundo dos dominantes (Bourdieu, 2011, p. 242).

Nessa perspectiva, os manuais podem ser considerados um dos suportes pelos quais se constitui e se difunde os princípios do capitalismo e da *civilização cristã ocidental*. Os historiadores e os etnólogos que daqui a quinhentos anos desejarem estudar os valores fundamentais de nossa sociedade, terão nos manuais de direito penal uma excelente fonte: saberão, por exemplo, que no século XX se julgava normal que o estuprador tivesse sua pena extinta caso fizesse a *bondade* de se casar com a sua vítima. Os manuais de direito penal servem de suporte e de instrumentos de difusão do que Geertz chamou de “sensibilidade jurídica”, caracterizada por um “complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos” que consagram um “sentido de justiça” (2001, p. 325). Ao examinarmos os textos jurídicos e especificamente o discurso dos manuais com um olhar relativizador, neles encontramos “a parte jurídica do mundo”, que “não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios e valores limitados, (...) e sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade” (Geertz, 2011, p. 259).

Para realizarmos esta parte da pesquisa, selecionamos os manuais de direito penal publicados pelos seguintes autores, ao longo dos anos sessenta e setenta: Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Edgard Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Heleno Cláudio Fragoso e Damásio de Jesus¹⁰⁸. A constituição deste *corpus* levou em conta, em primeiro lugar, pesquisas realizadas em bibliotecas públicas e particulares, tendo sido tais obras as mais constantes nos acervos; em segundo lugar, em razão de diálogos informais com juristas que foram estudantes nas Faculdades de Direito durante os anos sessenta e setenta; em terceiro lugar, tendo em vista as constantes citações recíprocas entre tais autores; em quarto lugar, diante do fato de que tais obras foram publicadas pelas editoras mais importantes do campo jurídico no período, quais sejam Saraiva, Forense e José Bushatski; em quinto lugar,

¹⁰⁸ O caráter essencialmente anti-manualístico da obra de Roberto Lyra, que ao longo de sua produção nunca emprestou à dogmática jurídico-penal maior importância, sobretudo diante das suas preocupações centrais, quais sejam, sociológicas, excluiu seus livros de direito penal desse tópico de nosso estudo.

pela intensa participação de tais autores em publicações em revistas do período; e, por fim, pela participação de tais autores em comissões de elaboração de leis penais, com destaque para a atuação de Nelson Hungria, Heleno Fragoso e Aníbal Bruno nos acontecimentos relativos ao Código Penal de 1969 e de José Frederico Marques na elaboração do anteprojeto de Código de Processo Penal e na revisão do anteprojeto de Lei de Contravenções Penais, elaborado por José Salgado Martins. Esta seleção foi realizada levando em conta que tais livros eram os que mais circulavam no período, eram os mais lidos, e não a época em que foram redigidos ou atualizados.

Não ingressaremos na dimensão biográfica dos autores, suas trajetórias familiares, escolares e profissionais, o que demandaria outro estudo¹⁰⁹. Entretanto, é impossível não perceber e não mencionar algumas regularidades. Os manuais mais importantes do período em análise foram escritos por representantes da *nobreza de estado* e especificamente da *nobreza de toga*, daqueles agentes que sob a aparência de dizer o que é o Estado, constroem “o Estado ao dizer o que ele deveria ser” (Bourdieu, 1997, p. 121). Ao longo de suas carreiras, foram lidos e ouvidos; foram convocados pelo Estado para comporem comissões de juristas notáveis, aptos a elaborar tecnicamente a legislação penal; ou seja, exerceram parcela importante do poder simbólico, contribuindo para a consagração de determinada visão sobre

¹⁰⁹ Existem alguns textos biográficos sobre os autores analisados. Contudo, foram redigidos no contexto de homenagens, de modo que padecem dos problemas epistemológicos inerentes às práticas intelectuais laudatórias, como já salientamos, o que não prejudica inteiramente seu caráter informativo. Sobre Nelson Hungria, conferir *Nelson Hungria, o homem e o jurista*, escrito por Cid Flaquer Scartezini por ocasião de seu discurso de posse na Academia Paulista de Direito, em 1974, quando passou a ocupar a cadeira outrora pertencente à Hungria; bem como o texto de Dotti, *Nelson Hungria: o passageiro da divina comédia* (1999, p. 440). Sobre Anibal Bruno, há um pequeno fascículo escrito por Nilo Batista, publicado pelo Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, intitulado *Anibal Bruno, penalista* (1978). Sobre Magalhães Noronha, conferir a Revista *Justitia*, do Ministério Público de São Paulo, edição n. 78, de 1981, na qual constam informações biográficas sobre o autor. Sobre Heleno Fragoso, conferir a seção “história”, do site do escritório de advocacia Fragoso (www.fragoso.com.br).

a ordem social e participando do permanente trabalho simbólico de legitimação do Estado.

Quanto à formação dos autores, destacam-se as instituições de ensino dominantes há muito tempo, quais sejam a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Magalhães Noronha e José Frederico Marques), a Faculdade Nacional de Direito/RJ (Nelson Hungria), a Faculdade Livre de Direito/RJ (Heleno Fragoso) e a Faculdade de Direito do Recife (Aníbal Bruno).

Com exceção de Heleno Fragoso, que é representante da advocacia, tendo participado ativamente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), os demais manualistas tem sua trajetória profissional ligadas ao Estado, especificamente ao judiciário. Hungria exerceu diversos cargos no âmbito do judiciário, mas notabilizou-se como juiz, tendo chegado ao cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. José Frederico Marques também foi juiz, chegou à condição de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo e foi convidado, em 1972, pelo então Ministro da Justiça e seu companheiro de outras jornadas, Alfredo Buzaid¹¹⁰, para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal, tendo recusado o convite. Magalhães Noronha e Damásio de Jesus são os representantes do Ministério Público de São Paulo; ambos exerceram a carreira de promotor de justiça e chegaram ao cargo de procuradores. Aníbal Bruno é o único dos manualistas que, como se costuma dizer em um país que não valoriza seus educadores, foi *apenas professor*; daí que em sua biografia encontramos menções à sua condição financeira e aos

¹¹⁰ José Frederico Marques e Alfredo Buzaid fundaram, em 1958, o Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ambos escreveram, em 1967, juntamente com Miguel Reale, o parecer intitulado *A presidência do Congresso Nacional na Constituição de 1967* (publicado na Revista da Faculdade de Direito da USP, volume 62, n. 02, 1967). Este parecer foi transformado em Mandado de Segurança, impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal em favor de Auro Soares Moura Andrade, político da ARENA, na ocasião presidente do Senado.

seus poucos recursos, problema que não aflige os representantes da *nobreza de estado*¹¹¹.

De maneira que, com exceção de Anibal Bruno, os autores combinaram as atividades profissionais (magistratura, promotoria de justiça e advocacia) com a atividade docente e com a elaboração de obras jurídicas. Nélson Hungria foi professor da Faculdade Nacional de Direito, aprovado em 27 de dezembro de 1933, juntamente com Roberto Lyra¹¹², tendo que deixar de exercer o posto quando a Constituição de 1937 proibiu a dupla jornada do professor universitário; Magalhães Noronha foi professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, dentre outras. José Frederico Marques, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Heleno Fragoso foi professor da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes e da Faculdade Livre de Direito (depois Universidade do Estado da Guanabara (UEG) e depois do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)),¹¹³ Aníbal Bruno foi professor da Faculdade de Direito do Recife; Damásio de Jesus foi professor da Faculdade de Direito de Bauru e precursor dos “cursinhos jurídicos”, tendo fundado em 1970 o *Complexo Damásio de Jesus*, hoje uma potência neste ramo do mercado de serviços jurídicos. No campo jurídico-penal, é comum até hoje a combinação da docência e da pesquisa com as atividades forenses, fato que imprime algumas

¹¹¹ “Porque é preciso que os pósteros saibam que o maior professor brasileiro de direito penal, à luz de cujos ensinamentos se forjou toda uma descendência científica, viveu e morreu pobremente. Quando Anibal Bruno se retirou da Comissão Revisora do Projeto de Código Penal, sentira-se mal durante uma reunião. Não foi levá-lo à casa um carro oficial, e teve que deixar o Ministério da Justiça com o filho mais novo, sem cujo amparo já não saía à rua, à procura de condução. Este fato nos foi contado por ele, e não resistimos à tentação de divulgá-lo, agora” (Batista, 1978, p. 06).

¹¹² Sobre o concurso, conferir *Assim foi Roberto Lyra*, de Lopo Alegria, (1984, pp. 99-106).

¹¹³ Heleno Fragoso foi o sucessor de Roberto Lyra na condução da Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, tendo sido um dos principais responsáveis pela retomada da revista, em 1963. Também participou ativamente, chegando ao cargo de vice-presidente, da Associação Internacional de Direito Penal e da Comissão Internacional de Juristas.

marcas na forma e no conteúdo da produção científica sobre a questão criminal.

Tratam-se, portanto, de cânones do direito penal. Um dado interessante é que, com exceção de Anibal Bruno e Damásio de Jesus, os demais autores foram membros da Academia Paulista de Direito, que congrega juristas notáveis do cenário nacional¹¹⁴. Penalistas e juristas consagrados, os autores analisados neste estudo foram agraciados com todo tipo de honrarias, condecorações, prêmios e medalhas, que atestam sua importância social e profissional e legitimam suas palavras, funcionando como capital simbólico objetivado. Talvez alguns deles não desejassem, mas seus contributos à ciência penal foram homenageados nos pórticos de penitenciárias, presídios e colônias penais, para os quais emprestaram o nome¹¹⁵. Nesse caso, vale lembrar a frase de Flaubert: *as honras desonram*.

4.2 A realidade nos manuais de direito penal

A relação entre a ciência do direito penal e a *realidade* não poderia deixar de ser conturbada. Na verdade, esta relação tem duas faces: uma diz respeito à relação da ciência do direito penal com a realidade fenomênica, com o que supostamente acontece na sociedade de acordo com o olhar e a experiência do observador; a outra se refere à relação entre a ciência do direito penal e os saberes, as disciplinas, que por meio de seus métodos e tradições teóricas analisam cientificamente a realidade.

No primeiro caso, também em razão de sua legitimação social, o penalista é relativamente livre para utilizar um mosaico de argumentos

¹¹⁴ Magalhães Noronha dedicou o volume dois de seu manual à Academia Paulista de Direito.

¹¹⁵ Penitenciária Nelson Hungria (Contagem/MG); Centro de Progressão Penitenciária Doutor Edgard Magalhães Noronha (Tremembé/SP); Cadeia Pública José Frederico Marques (Rio de Janeiro/RJ); Presídio Professor Anibal Bruno (Recife/PE); Colônia Penal Agrícola Heleno Fragoso (Santa Izabel/PA).

pseudocientíficos ou morais, geralmente por meio de *máximas*, de argumentos de autoridade (citação de outros cânones, direito comparado etc.), de exemplos etc., extraídos da observação sem método da *realidade*, vista desde sua posição de classe e profissional – da cadeira dos operadores jurídicos nas salas de audiência, das visitas protocolares a prisões, dos raros encontros com os *criminosos* sobre os quais, não obstante, são especialistas. À observação sem método soma-se a ausência de reflexividade sobre os pressupostos epistemológicos mínimos – sobre quem olha e como olha, por exemplo – de uma análise científica da *realidade*. Nos manuais, portanto, encontramos uma narrativa sobre a *realidade*, inventada por um agente específico, que analisa o mundo segundo sua posição no campo jurídico-penal e no espaço social.

O segundo caso é o palco das conhecidas querelas sobre o objeto e o método da ciência penal e da construção dos modelos de ciências criminais integradas que ocupou e tem ocupado penalistas e criminólogos até hoje. Em geral, a ciência do direito penal subordinou as ciências sociais, estabelecendo uma relação de cumplicidade com a criminologia ortodoxa, que lhe fornece informações sobre o *crime como fato individual* e sobre o *criminoso*. Nos manuais de direito penal que analisamos não se encontram os autores fundamentais das ciências sociais do século XX, que discutiram sobre temas que deveriam interessar aos penalistas – as estruturas sociais - mas uma ciência social defasada. Os dados utilizados são aqueles que não colocam em xeque nenhum aspecto básico, fundamental, da ciência penal, e este é o pano de fundo da já citada afirmação de Zaffaroni e Nilo Batista, de que a dogmática penal inventa “dados sociais cujo valor de verdade científica é falso” (2003, p. 66). As relações entre uma ciência que toma como objeto as normas penais emanadas do Estado e que resolve de maneira teológica/dogmática o problema da ordem – crença na ordem – e outra que toma por objeto a própria ordem e sua reprodução, só poderiam ser tumultuadas. Nesse sentido, é interessante cotejar a passagem de José Frederico Marques com a de Pierre Bourdieu, em torno à diferença da análise jurídica e da análise sociológica.

Diz o jurista:

Tudo que para o sociólogo é *questão aberta* e problemática, nem sempre o é para o jurista, pois a ciência de que êste se serve parte do dado legal ou consuetudinário do *jus positum*. O que para um é equação a ser resolvida, para o outro se apresenta, muitas vezes, como um dogma revelado pelas fontes formais da norma jurídica (Frederico Marques, 1964, p. 23).

Diz o sociólogo:

(...) de um lado, uma ciência da ordem e do poder, visando a racionalização, no duplo sentido, da ordem estabelecida; de outro, uma ciência da ordem e do poder, visando não pôr em ordem as coisas públicas, mas pensá-las como tais, pensar o que é a ordem social, e o Estado, ao reduzir a ordem e o Estado estabelecidos, pela comparação histórica ou pela variação imaginária, a um simples caso particular no universo de possibilidades realizadas ou realizáveis (Bourdieu, 2011b, p. 102).

Vera Regina Pereira de Andrade mostrou que a cuidadosa construção, por parte dos penalistas, da auto-imagem da dogmática penal, contribui para a produção da ilusão de segurança jurídica, pela qual a própria dogmática se legitima (2003, p. 112). A construção da auto-imagem de uma ciência normativa que não ingressa em “considerações de índole econômica, política ou moral” (Andrade, 2003, pp. 118), que reencontramos nesta pesquisa em todos os manuais pesquisados, é um dos elementos que contribuem para permitir que os penalistas tratem a todo o momento de temas econômicos, políticos e morais. É assim que os penalistas tornam-se vozes autorizadas para tratar de todo tipo de assunto, extrapolando constantemente a dimensão da técnica. René Ariel Dotti, homenageando Néelson Hungria, bem notou

que “os seus Comentários ao Código Penal constituem a reencenação da aventura da existência, assim como fizeram as sagradas escrituras” (1999, p. 442). Ainda segundo Dotti, “os profetas que falam através das páginas de Néelson Hungria não são os místicos que flutuam sobre a realidade”, mas “as criaturas de carne e osso que escrevem, dirigem, interpretam e montam a representação da vida” (1999, p. 442). Como mostramos, a comparação entre os agentes religiosos e os agentes jurídicos é pertinente, já que ambos são responsáveis pela construção e pela difusão das fianças simbólicas, baseadas ideias de justiça, que são constitutivas das crenças compartilhadas que sustentam a ordem social.

Como mostramos no tópico 2.2, mesmo na concepção tecnicista de Rocco resta aberta a possibilidade de o penalista assumir de vez em quando o papel de cientista social. O próprio Néelson Hungria, que combateu duramente ao longo de sua produção teórica a “invasão do direito penal” pela versão das ciências sociais sustentada pelos criminologistas do positivismo¹¹⁶, sempre defendeu um *tecnicismo temperado*, no qual havia espaço para a *realidade* ou para “o mar picado da vida”, como neste excerto, constante nos Comentários (1977, p. 108) e reprisado no artigo Direito Penal e Criminologia, publicado na Revista Brasileira de Direito Penal e Criminologia, de 1963:

A ciência penal não se exaure numa pura esquematização de princípios hirtos, pois que é ciência de um direito essencialmente modelado sôbre a vida e para a vida. Não pode isolar-se desta. O tecnicismo jurídico, que reserva o direito penal para os juristas, não quer dizer que êstes devam colocar entre êles e o mar picado da vida, como parede

¹¹⁶ “Já não é mais tolerável, em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas ciências criminológicas, que ainda se continue a falar delas como de ciências penais. Mais do que nunca, nós, juízes, promotores e advogados do fôro criminal ou professores e escritores de direito penal, devemos pugnar pela nossa *doutrina de Monroe*: o direito penal é para os juristas, exclusivamente para os juristas. A qualquer indébita intromissão em nosso *Lebensraum*, em nosso indeclinável ‘espaço vital’, façamos ressoar, em toque de rebate, os nossos tambores e clarins” (1942, p. 14).

cega, a inteiriça e gélida literalidade da lei... Os preceitos jurídicos não são textos encruados, adamantinos, ensimesmados, destacados da vida como poças d'água que a inundação deixou nos terrenos ribeirinhos; mas, ao revés, princípios vivos, que, ao serem estudados e aplicados, têm de ser perquiridos na sua gênese, compreendidos na sua ratio, condicionados à sua finalidade prática, interpretados no seu sentido social e humano. Ciência penal não é esse *leite desnatado*¹¹⁷, êsse *bagaço remoído*, êsse *esqueleto de aula de anatomia* que nos impingem os ortodoxos da jurisprudência pura, do abstracionismo lógico, da rendilhada construção dogmática. Não é ciência penal a que somente cuida do *sistema ósseo* do direito repressivo ou se limita a tessituras aracnídeas da lógica, a extrair indefinidamente conceitos de conceitos, fazendo de um código penal, que é a mais relevante expressão da moral prática de um povo, uma teoria hermética, uma categoria de ideias captadas na meticulosa dissecação do direito escrito, uma enfadonha tabela de aduana (Hungria, 1963, p. 06).

Os manuais analisados seguem a mesma tendência e são unânimes em deixar uma porta aberta para as considerações sobre a *realidade*. Magalhães Noronha frisa que é preciso evitar os “excessos do dogmatismo”, que tem se verificado como reação ao “Positivismo Naturalista, que pretendia reduzir o Direito Penal a um capítulo da Sociologia Criminal”, o que acaba por desumanizar “o ramo mais

¹¹⁷ Hungria grifou a expressão “leite desnatado”, utilizada para simbolizar as análises que seriam exageradamente tecnicistas, mas não referenciou qualquer autor. Em passagem transcrita por José Frederico Marques, encontramos a mesma expressão, manejada por Maggiore para tratar do mesmo tema. Frederico Marques, referindo-se ao “preciosismo tecnicista”, aduz que o exagero técnico da jurisprudência faz desta, citando Maggiore, uma espécie de “leite desnatado, café sem cafeína e alimento desvitaminado” (1964, p. 21).

humano da Ciência do Direito” (1979, p. 16). Segundo Noronha, o Direito Penal, “mais que qualquer outro ramo jurídico, está em íntimo contato como indivíduo e a sociedade, o que, se não basta para autorizar as extremadas pretensões do Positivismo Naturalista, desautoriza também os acanhados limites do raquíptico positivismo jurídico” (1979, p. 17), ou do que também chama “positivismo jurídico mofino e débil” (1979, p. 16). Para o autor, levando em conta que “as reconstruções dogmáticas são formas jurídicas de conteúdo humano e social”, não deve o jurista “olvidar a realidade da vida, com suas manifestações, exigências e vibrações sociais” (1979, p. 17).

Anibal Bruno, após reproduzir a auto-imagem tradicional da ciência penal, argumenta no sentido de que não compreende a dogmática como “pura indagação lógico formal, elaboração fria e abstrata de esquemas jurídicos em que o Direito Penal perca totalmente o contacto com seus pontos de apoio necessários” - que o autor considera ser “a significação social do crime e o conteúdo humano que lhe vem da personalidade do criminoso” (1967, p. 26) -, mas como uma ciência que “se alimenta da (...) realidade social e dos aspectos fenomênicos do crime” (1967, p. 27). O professor Anibal Bruno adverte, no tópico *O problema do método*, do tomo I de seu manual, que o penalista, “mais que qualquer outra categoria de jurista, deve prevenir-se contra o poder absorvente da lógica formal”, pois a “norma penal não tem por objeto simples negócios jurídicos (...), mas combater um fenômeno complexo como o crime, que se lhe apresenta com todo seu conteúdo humano e social” (1967, p. 29).

“Por que então enclausurar o penalista nos limites de um dogmatismo sêco e sem vida, neutro e incolor?”, questiona José Frederico Marques (1964, p. 25). O autor também não considera existir para o penalista obstáculo “a qualquer indagação metajurídica, tanto na realidade viva dos fatos sociais (indagação sociológica), como na esfera dos supremos cânones éticos (indagação filosófica)”, de maneira que o jurista é apto a levar a cabo uma “sondagem profunda na realidade social, para que faça da lei um instrumento flexível da equidade e justiça” (1964, p. 21). Conforme Marques, “a verdadeira ciência

dogmática do Direito Penal, como a de todos os ramos do Direito, não foge ao contacto com a vida nem despreza o fato social” (1964, p. 22). Heleno Fragoso ressalta que “não é missão do jurista estudar a realidade social para o estabelecimento de conceitos, como pretendem as chamadas teorias sociológicas” (1976, p. 14); contudo, guarda um espaço para a *realidade social*, que ingressa na concepção tecnicista pela influência da criminologia:

É fácil compreender que através do método técnico-jurídico pode o jurista vir a perder contato com a realidade social, correndo o risco de situar-se naquele “esplendido isolamento”, a que se referia *Bettiol*. Isso em virtude de sua própria atividade científica, que tem por objeto o complexo de normas que constitui o direito positivo, e não o estudo dos fatos sociais. É indispensável, porém, não perder de vista a realidade social, o que se consegue através da interpretação teleológica e da permanente influência, na aplicação da lei, dos elementos criminológicos. A finalidade da lei, o escopo político, o fato social do qual a norma surgiu são roteiros seguros para uma elaboração dogmática. A interpretação teleológica da norma penal, abre caminho ao reflexo da realidade social na reconstrução científica do direito, através dos valores que o Direito Penal tutela (Fragoso, 1976, p. 16).

Percebe-se que a questão da relação entre a ciência penal e a realidade é resolvida por meio de ideias tais como as de *ramo mais humano da ciência do direito*, de *conteúdo humano e social*, de *contato com a vida*, de *manifestações, exigências e vibrações sociais* que estariam presentes na *realidade da vida*. Ademais, o tecnicismo é temperado a partir das críticas ao *raquítico positivismo jurídico*, *mofo e débil* e ao *dogmatismo seco e sem vida, neutro e incolor*. Estas expressões, que vão se repetindo de manual a manual, funcionam como *frases de efeito*, que resolvem o assunto por decreto e liberam a caneta

dos penalistas para que trate de qualquer tipo de problema de caráter empírico, de maneira relativamente alheia ao rigor que se deve exigir de quem pretenda enfrentar cientificamente a aridez da *realidade*. O que significa “ramo mais humano do direito” ou “vibrações sociais”? A utilização de expressões *standard* e frases de efeito como essas contribui para ocultar os aspectos fundamentais da ordem social, que só se dão a vista por meio de análises rigorosas, aptas a questionar narrativas semi-eruditas deste tipo, dotadas de eficácia simbólica graças à legitimidade conferida ao emissor.

O que o penalista vê ao observar a realidade? Para que observá-la? A realidade é levada em conta basicamente para *melhor conhecer o criminoso* e para aparelhar a pena de acordo com as características de seu destinatário. Noronha argumenta que “erraria quem pensasse que a consideração do homem criminoso como objeto do Direito Penal é profissão de fé positivista”, pois o “crime é sobretudo um fato humano, e, no estudo deste, não se pode olvidar o homem, para se permanecer em contemplação abstrata e formal da espécie delituosa” (1979, p. 15). Da mesma forma, Anibal Bruno considera que a personalidade do criminoso é um dos pontos de apoios necessários da ciência do direito penal, para que não perca contato com a *realidade* (1967, p. 26).

Nesse contexto surge a segunda face do problema, que é a da relação da ciência do direito penal com a criminologia. Em sua tese de doutorado, ao estudar os debates doutrinários ocorridos na década de 30, momento importante na fundação e na acomodação das ciências criminais no Brasil, Camila Cardoso de Mello Prando demonstrou que “a retórica criminológica predominou no debate doutrinário e, submetida à tradução conservadora dos juristas, subordinou a legitimidade pela legalidade à defesa social” (2012, p. 253). Mostrou também que “não havia entre os juristas uma oposição significativa à apropriação da periculosidade” e que o critério da periculosidade não era identificado “como resultado da proposta de uma Escola, era sim reconhecido como avanço das modernas teorias penais e criminológicas” (2012, p. 252). Dessa maneira, subordinado o eixo da

legitimação pela legalidade pelo eixo da defesa social, principalmente pela incorporação da principal categoria da criminologia positivista - a periculosidade - ao que estamos chamando de *tecnicismo jurídico-penal temperado*, engendrou-se “uma especificidade na formação dos juristas técnicos”, que necessitavam “conhecer a lei como sintoma de um reforço da autoridade estatal”, mas também “conhecer o delinqüente, como parte da aptidão de seu exercício de defesa social” (2012, p. 155). É, então, *pelas mãos da criminologia* que o criminoso ingressa nos manuais de direito penal.

O mencionado artigo de Néelson Hungria, de 1963, é representativo do espaço ocupado pela criminologia no contexto das ciências criminais em meados do século XX, e, conseqüentemente, nos manuais em análise. Na visão do autor, tendo o direito penal abandonado o “literalismo frio das tabuas da lei” (1963, p. 06) e a criminologia abandonado seus “dogmas intratáveis” (1963, p. 07), tais como a negação do livre arbítrio e da pena retributiva, restou aberto o caminho para o profícuo diálogo entre o direito penal e a criminologia: “abolido, enfim, da parte dos juristas e criminólogos, o fanatismo que impedia quaisquer entendimentos, arrefeceu a recíproca intolerância ou idiossincrasia entre o direito penal e a criminologia” (1963, p. 13). Conforme Hungria, diante do fim dos extremismos, a ciência penal acabou por aceitar as teses menos incertas da criminologia, ao mesmo tempo em que a criminologia “acedeu em admitir, até certo limite, o fundamento básico do direito penal, que é a responsabilidade moral.” (1963, p. 14). Assim, criminólogos e juristas puderam aliar-se no estudo do crime, “não só como fato ético – juridicamente assinalado, mas também nos seus pressupostos naturalísticos” (1963, p. 14). Nessa perspectiva, o principal ponto de contato entre direito penal e criminologia é o da aplicação e execução da pena. Aí, o direito penal aceita o estudo criminológico da personalidade do delinqüente, em nome da individualização da pena. Desta maneira, onde antes havia “exaltada sizânia”, estabeleceu-se a harmonia - ambos os saberes estão integrados na *luta contra a criminalidade*:

Os pontos de mútuo entendimento e ajustamento, porém, entre o direito penal e a criminologia, assinalando harmonia onde outrora só havia radical e exaltada sizânia, estão a assegurar novos e amplos caminhos para um e outro, no sentido de maior eficácia e êxito no combate ao crime e ao criminoso, quer do ponto de vista repressivo, quer do ponto de vista preventivo. Nem só jurismo nem só bio-sociologia, mas uma síntese em que se aglutinem os diversos critérios na tentativa de decifração e conseqüente eliminação dessa ameaçadora esfinge de Tebas que é a criminalidade (1963, p. 17).

Os manuais em análise reproduzem esta concepção, da integração entre o direito penal e a criminologia (e a política criminal) para o melhor combate à criminalidade. A criminologia que aparece nestas obras é a de raiz positivista, etiológica, que procura descobrir as “causas do crime” e indicar o seu remédio. Segundo Noronha, a criminologia é “ciência causal-explicativa”, que estuda “as leis e os fatores da criminalidade e abrange as áreas da Antropologia e da Sociologia Criminal” (1979, p. 23): “com o objetivo de estudar o delito e o delinquente, encara os fatores genéticos e etiológicos da criminalidade, ao mesmo tempo em que considera o crime em função da personalidade do criminoso” (1979, p. 23). Fragoso diz “seguir a tendência que vai prevalecendo, de denominar Criminologia ao conjunto de disciplinas que estudam as causas ou fatores do crime, no indivíduo e na sociedade (*Anibal Bruno*)” (1976, p. 19). Conforme o autor, “integram a Criminologia a Antropologia Criminal e a Sociologia Criminal” (1976, p. 19), a Antropologia Criminal destinada ao estudo do homem delinqüente e a Sociologia Criminal destinada ao estudo da criminalidade como fato social¹¹⁸. A Antropologia Criminal, “hoje

¹¹⁸ Fragoso critica ligeiramente a “precariedade de uma explicação causal da conduta humana”, que “tem sido ressaltada por muitos e importantes criminologistas modernos, que têm afirmado ser o corpóreo uma condição, porém, não, causa do anímico-espiritual (Viktor Frankl), subsistindo a imagem

também chamada de Biologia Criminal” é tida como herança de César Lombroso, ao passo que a Sociologia Criminal é considerada herança de Ferri (Magalhães Noronha, 1979, p. 23-24).

Por isso, “não se pode negar o valor da Criminologia”, diz o penalista, pois “não só é uma realidade a existência de leis que regem a criminalidade, bem como real é também a influência de fatores individuais na gênese do delito” (Magalhães Noronha, 1979, p. 23). Desta forma, a criminologia etiológica constante nos manuais funciona como mediadora entre o direito penal e a *realidade*. O domínio retórico do saber criminológico transforma o penalista naquele jurista técnico apto a falar com legitimidade tanto da lei penal quanto do delinqüente e dos métodos de combate ao crime. Daí que, por exemplo, o juiz penal é competente para, ao aplicar a pena, tratar não apenas dos aspectos formais dos delitos, “mas considerar a pessoa de quem o praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, estudo da sua personalidade, sem olvidar, sobretudo a possibilidade de tornar a delinqüir, ou a periculosidade” (Magalhães Noronha, 1979, p. 263). Isso porque, a justiça que não leva em conta as especificidades do criminoso “é a justiça que vê os fatos humanos mas ignora as almas” (Hungria, 1979, p. 458). Néelson Hungria, ao tratar do arbítrio judicial na aplicação da pena, cuida bem dos interesses monopolistas dos juristas. O juiz, na concepção de Hungria, dominante até hoje na lei penal, na doutrina e na jurisprudência, “não poderá limitar-se a silogismos de pura técnica forense, pois terá, também, de perscrutar a realidade dos fatos humanos, descendo da *turris eburnea* das abstrações do direito para rastrear caracteres e almas no chão da vida” (1979, p. 466). Assim, deverá promover “não apenas a identificação técnico-jurídica do crime, mas também a identificação psicológica do criminoso” (p. 466). E, mesmo não tendo o conhecimento erudito sobre as ciências do homem, o juiz penal pode confiar em seu bom senso:

Advirta-se para logo, porém, que não se trata de fazer psicologia livresca ou erudita, mas

da liberdade humana ao cabo de todos os estudos sobre a causa do crime no homem e na sociedade” (Friedrich Stumpf).

psicologia que todos nós sabemos fazer, psicologia intuitiva ou ensinada pelo traquejo da vida, psicologia acessível a todo o homem sensato e de perspicácia comum, embora ignorante do biopsicogramas de Kretschmer ou dos processos catárticos de Freud (Hungria, 1979, p. 466).

Flagramos aqui um exemplo típico da autoridade e da autorização de que o penalista goza para se servir de saberes mais ou menos científicos, graças ao seu bom senso, que certamente é construído socialmente, garantido e reconhecido por uma postura específica que, como já citamos, Bourdieu chamou de *gosto pela ordem*, ou seja, “uma maneira de se levar a sério e levar a sério o mundo tal como ele é, de se identificar, sem distância, com a ordem das coisas, ser aquilo que é ao mesmo tempo um dever-ser (Bourdieu, 2011b, p. 80). Michel Miaille tratou da *falsa transparência do direito* e abordou este tipo de procedimento retórico dos juristas, de transformar em dado científico o que se ofereceria à evidência da observação, lembrando que “o bom senso é o oposto da ciência” e que “qualquer ciência não se pode constituir senão recusando a observação comum, a explicação que viria ‘naturalmente’” (2005, p. 42). O procedimento de Néelson Hungria, que recorre a expressões como “todo homem sensato” e homem de “perspicácia comum” é também representativo de um processo lingüístico comum ao campo jurídico, que concorre para produzir um efeito de universalização, que é a “referência a valores transsubjectivos que pressupõe a existência de um consenso ético” (Bourdieu, 2011, p. 215).

A “periculosidade” da utilização retórica de dados sociais, tanto por *observação direta* quanto pela mediação da criminologia, é evidente. O professor Anibal Bruno, ao tratar da superação da “prevenção de alguns juristas para com os trabalhos da Criminologia”, que na sua visão estava se “tornando coisa do passado” (1967, p. 43), referencia o elogio de E. Mezger ao seu colega F. Exner, nos seguintes termos:

Diz Mezger, referindo-se ao livro de Fr. Exner, sobre *Biologia criminal*, “o fato de que o livro melhor e de mais rico conteúdo que agora possuímos sobre *Biologia Criminal* se deva à pena de um jurista, mostra que as antigas discussões entre médicos e juristas estão superadas e já não podem justificar-se” (MEZGER, em *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, janeiro, 1940, p. 30, traduzido como apêndice em MEZGER, *Criminologia*, trad., Madrid, 1942, p. 292).

As concepções políticas e científicas de E. Mezger e de Fr. Exner, constantes nas obras citadas pelo professor Anibal Bruno, bem como sua influência nas ciências criminais da América Latina, foram objeto de estudo de Muñoz Conde e de Rosa del Olmo. Sobre a utilização das obras de F. Exner e E. Mezger pelos professores latino-americanos, Rosa del Olmo diz o seguinte:

Mas o que mais chama a atenção é que, dos onze países que responderam ao questionário, cinco utilizavam, em 1976, o *Manual de Biologia Criminal* de Franz Exner, e quatro a *Criminologia* de E. Mezger, os quais, como se recordará, foram escritos respectivamente em 1939 e 1933, embora tenham sido traduzidos anos depois.

Talvez se possa argumentar que esses são os únicos textos de autores estrangeiros disponíveis em castelhano. Se for correta esta afirmação, (...) poderíamos perguntar também por que foram esses os textos selecionados para a tradução em um momento determinado, quando existiam outros textos de criminologia. Nesse sentido, não estranha, por exemplo, que tenha sido precisamente a Espanha franquista que decidiu traduzir os textos de criminólogos como Exner e Mezger, que não apenas são

partidários do biologismo para explicar a delinqüência mas que, além disso, apóiam diretamente a ideologia nazista em suas obras.

O que preocupa é que nossos especialistas acolham acriticamente esses textos e os tomem como guias de ensino (2004, p. 276).¹¹⁹

Temos poucas dúvidas de que os penalistas brasileiros que tinham Mezger em alta conta não conheceram o colaboracionismo nazista do autor alemão, fato que foi desvendado em grande parte pelo recente estudo de Muñoz Conde. Ademais, nos seus excertos criminológicos não aparecem as concepções racistas da criminologia biológica defendida por Mezger e Exner nos livros citados. De qualquer forma, é impossível não perceber que a criminologia que é capaz de fundamentar a “lei de estranhos à comunidade” e os atos praticados em seu nome rondava e se hospedava nos manuais de direito penal que estamos tomando como fonte. Aliás, a passagem simboliza uma forma de produção de conhecimento, que utiliza citações a granel e esparsas fundadas na autoridade do citado, sem a devida contextualização do autor e da obra. No caso, ficamos sem saber a posição do professor Anibal Bruno sobre a totalidade dos livros referenciados de Mezger ou de Exner, que cremos seria de franco repúdio.

A porta de entrada das visões sobre a *realidade*, sobre as características do criminoso, é a categoria da periculosidade, na qual os penalistas podem enquadrar o resultado de suas *observações e estudos*

¹¹⁹ Para Muñoz Conde, o estudo da história das ideias e dos ideólogos do direito penal é “especialmente necessário quando (...) se trata de gente tão importante em seus respectivos âmbitos, como foram os Professores da Universidade de Munique, o penalista Edmund MEZGER e o criminólogo Franz EXNER, mas também e sobretudo porque, por razões difíceis de entender, durante mais de cinqüenta anos, com algumas exceções que não se deram precisamente na Espanha, se silenciou dita participação, e se pretendeu, especialmente no caso de MEZGER, inclusive dar uma imagem liberal e puramente técnico-jurídica para suas contribuições ao Direito Penal” (2005, p. 130).

criminológicos sobre o destinatário da pena, dotando-as do selo da cientificidade e, ao mesmo tempo, incluindo-as no universo do direito penal, isto é, dotando-as de efeitos concretos em nome da defesa da sociedade (maior pena, pena indeterminada etc.). Segundo Anibal Bruno, “é somente sobre bases criminológicas que o Direito Penal se pode tornar instrumento hábil de uma luta eficaz contra o crime, o que, em última análise, é o seu fim e a sua verdadeira razão de ser” (1967, p. 44).¹²⁰ Na perspectiva defendida pelo autor “essa colaboração criminológica é indispensável à compreensão, livre de preconceitos, de noções, como a da perigosidade criminal, introduzidas no Direito moderno e cujo fundo naturalista não se pode seriamente contestar” (1967, p. 44).

Um agente que conhece tanto a lei penal quanto à realidade, mormente as características essenciais, individuais e sociais, do destinatário da pena, o criminoso. Legitimado, conseqüentemente, pela sua ciência e pela sua condição moral, pelo seu bom senso, para *rastrear caracteres e almas no chão da vida*, independentemente da realização de qualquer pesquisa empírica que, com as dificuldades que conhecemos, podem nos proporcionar certo conhecimento sobre a realidade, sobre as *almas no chão da vida*, no chão lustrado dos salões dos palácios da justiça e das faculdades de direito ou no chão de terra das periferias do campo e da cidade. Trata-se de um considerável poder simbólico de construção social da realidade, poder político - que não se apresenta como tal - de imposição da visão correta, justa, sobre o mundo social. Nos manuais de direito penal encontramos o esforço de construção de determinada versão da realidade – a *reencenação da aventura da existência* – que participa da luta simbólica na qual as classes e as frações de classe estão envolvidas para “imporem a definição do mundo social mais conforme aos seus interesses” (Bourdieu, 2011, p. 11). Por isso investigaremos mais de perto as tomadas de posição dos penalistas nos manuais de direito penal do

¹²⁰ Conforme Frago, a pesquisa criminológica “poderá oferecer sempre elementos extremamente valiosos sobre o aparecimento do crime, sugerindo, assim, soluções mais eficientes no combate à criminalidade” (1976, p. 20).

período em análise, com foco nos aspectos políticos, sociais e morais de seus discursos.

4.3 A dimensão política nos manuais de direito penal

Estudamos as visões dos penalistas sobre o golpe civil-militar de 1964 e o Estado autocrático-burguês em tópico específico. Neste tópico, nosso objetivo é demonstrar as concepções sobre o Estado constantes nos manuais de direito penal em análise *apesar* da instauração de um regime que violava, sempre que necessário, os preceitos do Estado de direito, e que, ademais, tentava ocultar tal fato, buscando construir uma aparência de normalidade. Como vimos, o Estado é, em grande parte, produto dos teóricos, o que quer dizer que os escritos sobre o Estado dos juristas não tratam de um objeto externo à sua reflexão, mas são constitutivas deste objeto.

Trata-se de identificar o *universalismo a-histórico* constante na bibliografia jurídico-penal. Os penalistas não deixam de referir que “pela aplicação da pena, externa-se a autoridade do Estado na plenitude de sua força e potencialidade” (Frederico Marques, 1964, p. 07) ou que “o que se manifesta no exercício da Justiça penal é esse poder soberano do Estado” (Anibal Bruno, 1967, p. 20), de modo que, se os autores dos manuais não desenvolvem o problema do Estado, certamente incluem em seus textos uma teoria implícita sobre o tema (Miaille, 2005, p. 123). Conforme Nilo Batista, “há marcante congruência entre os fins do estado e os fins do direito penal”, mas nos livros jurídico-penais os fins do Estado são apresentados “através de fórmulas vagas e ilusórias”, o que dificulta o “exame de suas reais e concretas funções históricas, econômicas e sociais” (2007, p. 23). Batista, preocupado com a função pedagógica dos manuais, pontua que as fórmulas que os penalistas costumam utilizar para tratar do Estado “não devem ser aceitas com resignação pelo iniciante” (2007, p. 21).

A questão importa na medida em que o monopólio da violência física por parte do Estado é legitimado discursivamente por

estas *fórmulas ilusórias*, constitutivas da *comunidade ilusória* que é o Estado. Quais são estas fórmulas vagas e ilusórias? Qual a concepção implícita de Estado constante nos manuais em estudo? Quais categorias são manejadas no momento no qual o penalista necessita explicar questões decisivas, como o fundamento do direito penal e da pena ou a fonte da lei penal? Aqui o penalista funciona como *motor do universal*, falando em nome do todo, da coletividade e do bem comum. Nos manuais de direito penal, os conflitos sociais são ocultados; a luta de classes e a dominação social, em geral, não existem; as leis penais são elaboradas por legisladores e juristas *desinteressados*, tendo em vista o bem comum; a influência dos próprios penalistas, no interior do campo jurídico-penal, na elaboração e legitimação das leis penais é abordada em pinceladas largas ou ignorada.

Para Magalhães Noronha, “violada a norma penal, efetiva-se o *jus puniendi* do Estado, pois este, responsável pela harmonia e estabilidade sociais, é o coordenador das atividades dos indivíduos que compõe a sociedade” (Magalhães Noronha, 1979, p. 12). Segundo Frederico Marques, “a tutela penal desce sobre valores que interessam a toda a coletividade” (1964, p. 07); Heleno Fragoso diz o mesmo: “a tutela jurídica que o Direito Penal exerce refere-se sempre a interesses da coletividade” (Fragoso, 1976, p. 04). Os exemplos se sucedem e é raro encontrarmos manuais de direito penal que ponham em questão o significado de expressões como *harmonia e estabilidades sociais, valores que interessam a toda a coletividade* ou *interesses da coletividade*. Entretanto, há muito que questionar acerca de tais passagens

No que consistiria a coletividade? A alusão aos interesses da coletividade traz consigo implicitamente a ideia de que há um consenso social sobre quais são tais interesses, varrendo para debaixo do tapete os conflitos sociais e, sobretudo, o conflito fundamental do capitalismo, a luta de classes. Toda a coletividade tem interesse em defender penalmente a propriedade? Ou os proprietários têm maior interesse? A quem interessa a criminalização das drogas? Os consumidores de drogas, por exemplo, tem interesse nesta tutela penal? E a

criminalização do aborto? As mulheres que necessitam recorrer ao aborto clandestino, ilegal, possuem interesse na criminalização do aborto? Enfim, algumas questões que chamam a atenção para o fato de que a ideia de *interesses da coletividade* é uma ficção criada pelos juristas, que ao instituírem-na tornam-se os também os porta-vozes, os representantes, aqueles que podem falar em nome da coletividade. Ao cumprirem esta tarefa, contribuem para que a *coletividade*, a *comunidade ilusória*, passe de fato a existir. Como na metáfora de G. Burdeau, recuperada por Miaille, cria-se a ideia de que todos estão no mesmo barco e querem viajar para o mesmo lugar: apenas alguns estão na primeira classe e outros no convés (Miaille, 2005, p. 133).

No que consiste a *harmonia e a estabilidade sociais* garantidas pelo Estado, nos termos da teoria implícita defendida por Magalhães Noronha, mesmo após longos anos de Estado autocrático e ainda sob o regime militar? Também nos manuais de introdução ao direito tomados por Miaille aparecem as mesmas justificativas sobre a função do Estado e do direito, por meio de alusões parecidas, de que são responsáveis por garantir a ordem, a paz, a segurança. Mas o autor francês nos ajuda a colocá-las em tela de juízo: “mas que ordem, que segurança, que paz? Ou melhor, a ordem, a segurança e a paz de quem? (p. 132). Nilo Batista, tomando V. Liszt como fonte, que afirma ser a função do Estado evitar a guerra de todos contra todos, formula perguntas parecidas:

(...) existirá de fato uma guerra de todos contra todos, ou, pelo contrário, uma guerra de *alguns* contra *outros*? Que guerra é essa? Por que alguns desejam guerrear contra outros? Se o direito não cai do céu, mas é elaborado por homens, qual a posição dos homens que o editam nessa guerra? (...) Evitada a guerra, quem ganha e quem perde com essa “paz” que o direito penal assegurou?” (2007, p. 20)

São perguntas simples, porém potentes, pois iluminam o problema da ordem social, de modo que colocam em xeque as premissas da ciência da ordem, ou seja, do direito. Consoante Michel Miaille, “todo vocabulário jurídico se encontra impregnado desta ideologia: o serviço público, o interesse geral, os interesses superiores do Estado, etc.”, que é “tanto mais eficaz quanto é certo que ela apenas confirma o senso comum e a observação corrente” (Miaille, 2005, p. 126). Este tipo de procedimento, que transforma em ciência o senso comum, contribuiu para “que o Estado seja compreendido como um conjunto de instituições e de organismos neutros”, afirmação sobre a qual toda “ideologia do Estado moderno repousa, (...) sem a qual o Estado burguês não poderia justificar-se” (Miaille, 2005, p. 131).

Quais são os interesses da coletividade? Quem decide quais são tais interesses? De onde emana a legislação penal? Estas questões nunca são enfrentadas frontalmente, o que exigiria que fossem discutidos os problemas clássicos da democracia, tais como o da legitimidade democrática das comissões de penalistas responsáveis pela elaboração dos códigos penais, a quem o Estado delega o poder simbólico de delimitar o âmbito do permitido e do proibido. O local privilegiado nos manuais para as considerações sobre esses temas é o das *fontes da lei penal*. Ao abordarem este assunto, os penalistas necessitam dizer algo sobre a relação entre o Estado e a sociedade. Entretanto, em geral, recorrem novamente a *fórmulas vagas e ilusórias*, constitutivas do que Alessandro Baratta chamou de *ideologia da defesa social* (2002, p. 41).

Todos os manuais em estudo – incluindo os *Comentários de Hungria* – contam a história da legislação penal brasileira, mencionando os penalistas notáveis - por vezes a si mesmos - que redigiram os anteprojetos que acabaram se tornando Códigos penais. Hungria escreveu longas explicações sobre a elaboração dos Códigos penais brasileiros, mencionando nominalmente os notáveis que contribuíram nesse processo (1977, pp. 39-78), advogando inclusive em causa própria no que toca à querela quanto à autoria do Código penal de 1940 (1977, pp. 209-217). José Frederico Marques, da mesma forma, trata

detidamente dos debates entre os notáveis do direito penal em torno da obra codificadora (1964, pp. 83-96), relatando que ele mesmo foi nomeado pelo presidente Jânio Quadros para compor comissão de reforma do código penal, juntamente com o “Ministro Nélson Hungria e Prof. Basileu Garcia” (1964, p. 96). Heleno Fragoso também conta a história do direito penal brasileiro e dos juristas notáveis que elaboraram a nossa legislação penal (1976, pp 61-74). Tendo participado da Comissão revisora do Código penal de 1969, nos deixou *Subsídios para a história* deste código (1976, pp. 299-307). Entretanto, quando tratam das fontes do direito penal, os penalistas não prezam pela reflexividade e não incluem a contribuição que prestam pessoalmente à *ciência do justo e do injusto* e às suas repercussões normativas na análise.

Fragoso procura retirar da esfera da discussão do direito penal a questão, sustentando que a “indagação sobre as fontes primárias do direito, no sentido de fontes originárias do fenômeno jurídico (consciência do povo, vontade social preponderante, moral, costume, natureza humana, normas de cultura, etc.) é meta-jurídica, e deve ser transferida para o campo da Filosofia do Direito” (1976, p. 86). Contudo, como que instado a dizer algo sobre esta importante questão, posiciona-se por meio das *fórmulas vagas*, escrevendo que “é evidente que os interesses que o direito tutela correspondem sempre às exigências da cultura de determinada época e de determinado povo” (1976, p. 04). Quais seriam as exigências da cultura de determinada época e de determinado povo? A afirmação pressupõe tanto que é possível descobri-las quanto que o penalista é o agente social legitimado a interpretá-las. Fragoso nos conta que, por ocasião dos trabalhos da comissão revisora do Código penal de 1969, tanto ele quanto o professor Anibal Bruno posicionaram-se pela descriminalização do adultério, no que “insurgiu-se tenazmente Hungria contra a opinião de seus colegas” (1976, p. 303), de modo que o adultério continuou criminalizado. A manutenção desta criminalização correspondia às exigências da cultura da época ou às concepções morais e sociais de Nélson Hungria, que

certamente possuem uma base social (ideias de um homem, jurista, ministro do Supremo Tribunal Federal, da classe dominante, etc.)¹²¹?

Magalhães Noronha diz o seguinte sobre as fontes do direito penal, ou seja, sobre as relações entre o Estado e a sociedade: “Todavia, o Estado não legisla arbitrariamente. As leis não nascem da fantasia ou capricho seu. Em regra, é a vida social, em seus imperativos e reclamos, é a civilização, é o progresso, são outros fatores que o solicitam a ditar o Direito” (1979, p. 54). Encontramos aqui novamente os *imperativos e reclamos da vida social*, mas não ficamos sabendo quais são e nem como se originam. Na visão de Noronha, há uma marcha civilizatória em direção ao progresso, que orienta o Estado em suas decisões político-jurídicas. Trata-se da típica narrativa idealista acerca do sistema penal, criticada por Rusche e Kirchheimer e Michel Foucault, conforme abordamos, na qual a história da pena e do direito penal é contada como uma sucessão de medidas em nome da civilização e do progresso moral da humanidade. Não há lugar nos escritos de Magalhães Noronha para qualquer questionamento sobre o consenso social pressuposto em sua análise. A ligação entre a história da legislação penal e os juristas notáveis que a elaboraram e as fontes do direito penal é ignorada: pressupõe-se que os penalistas codificadores não estão situados socialmente; são desinteressados e agem sempre visando o bem comum, o progresso e o avanço da civilização.

Frederico Marques menciona brevemente o fato de que “as ideologias políticas, as mutações sociais e os fenômenos econômicos exercem outrossim decisivo influxo na fixação dos princípios que se consubstanciam nas normas penais” (1964, p. 134), mas o ponto não é desenvolvido. Aníbal Bruno vai mais fundo e dá nome aos bois:

¹²¹ Sobre este fato, Ester Kosovski conta o seguinte: “O Professor Benjamin Moraes, um dos intensos participantes da elaboração do revogado Código, principalmente na parte especial e exposição de motivos, certa vez relatou que quando todos os membros da comissão se pronunciavam no sentido de que não havia condenações (e raríssimos processos de adultério), Nelson Hungria retirou do bolso uma sentença condenatória do juiz Dr. Fernando Whitaker, e com isso manteve a incriminação” (1983, p. 23).

Fim do direito penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais (...). [bens jurídicos] São interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra; ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções da vida em determinado momento (1967, p. 16).

No manual do professor recifense as bases sociais das decisões político-criminais são nominadas. A passagem trata de uma possível relação entre a consagração dos interesses fundamentais da sociedade, que se tornam bens jurídicos, e os interesses das *camadas sociais dominantes*, bem como menciona que os interesses podem variar de acordo com a estrutura da sociedade. Portanto, Anibal Bruno não deixa de perceber que a questão da gênese social das ideias penais, criminológicas e político-criminais deve ser levada a sério e deve ser pensada levando em conta a estrutura da sociedade. Na sequência, contudo, ressurgem as fórmulas vagas, quando o autor define o bem jurídico como as “condições e exigências que a consciência coletiva de determinada sociedade, em certo momento de sua evolução, julga necessárias ao seu equilíbrio, à sua persistência e à plena e legítima realização do homem” (1967, p. 17). Noronha, da mesma forma, fala na “consciência jurídica de um povo”, que “nasce espontaneamente, forma-se pouco a pouco e impõe-se por sua necessidade e assentimento geral” (1979, p. 62). Conforme demonstramos na primeira parte deste trabalho, o problema da relação entre as ideias e suas bases sociais é de difícil análise e mobilizou inúmeros esforços de cientista sociais, como Max Weber, que estudou o tema da “emergência de um modo de ver portado por um grupo de pessoas” (2004, p. 48), que *não desabrocha feito flor*, *não nasce espontaneamente* e só obtém *assentimento geral* graças ao

processo social de produção do consenso, do qual os penalistas participam.

A repetição *ad nauseam* destas *fórmulas ilusórias*, a *consciência coletiva da sociedade* ou a *consciência jurídica de um povo*, institui esse referente imaginário em nome do qual o penalista fala. Assim, dissertando abstratamente sobre os interesses da coletividade, o jurista penal situa-se na posição de intérprete autorizado dos anseios da sociedade. A sua própria contribuição na construção social desta consciência coletiva, dos interesses da coletividade, do que é certo ou errado, permitido e proibido, isto é, da visão de mundo consagrada, legítima, sobre o mundo social, é ocultada. Esta situação é possibilitada pela sua específica posição social e pela afinidade entre o seu *interesse no desinteresse*, sua *disposição desinteressada* (Bourdieu, 1997, p. 157) e a lógica do campo jurídico, no interior do qual este desinteresse é recompensado. Isso lhe garante autorização e autoridade para *dar as razões* desde o lugar ocupado por aquele que, como o profeta, fala em nome de todos e do bem.

4.4 A dimensão social nos manuais de Direito Penal

Como afirmamos, os textos dos manuais de direito penal excedem a dimensão técnica, jurídico-penal, ingressando constantemente em considerações de índole política, social e moral, que são constituídas de acordo com o *marco geral da concepção de mundo* desde o qual o penalista observa e disserta sobre os fenômenos. O manual constitui-se, desta forma, num repositório das visões dominantes de determinada formação social, daquilo que Geertz chamou de *sensibilidade jurídica*, que consagra *sentidos de justiça* e *maneiras específicas de imaginar a realidade*. Estas considerações de caráter político, social e moral - “a justiça moldada pela realidade humana, plasmada na carne viva dos que delinqüem”, nos dizeres de Hungria (1977, p. 485) - estão legitimadas pelo *efeito de ciência* que o saber jurídico-penal consegue promover, de maneira que às visões pessoais

dos autores - valores ou “constatações” desprovidas de pesquisa e de método – resta colado o selo da cientificidade. Assim, as considerações ideológicas dos penalistas são dotadas de uma força simbólica derivada da “crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras” (Bourdieu, 2011, p. 15), de modo que contribuem sobremaneira no processo de construção social da realidade e de consagração das ideias dominantes. Daí a importância de ler os manuais com foco nos subtextos, naquilo que *sobra*, naquilo que fica na *sombra* da técnica. As palavras, os conceitos, os exemplos e as metáforas utilizadas pelos penalistas não são neutras e representam um posicionamento acerca da problemática social. Se as ciências sociais podem contribuir para transformar o mundo, é na medida em que consigam compreendê-lo com rigor. A pseudociência sustentada pelo penalista contribuiu para a formulação dos mitos em torno dos quais a experiência histórica coletiva é elaborada e vivenciada (Souza, 2011, p. 30), de modo a “legitimar o mundo tal como ele existe” (Souza, 2011, p. 49), ocultando a dominação e a injustiça.

O vil traidor da pátria

Nilo Batista comparou os compêndios de direito penal do século XIX com a *literatura de bons conselhos agrícolas* do século XIX, lida e escrita por proprietários rurais; poderíamos, então, seguindo o método, comparar os manuais em análise com os livros didáticos de Educação Moral e Cívica, pelos quais os jovens do período da ditadura civil-militar deveriam ser ensinados? O Curso Básico Integrado de Educação Moral e Cívica, um dos livros didáticos que circulavam nos anos setenta¹²², estampa uma foto do Presidente Médici de *smoking* e gravata borboleta, olhando em direção ao horizonte, com os dizeres: *Ele*

¹²² Trata-se do livro didático fornecido pela Diretora da Escola Estadual Nossa Senhora das Graças, em Caçapava do Sul, à Professora Veneza Veloso Mayora (cf. nota de rodapé n. 84). Disponível na biblioteca pessoal da informante. O livro não possui indicações bibliográficas adequadas, mas ao que parece foi escrito pelo assim chamado “Professor Dr. Marino Maradei Júnior” e “elaborado, coordenado e dirigido pelo Centro de Escritores, Tradutores e Revisores Políglotas (CETERP)” (1972).

confia no homem brasileiro. O livro dedica um capítulo à *pátria brasileira*, no qual especifica os vultos e os símbolos nacionais. E noutro trecho sobre “a teoria dos valores” consta a citação das máximas de um “pregador religioso” sobre as virtudes de um homem cívico, dentre as quais “a idéia de recato e moralismo” e “a idéia de patriotismo, como base do respeito pela própria terra” (1972, p. 47). Segundo o Presidente Médici, “o amor à pátria é o silencioso ofício de todo homem de bem” (*apud* Fico, 1996, p. 25). A autocracia-burguesa, como demonstrou Carlos Fico, promovia o patriotismo em nome da construção de uma *cidadania decorativa*, que fazia parte da produção do *cenário de democracia* (1996, p. 93).

Nesse aspecto, o pensamento de Nélson Hungria não difere substancialmente daquele encarnado na frase recém citada do ditador Emílio Garratazu Médici. Ao tratar dos motivos de relevante valor social ou moral que tornam um homicídio menos condenável, mais aceitável, Hungria desvaloriza a vida de um suposto *vil traidor da pátria*. Para o príncipe dos penalistas, “aquele que, num *raptus* de indignação cívica, mata um vil traidor da pátria, age, sem dúvida alguma, por um motivo de relevante valor social”. (1979, p. 125). Quem seria o vil traidor da pátria? Segundo o autor, “o motivo *político*, quando nobre ou altruístico, e não inspirado em credos subversivos do atual regime social, pode ser incluído entre os motivos de relevante valor social” (1979, p. 125). E quais são os *credos subversivos do atual regime social*? Qual o *atual regime social* da ocasião em que o trecho foi escrito? Hungria não esclarece, mas as edições do quinto volume dos Comentários, em análise, publicadas durante a vida de Nélson Hungria, são de 1948, 1953, 1955 e 1958. Seriam os golpistas de 1964 traidores da pátria, inspirados em credos subversivos do regime social? Não temos elementos para responder, mas o fato é que o exemplo, além de defender o patriotismo, ainda opõe motivos políticos nobres e altruísticos a credos subversivos. Como que denunciando seu liberalismo-conservador, seu anti-radicalismo democrático, Hungria acrescenta: “aos homicidas a feitiço de Carlota Corday não é demais que se conceda um perdão parcial”. (1979, p. 125). Carlota Corday é a

assassina de J.P Marat, cujas ideias libertárias parecem não agradar Nélson Hungria.

O “amor à pátria”, o *silencioso ofício de todo homem de bem*, é o exemplo mais comum de homicídio privilegiado constante nos manuais. José Frederico Marques *lecciona* que “atua sob inspiração de tal motivo, aquele que mata sob a pressão de sentimentos nobres em face da moral social”, tais como “o amor à pátria, a defesa das instituições democráticas, o carinho filial” (1961, p. 90). Amor à pátria e defesa das instituições democráticas, dois dos principais argumentos manejados pelos articuladores do golpe de 1964 e pelos juristas do regime. Magalhães Noronha cita Hungria e o amor à pátria: “explica, entretanto, Hungria que por móvel social se tem em vista o que corresponde mais diretamente aos interesses coletivos, como, v.g, o motivo político, quando nobre ou altruístico, o amor da pátria etc.” (1980, p. 27). Em Fragoço reaparece o “traidor da pátria” (1977, p. 55) e em Damásio de Jesus ressurgem o *vil traidor da pátria*, copiado de Nélson Hungria sem qualquer referência: “a motivação, então, é ditada em face de um interesse que diz respeito a todos os cidadãos de uma coletividade. Ex.: o sujeito que mata o vil traidor da pátria” (1979, p. 58).

Herança do positivismo criminológico, a análise do motivo do crime é a porta de entrada para a consagração de valores e de visões de mundo nas *escrituras do direito penal*, no contexto da “luta pela hierarquia dos princípios de hierarquização” (Bourdieu, 2011, p. 12). Conforme os *Comentários* e os demais manuais em análise, “o valor social ou moral do motivo é de ser apreciado, não segundo a opinião ou o ponto de vista do agente, mas com critérios objetivos, segundo a consciência ético-social geral ou senso comum” (Hungria, 1979, p. 124). O motivo social é aquele que corresponde “aos interesses coletivos, ou é suscitado por específicas paixões ou preocupações sociais, nobres em si mesmas e condizentes com a atual organização da sociedade” (Hungria, 1979, p. 125). O motivo moral é “todo aquele merece o apoio da moralidade média (Hungria, 1979, p. 126). Segundo Hungria, pela “qualidade dos motivos impelentes” é possível “rastrear a personalidade do criminoso, e identificar a sua maior ou menor anti-sociabilidade”

(1979, p. 123). Para Fragoso, “os motivos que determinam o agente a delinquir são de especial importância na apreciação da fealdade moral de sua atividade criminosa, e também de seu maior ou menor desajuste e de sua periculosidade” (1977, p. 54).

Falando em nome da consciência ético-social geral e da moralidade média, o penalista estatui quais são os fins sociais e morais nobres, que tornam o ato de tirar a vida de outrem menos condenável, consagrando-os; conseqüentemente estabelece quem são os traidores destes valores fundamentais, cuja vida vale menos que a dos demais. O *vil traidor da pátria* é um deles. O *personagem do exemplo de manual* que o mata, em certo sentido, até faz justiça, pois age movido por *fins e sentimentos nobres*. E aquele que mata o *bandido*?

O bandido

O homicídio de “bandidos”, pela polícia ou por outro cidadão, é amplamente legitimado na sociedade brasileira. A cada nova chacina, o objetivo da mídia e dos seus leitores é apenas um: saber quem morreu. Caso os mortos enquadrem-se na categoria de “bandido”, de “vagabundo” ou de “traficante”, o homicídio será amplamente aplaudido, saudado pelos “comentaristas de portal” com a célebre frase: *bandido bom é bandido morto*. Caso os assassinados sejam identificados como “trabalhadores”, “honestos” ou “cidadãos de bem”, logo aparecerão os pruridos humanistas, tratando o caso como mais um “erro” da polícia, no “longo caminho da construção de uma polícia democrática”, ou como um homicídio inaceitável praticado por outro cidadão. O que importa, portanto, para a análise do homicídio, é a condição da vítima: ao ser considerado bandido, o sujeito fica desprovido de reconhecimento social e, conseqüentemente, torna-se um inimigo que pode e deve ser eliminado. Orlando Zaconne D’Elia Filho, que analisou em sua tese de doutorado os fundamentos dos pedidos de arquivamento realizados pelo Ministério Público dos autos de resistência relativos às mortes praticadas pela polícia no Rio de Janeiro, provou que o que importava na análise ministerial não eram as características da ação policial, mas saber quem foi morto, qual seu

passado e qual sua condição social (2013). O autor, partindo da ideia de que o extermínio de pessoas possui uma *forma jurídica*, por meio da qual algumas pessoas acabam consideradas *indignas de vida*, demonstra empiricamente o funcionamento do aparelho judicial na legitimação dos homicídios praticados pela polícia¹²³.

Segundo Michel Misse,

(...) é preciso compreender que, no Brasil, pelo menos a partir de meados dos anos 1950, sempre houve certa justificação, eu não diria consensual, mas habitual, para a eliminação física de criminosos comuns, mesmo quando sua “periculosidade” não poderia servir para justificá-la. (...) Tudo isso não é algo que se deva deixar de lado quando se tem em mente os sucessivos esquadrões da morte, a difusão dos grupos de extermínio e a confusão moral de praticar crimes para “justificadamente” punir crimes. Esquadrões e grupos de extermínio não poderiam existir durante tanto tempo se não existisse algum tipo de ambientação social em busca de sua legitimação (Misse, 2010, p. 19).

Misse identifica a existência de um quase consenso, ou de um hábito, no sentido de justificar a eliminação física de *bandidos*. Conforme o autor há uma ambientação social em busca da legitimação desse tipo de prática. Jessé Souza demonstrou que isso faz parte de um processo mais amplo de *construção social da subcidadania*, que desqualifica uma classe inteira de pessoas que segundo os consensos sociais dominantes não alcançou a condição “civilizada” típica da classe média:

¹²³ *Indignos de Vida: forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro* (Zaccone, 2013).

Não se trata de intencionalidade aqui. Nenhum brasileiro europeizado de classe média confessaria, em sã consciência, que considera seus compatriotas das classes baixas não-europeizadas “subgente”. Grande parte dessas pessoas votam em partidos de esquerda e participam de campanhas contra a fome e coisas do gênero. A dimensão aqui é objetiva, subliminar, implícita e intransparente. Ela é implícita também no sentido de que não precisa ser linguisticamente mediada ou simbolicamente articulada. (...) O que existe aqui são acordos e consensos sociais mudos e subliminares, mas, por isso tanto mais eficazes que articulam, como que por meio de fios invisíveis, solidariedades e preconceitos profundos e invisíveis (SOUZA, 2003, p. 175).

A análise de Souza nos ajuda a ver que é a mesma lógica invisível que liga a prostituta que vende o próprio corpo, ao catador de lixo que serve de tração animal à sua carroça e ao menino sem nome rotulado como traficante que é assassinado pela polícia sob aplausos do “cidadão de bem”. Por trás de tudo isso, está o processo de construção social da subcidadania, de pessoas que não possuem nenhum valor e por isso são matáveis.

É diante da ampla legitimação social que vemos até hoje proliferar o genocídio da juventude pobre brasileira, seja em toda sorte de conflitos interpessoais e entre grupos de jovens pobres, seja por meio da ação da polícia ou da ação de grupos clandestinos que contam com a participação de policiais e de cidadãos, sobretudo comerciantes e empresários. No período que estamos estudando, eram comuns as ações do chamado “esquadrão da morte”, que possuía íntima relação com a repressão política da ditadura civil-militar.

Os penalistas também participam deste processo de construção social da subcidadania. O *bandido* tem lugar nos manuais e

sua vida não vale muito. Para Nélson Hungria, aquele que mata um bandido deve ser compreendido: “a especial atenuação da pena não poderia ser negada, por exemplo, ao indivíduo que, para assegurar a tranqüilidade da população em cujo seio vive, elimina um bandido perigoso” (1979, p. 125). Hungria ainda declara sua benevolência para com uma mãe, que, num caso que o penalista parece ter tomado ciência, “não podendo conformar-se com o hábito de furtar adquirido pelo filho adolescente, preferiu matá-lo a vê-lo, de futuro, arrastando a vida de um ladrão incorrigível” (1979, p. 126).

Fragoso também exemplifica o homicídio privilegiado pela morte “dada a um bandido” (1977, p. 55). Em Anibal Bruno e Magalhães Noronha o bandido assassinado não aparece e em Frederico Marques e Damásio de Jesus surge outra mistificação, outro *personagem de exemplo de manual* bastante representativo da ideologia do penalista, que tende a se identificar com o *bonus pater-famílias: o estuprador da filha*. Pouco importa se as pesquisas demonstram que são os próprios familiares, incluindo os pais, os sujeitos ativos mais comuns em casos de estupro. Em Frederico Marques surge o “carinho filial” (1961, p. 90) como privilegiadora do homicídio, ao passo que Damásio de Jesus é mais direto: “o motivo de relevante valor moral diz respeito a um interesse particular. Ex. o sujeito mata o estuprador de sua filha” (1979, p. 58).

Temos aqui a legitimação típica dos esquadrões da morte e dos grupos de extermínio, que sempre se arvoram na condição de defensores da *tranqüilidade da população*, o que seria obtido por meio da *eliminação dos bandidos perigosos*. O *estuprador da filha* também é um conhecido *folk devil* (sabe-se que os “estupradores” não são bem aceitos no cárcere). Não se trata de “condenar” os penalistas cujo discurso está sendo analisado – cremos que todos não declarariam publicamente concordar com a eliminação física de pessoas – mas de chamar a atenção para a importância das palavras. Isso porque o discurso jurídico-penal constitui as ficções do *bandido perigoso* ou do *ladrão incorrigível* que podem ser eliminados, produzindo, desta forma, nítido efeito simbólico. O penalista está ligado àquele que puxa o

gatilho “por uma cadeia de legitimidade que subtrai seus actos ao estatuto da violência arbitrária” (Bourdieu, 2011, p. 220).

Castas

Segundo Foucault, a “economia política” do poder de castigar característica da justiça penal moderna está intimamente ligada com o “estatuto jurídico da propriedade” desenvolvido na passagem à modernidade (2005, p. 73). Conforme o autor, o objetivo central da burguesia, que juntamente com os juristas promoveu a *reforma*, era garantir a segurança de seus bens, ameaçados pelos *miseráveis* daquele contexto de desenvolvimento industrial e comercial. Após a análise de Foucault, diversos autores vinculados à criminologia crítica propuseram-se a construir o que à época foi chamada *definição proletária de crime*¹²⁴, cujo objetivo era demonstrar que os crimes mais graves são aqueles praticados pelas elites nos processos de reprodução de seus privilégios; ou seja, que o problema fundamental não é os crimes contra a propriedade, usualmente praticados pelos despossuídos, mas a própria propriedade e sua desigual distribuição – como atestam as desocupações violentas, a especulação imobiliária, o déficit habitacional, o latifúndio, etc.

No caso brasileiro, a distribuição desigual das riquezas e da propriedade é caracterizada pela evidência estética, já que pode ser percebida por qualquer observador atento que, se costuma sair à rua, já presenciou as típicas cenas de nossa injustiça social: o menino que pede moedas na sinaleira para o proprietário de um carro importado ou a segregação espacial entre condomínios de luxo e favelas. No conto Feliz Ano Novo, de Rubem Fonseca, o narrador, um assaltante miserável que invadiu a festa de réveillon da burguesia, se dá conta de que em “cima da mesa tinha comida que dava para alimentar o presídio inteiro”, e que “as bebidas, as comidas, as jóias, o dinheiro, tudo aquilo para eles era migalha” (xx, p. xx). O conto de Rubem Fonseca nos relembra de que a

¹²⁴ Nesse sentido: Schwendinger & Schwendinger (1977); Baratta (2002).

desigualdade social num país de *capitalismo selvagem* corrompe as relações, a ponto de torná-las inviáveis¹²⁵.

Entretanto, nos manuais de direito penal em estudo, como na ideologia da *tradição, família e propriedade* que a ditadura promoveu, não há lugar para qualquer questionamento desse tipo. A propriedade é considerada um valor nobre em si mesmo. Mesmo o sujeito em situação de extrema miséria deve respeitar a propriedade alheia, a não ser que, além de desprovido de meios de subsistência, esteja com fome – uma típica visão humanista. Na introdução de Néelson Hungria aos crimes contra o patrimônio, o autor argumenta que o direito penal não institui o ilícito patrimonial, mas apenas reforça a tutela conferida ao ilícito civil patrimonial, naqueles “fatos que mais intensamente ofendem a regra moral jurídica, revelando sério desajuste do agente com a ordem social” (1955, p. 06). Para Hungria, em tais casos a pena passa a ser “apenas um *quid pluris* em correspondência com o *majus* da rebeldia contra a ordem jurídico-social” (1955, p. 07). Sustenta também, como é praxe, que a tutela penal do patrimônio

não tem em mira apenas a proteção dos direitos individuais, senão também, e principalmente, a defesa do interesse social comprometido pelo alto grau de inconformismo ou menosprezo contra a disciplina jurídico-social, e cuida, então, com o contragolpe e o esgarçamento de sua reforçada sanção, de aplacar o alarma coletivo e de conjurar a eventualidade de novos ou idênticos atentados (1955, p. 07).

Os conflitos sociais que se expressam principalmente nos crimes contra o patrimônio não aparecem nos manuais. Neles não encontramos qualquer menção às classes sociais, à exploração, à

¹²⁵ “De qualquer jeito, a alienação no Brasil nunca é morna; é escaldante e dramática. A realidade queima; as repressões são brutais; a demissão, um escândalo. É preciso a inconsciência absoluta ou a completa falta de caráter para dormir no ‘berço esplêndido’” (Lyra Filho, 1979, p. 07).

injustiça ou algo do tipo. A realidade que ingressa nos manuais é mais simples, dividida entre bons e maus. Os conhecidos *personagens de manual Tício e Mévio* se tornam nos escritos de Hungria “indivíduos de má casta, inimigos do trabalho e propensos ao mal” (1979, p. 483). Ao argumentar que até seria possível compreender as razões do aborto por motivos econômicos, Hungria refere que os filhos de casais muito pobres acabariam “por se alistar na dolorosa legião dos sub-homens, inaptos para a concorrência nos setores da vida social e fatalizados à perpétua miséria” (1979, p. 284). Quanto aos proxenetas e rufiões, Hungria é ainda mais contundente: “são moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão” (1981, p. 259).

Ingressando em considerações sobre a dimensão social, Magalhães Noronha diz que “o furto é, em geral, crime do indivíduo de casta ínfima, do pária, destituído, em regra, de *audácia* e *temibilidade* para o roubo ou para a extorsão; de inteligência para o estelionato; e desprovido de meios para usurpação”. E complementa: “frequentemente é o crime do necessitado” (1980, p. 221). Ao tratar da menoridade, Noronha analisa o problema do menor infrator, gerado em “ventres famélicos, corroídos pela sífilis e pelo álcool” (1979, p. 178), com olhar humanista:

Envereda então pelo crime. Primeiramente é a subtração de uma coisa de somenos: um fruto tirado da árvore do vizinho, uma quinquilharia subtraída da própria casa etc. Depois já é um objeto de algum valor que o atrai e, assim, vai, num crescendo, pela escala do crime, aprendendo e aperfeiçoando-se. *O anjo de cara suja, o capitão da areia*, aproxima-se da maioridade penal. Agora é um ladrão, um viciado e um corrupto, estando a penitenciária à sua espera (1979, p. 178).

Temos, então, castas em nossa sociedade? O uso desta expressão, cujo significado remete a sistemas de estratificação social pré-capitalistas, decorre do mero descuido do autor? Ou exprime uma

visão de mundo? E o que seria uma má-casta? E indivíduos propensos ao mal? E o pária? E o sub-homem? E os vermes? O uso de tais conceitos não é um pormenor, algo insignificante, tendo em vista que “as palavras não são simplesmente descritivas da realidade mas constroem a realidade” e “é por isso que as lutas de palavras, as lutas sobre as palavras, são tão importantes: ter a última palavra é ter o poder sobre a representação legítima da realidade” (Bourdieu, 2014, p. 432). Quando os penalistas ingressam em considerações sobre a realidade carregam a sua legitimação científica, capital simbólico que torna crível suas afirmações. A compreensão equivocada da realidade que apresentam em seus manuais e a mobilização de conceitos como *casta*, *má-casta*, *indivíduo propenso ao mal*, *pária*, *necessitado* ou *classes menos favorecidas*, não é desprovida de consequências, já que produzem efeitos de ciência, de maneira que tais explicações superficiais servem de substrato à dominação simbólica.

Criados e empregadas

Uma das características centrais de nossa formação social é a permanência da diferenciação entre os cidadãos e os subcidadãos, de uma lógica que tem raízes na desigualdade formal da escravidão e que se mantém no contexto da igualdade formal da sociedade competitiva. A elite brasileira durante muito tempo viu com naturalidade a exploração desregulamentada do trabalho doméstico, a existência das *dependências de empregada*, das *entradas* e dos *elevadores de serviço* etc. Nesse sentido, há ainda dois *personagens de exemplo de manual* que merecem nossa atenção: os *criados e as empregadas*, que costumam surgir quando o autor trata do furto por abuso de confiança, o antigo furto doméstico.

Conforme Bourdieu, “toda ideologia visa naturalizar um privilégio” (2014, p. 353) e nesse caso, trata-se de um privilégio específico da classe média brasileira, que, ao contrário da europeia, por exemplo, pode poupar o tempo das repetitivas e cansativas tarefas domésticas, tempo este que poderão reinvestir em trabalho produtivo, rentável e reconhecido fora de casa. Enquanto o filho da classe média

“recebe tudo na mão” da empregada doméstica, podendo dedicar-se “apenas ao estudo”, o filho da empregada doméstica não possui o mesmo privilégio, o que poderá ser decisivo em cada uma das trajetórias sociais, conforme Jessé Souza tem demonstrado (2011, p.125). A ideologia que visa naturalizar este privilégio é baseada na ideia de que a empregada doméstica “é de casa”, que sua atividade não permite a formalização trabalhista, que o patrão fornece também a alimentação para a empregada, que, em suma, o patrão é um benfeitor. Esta ideologia teve tanta força que apenas em 2015 os trabalhadores domésticos conquistaram direitos trabalhistas, do que decorreram preocupação e protestos da classe média, bem como a profusão de informações jurídicas sobre os “novos direitos”. Em alguns manuais de direito penal os trabalhadores domésticos ainda são *criados* e, pior, prováveis ladrões.

Em seu estudo sobre *A sociedade de corte*, Norbert Elias aborda as relações entre os nobres e os seus criados e nos fornece informações sobre a gênese do furto doméstico, qualificado pelo abuso da confiança. Conforme Elias, naquele contexto estamental, “os furtos domésticos eram punidos com pena de morte” (2001, p. 71), o que era justificado na *Enciclopédia* da seguinte forma: “o furto doméstico é punido mais severamente que os outros, pois ele encerra um horrível abuso de confiança e os senhores são obrigados a deixar muitas coisas em suas mãos” (2001, p. 294). Para Norbert Elias, a *Enciclopédia* justifica de modo racional o que, “do ponto de vista do *grand seigneur* era uma consequência imediata da crença na desigualdade das camadas sociais, uma evidência para além de qualquer argumentação racional” (2001, p. 71). Ainda segundo Elias, esta situação foi criticada pelos filósofos do iluminismo, dentre eles Voltaire, que protestava contra a “barbaridade de matar pessoas por uma ninharia, apenas por se tratar de um furto doméstico” (2001, p. 65). Os criados pareciam não gozar de maior de maior proteção jurídica. A jurisprudência clássica do antigo regime diferenciava, por exemplo, “as violências sexuais cometidas pelos domésticos contra suas patroas das cometidas pelos patrões contra suas criadas” (Vigarello, 1998, p. 23). Segundo Vigarello, um manual de direito criminal da época dizia que “o patrão que abusa de sua

empregada deve ser condenado por perdas e danos para dar-lhe um dote” (1998, p. 24) e era comum na jurisprudência a argumentação no sentido de que o depoimento da “doméstica não merece crédito, como a moça de boa conduta” (1998, p. 24). Para Elias, a sociedade profissional-burguesa preservou, em parte com herança e em parte como antítese, o etos da sociedade estamental (2001, p. 65).

Magalhães Noronha escreve sobre criados e patrões: “o *criado* que fica em casa, na ausência do patrão, e subtrai objetos que aí se encontram, furta com abuso de confiança, pois é claro não se tratar de apropriação indébita, uma vez que as coisas não lhe foram confiadas” (Magalhães Noronha, 1980, p. 249)¹²⁶. Nélon Hungria, tratando “tecnicamente” do tema da consumação do delito de furto, imagina a cena da *criada* que esconde a jóia da patroa no seio: “é o caso, por exemplo, da criada que sub-repticiamente empolga uma jóia da patroa e a esconde no seio ou nalgum escaninho da casa para, oportunamente, sem despertar suspeitas, transportá-la a algum lugar seguro (1955, p. 25). Damásio de Jesus, como sói, copia o exemplo de Hungria, apenas atualizando a expressão – não mais criada, mas empregada: “ocorre o mesmo na hipótese de a empregada esconder uma jóia no seio” (1979, p. 292). Sua imaginação, entretanto, vai mais longe, e em outro exemplo a jóia da patroa acaba no intestino da empregada doméstica:

No instante em que a vítima não sabe mais onde se encontra o objeto está consumado o furto. O mesmo se pode dizer de uma empregada que vem a engolir uma pérola da patroa. Embora permaneça na residência, o objeto já saiu da esfera de disponibilidade da vítima, consumando-se o furto (1979, p. 292).

Na biblioteca de uma *senhora* que criou seus filhos nos anos sessenta e setenta, numa família tradicional no interior do Rio Grande

¹²⁶ Os *criados* permanecem nos manuais de direito penal contemporâneos. O exemplo de Magalhães Noronha é citado no Tratado de Direito Penal, terceiro volume, de César Bitencourt (2014, p. 25).

do Sul, encontramos a *Enciclopédia Ilustrada do Lar e da Arte Culinária*. A primeira edição é de 1967, mas a que chegou a nossas mãos é a sexta edição, de 1972. A Enciclopédia abrange sete volumes, seis deles dedicados a receitas culinárias. Um dos volumes, entretanto, possui como título *A mulher e suas funções no lar* e tem como conteúdo uma variada gama de lições destinadas, nas palavras dos editores, “a dona-de-casa, a recém casada, a mais moderna ou tradicionalista anfitriã”, que encontrarão nos livros “uma leitura de orientação aos problemas diários e corriqueiros” (1972, p. 05), de maneira a auxiliar a mulher a cumprir sua “tríplice missão no lar”, que é a “assistência ao marido e aos filhos, a criação destes e o manejo das verbas caseiras com a maior eficiência e o menor dispêndio” (1972, p. 09). A obra aborda diversos assuntos e busca indicar um modelo tradicional, burguês, de condução da vida, a uma mulher *honesto, casada e patroa*. Na seção que trata da “casa e seus arranjos”, a Enciclopédia indica pormenorizadamente, com ilustrações, como deve ser mobiliado e quais são os utensílios necessários a cada peça de uma residência de uma família de posses. Sobre o “dormitório” dos patrões, consta o seguinte:

No quarto de tamanho maior faça de dormitório. Em uma das paredes, cuja frente não fique defronte à janela, coloque as mesas de cabeceira. Perto da porta, para não trancar muito a passagem, coloque uma prateleira ou penteadeira com banquetas. De um lado o guarda-vestidos que de preferência deverá ter três corpos e onde será guardada toda a roupa do corpo do ocupante os dos ocupantes; ou mesmo um armário embutido, muito prático e econômico principalmente quando os aposentos não são grandes.

O armário embutido ou guarda-roupa deve ser arrumado: no lado direito, coloque os vestidos pendurados e as blusas com muito cuidado para que não fiquem amarrotados, evitando dissabores à hora de vestir; em baixo, coloque na prateleira os sapatos depois

de limpos e bem secos, evitando que haja umidade dentro do móvel (quando não houver sapateira dentro do banheiro); no centro, nas prateleiras ou gavetas coloque os chapéus e as bolsas, em seguida as luvas, os lenços, as meias, jóias (quando não possuir um cofre pequeno) e as miudezas em geral, na outra as calças, combinações, camisolas, etc. Nas demais coloque a roupa do marido observando a seguinte ordem: primeiro os lenços, cuecas e meias, depois as camisas e os suéteres e por último os pijamas; no lado esquerdo, pendure todos os paletós em cabides onde possam ser colocadas as calças compridas em seguida coloque os sapatos e numa fita colocada por dentro da porta pendure as gravatas, os cintos, etc (1972, pp. 25-26).

As explicações continuam e ocupam quarenta e seis linhas, mas o trecho transcrito já nos basta. Logo após, em quatro linhas temos as explicações sobre o “quarto da empregada”:

Neste aposento deve existir um mobiliário, isto é, cama, armário de roupa, uma cadeira, uma pequena mesa, um espelho. A dona da casa deverá fiscalizar atentamente o estado de limpeza e ordem nesta dependência da casa (1972, p. 26).

Curiosa coincidência. Os manuais de direito penal em análise mencionam sempre o furto por parte das empregadas ou dos *criados* das *jóias da patroa*. O autor, nesse caso, fala como o *marido da patroa*, francamente preocupado com a tutela das jóias frente a eventuais investidas dos serviçais. A *Enciclopédia do Lar*, publicação dedicada às donas-de-casa, além de indicar como a mulher deve cuidar das gravatas e dos paletós do marido, também trata das *jóias da patroa*, ensinando inclusive que o melhor é que elas fiquem guardadas num *cofre*. O pequeno quarto dedicado a empregada, por outro lado, deve ser

fiscalizado atentamente pela dona-de-casa, que fica livre para nele ingressar. Flagramos aqui uma interessante afinidade entre os dois tipos de livros, ligada à condição de classe tanto dos autores quanto dos leitores das obras. O que se verifica aqui é a manutenção de um sistema doméstico de opressão de classe, chamado por Gilberto Freyre de *Casa Grande & Senzala*.

Assim como os autores da Enciclopédia Ilustrada do Lar e da Arte Culinária não vislumbram qualquer problema na diferença gritante entre o *dormitório dos patrões* e o *quarto da empregada*, os penalistas não vislumbram maiores problemas em utilizar a expressão *criada*, que nos remete a um período no qual o trabalho doméstico era explorado no contexto de um regime de castas ou estamentos. A construção da legitimidade da ordem social e a naturalização da desigualdade exigem um permanente trabalho discursivo. O penalista, ao utilizar expressões como “criado” e ao elegê-lo como o primeiro suspeito do furto dos “objetos pessoais”, reproduz a violência simbólica¹²⁷. O manual de direito penal, nesse sentido, é o correspondente masculino da *Enciclopédia do Lar*, ambos destinados a consagrar a visão de mundo dos dominantes. Os homens penalistas, entretanto, também têm muito que dizer sobre as mulheres.

¹²⁷ Em uma entrevista realizada no contexto de pesquisa já mencionada, sobre a gênese social do usuário de *crack*, uma das entrevistadas, Suzana, uma senhora de classe média, mãe de Vitor, cujo consumo problemático da substância o conduziu a furtar da família e a roubar na rua, elegeu a faxineira como primeira suspeita, quando começou a desaparecer dinheiro de sua carteira. Durante sua narrativa Suzana nos disse jamais ter desconfiado que seu filho pudesse estar pegando dinheiro em sua carteira. Quando questionada se havia notado alguma mudança de comportamento de Vitor a entrevistada foi direta: “*Simplemente estava me desaparecendo dinheiro, eu achava que eu estava perdendo ou que uma faxineira do meu trabalho pegou*”. Suzana não desconfiou do filho, mas da faxineira de seu trabalho, o que também evidencia a reprodução da violência simbólica e, especificamente, o longo processo de construção social das “classes perigosas”.

4.5 A dimensão moral

No plano moral, sobretudo quanto à moral sexual, a afinidade entre a perspectiva ideológica da autocracia-burguesa e a dos manuais de direito penal é evidente. Conforme já abordamos, por meio da lei de censura prévia o governo proibiu manifestações que estimulassem “a licença e o amor livre”, o que, na visão do governo, ameaçava “destruir os valores morais da sociedade Brasileira”; e nos objetivos da Educação Moral e Cívica, disciplina que deveria ser ministrada para todos os estudantes brasileiros, incluiu “o aprimoramento do caráter, com apoio na moral, na dedicação à comunidade e à família” e a “preparação para o casamento e a preservação do vínculo que o constitui”. Também lembramos que o *espírito* do golpe e do regime posterior esteve fundado na defesa da “civilização cristã ocidental”, que demonstrou seu caráter conservador por ocasião da Marcha da Família com Deus pela Liberdade, evento que precedeu a derrubada do governo legitimamente eleito. Conforme Bourdieu, os Estados paternalistas e autoritários, “como a França de Petáin ou a Espanha de Franco”, ou, acrescentamos nós, como o Brasil da última ditadura, são “realizações acabadas da visão ultraconservadora que faz da família patriarcal o princípio e o modelo da ordem social como ordem moral, fundada na preeminência absoluta dos homens em relação às mulheres” (Bourdieu, 2011c, p. 105).

Os homens que escrevem os manuais de direito penal¹²⁸ ditam, à revelia das mulheres, os parâmetros da moral sexual dominante, ou, em outros termos, quais são as condições para o “exercício legítimo da sexualidade” (Bourdieu, 2011c, p. 115). Nesta tarefa, falando sempre em nome da tutela da *liberdade sexual*, os penalistas escrutinam infinitos aspectos da questão sexual, erigindo os princípios classificatórios, os princípios de visão e divisão, que servirão de categorias de percepção - incorporadas tanto pelos homens quanto pelas mulheres - desde as quais a moral sexual será julgada.

¹²⁸ Salvo desconhecimento de nossa parte, não há até hoje nenhum manual de direito penal escrito por uma mulher.

Num dos estudos fundamentais sobre a relação entre a dominação masculina e o sistema de justiça criminal, intitulado *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*, Vera Regina Pereira de Andrade relaciona o controle da sexualidade feminina com a reprodução do patrimônio das classes dominantes, argumentando que, a despeito da liberdade sexual, o que o direito penal tutela é a sexualidade dita honesta, isto é, monogâmica, dentro do casamento, o que por sua vez protege “latente e diretamente a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões), que, em última instância, mantém a unidade da própria classe burguesa no capitalismo” (2005, p. 98). Pierre Bourdieu, em *A dominação masculina*, outro texto que orientará nossa leitura dos manuais quanto à dimensão moral, também sustenta que o *exercício legítimo da sexualidade* “permanece ordenado e subordinado à transmissão do patrimônio, através do casamento, que continua sendo uma das vias legítimas da transferência de riqueza” (2011c, p. 115).

Desta forma, as escrituras do direito penal auxiliam na construção social dos gêneros. O homem é o protagonista da esfera pública, simbolizado como “racional/ativo/forte/potente/guerreiro/viril/público/possuidor”, ao passo que à mulher resta reservada a esfera privada, “configurada (...) como a esfera da reprodução natural, e aparecendo como o lugar das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico)”, sendo a mulher construída como “uma criatura emocional/subjéctiva/passiva/frágil/impotente/pacífica/recatada/doméstica/possuída” (Andrade, 2005, p. 85). De modo que nos manuais de direito penal a visão androcêntrica do mundo é consagrada. Tais livros servem de suporte a uma *sociodiceia masculina*, que produz a *eternização do arbitrário ao transformar a história em natureza, o arbitrário cultural em natural* (Bourdieu, 2011c, p. 08), ou seja, as diferenças culturais são naturalizadas e acabam por dispensar qualquer justificação, funcionando no modo da *doxa*.

O principal conceito mobilizado é o de honra¹²⁹. Se a honra masculina pode ser conquistada, por meio de constantes demonstrações de virilidade, a honra feminina é “essencialmente negativa”, ou seja, “só pode ser defendida ou perdida”, sendo a virtude feminina “sucessivamente a virgindade e a fidelidade” (Bourdieu, 2011c, p. 64). A mulher honrada é casada e casou virgem, é mãe, fiel e obediente ao marido. É a mulher ideal da *Enciclopédia Ilustrada do Lar*, que deve assistência ao marido, chefe da casa; é a *mulher honesta* dos manuais, do Código Penal e das decisões judiciais, cuja normalidade da vida sexual - ou seja, sua adaptação à norma ditada pelos homens - é constantemente testada, de acordo com o que Vera Andrade chamou de “sublógica da honestidade”, componente da lógica da seletividade que rege a justiça penal (2005, p. 89). Quais as representações sobre a mulher constante nos manuais de direito penal em análise? Qual a moral sexual reproduzida por estas obras?

Como afirmamos, a obra de Néelson Hungria já foi sobejamente perscrutada, tanto por escritos laudatórios, de homenagens, quanto por pesquisas mais sérias. Entretanto, o pensamento do *príncipe dos penalistas* sobre as *princesas*, as *donzelas*, as *virgens*, as *marafonas* e as *prostitutas*, personagens que povoam seus textos, ou seja, a *crônica dos costumes* elaborada pelo autor e a contribuição que prestou pessoalmente à dominação masculina, ainda não foi devidamente analisada. Nos *Comentários*, contudo, na *reencenação da aventura da existência* do ponto de vista de um homem, encontramos claramente uma concepção sobre a mulher e sobre o *exercício legítimo da sexualidade*¹³⁰.

¹²⁹ O primeiro Código penal brasileiro, de 1830, ostentava uma expressão mais sincera relativamente aos crimes envolvendo a liberdade sexual: crimes contra a *segurança da honra*.

¹³⁰ O moralismo de Hungria em questões sexuais extrapolava a dimensão doutrinária e permeava também suas decisões judiciais. Em episódio de sua trajetória como magistrado, no mínimo, questionável, no qual Hungria decidiu a favor dos interesses do poderoso Assis Chateaubriand, concedendo-lhe ao arrepio da lei a guarda de uma menina que sequer era registrada como filha do magnata das comunicações, proferiu a seguinte decisão, em desfavor da mãe da menina:

Na introdução do Título VI dos *Comentários, Dos Crimes Contra os Costumes*, Hungria disserta longamente sobre a moral sexual. Refere que “no Estado agnóstico o apoio jurídico-penal à moral sexual” limita-se a reprimir fatos que se afastam da “normalidade do intercurso entre os sexos”, que atentem fundamentalmente contra o pudor¹³¹, que é o principal “meio de adaptação do amor sexual ao ritmo da vida social” e funciona como “*moderator cupiditatis*”, como “corretivo à sofreguidão e ao arbítrio de Eros” (1981, p. 77). Logo na sequência, Néelson Hungria identifica uma contemporânea crise do pudor: “Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de *crise do pudor*, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no próprio recato” (1981, p. 81). O autor segue a tratar do tema e lamenta que não existam mais mulheres como aquela “moça que nos conta Lemos Brito, na sua *Psicologia do adultério*”, que, em síntese, se matou após ter sido “desonrada” no contexto de uma refrega no sertão, mesmo considerando que “só ela se sabia possuída pelo sátiro” (Lemos Brito *apud* Hungria, 1981, p. 82). Hungria então lamenta a “frouxidão da pudicícia”, numa passagem digna do seu xará Néelson Rodrigues:

Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e *charme*. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum

“D. Cora é mulher de costumes levianos e censuráveis. É incontestável que, após sua ligação ilícita com o dr. Chateubriand, d. Cora passou a outros amores não menos ilícitos que, como é notório, acarretam o dismantelo de outro lar e até já foram motivo de escandalosa e cruenta cena de violência. Sem ter recursos pecuniários próprios, d. Cora leva vida de luxo, que lhe é evidentemente custeada pela bolsa do novo amante. Esta que é a verdade dos fatos. Mantenho, pois, o despacho” (Morais, p. 406). Sobre o episódio envolvendo Chateubriand, D. Cora e a menina Teresoca, que não é contada nos textos em homenagem a Hungria, conferir a biografia de Chatô, Rei do Brasil, escrita por Fernando Morais (1999, pp. 384-447). A menção a este episódio foi realizada pelo Dr. Jacson Zílio por ocasião da banca de qualificação do projeto desta tese, a quem agradecemos.

¹³¹ Hungria esclarece que o vocábulo “pudor” deriva de *putere*, “como evidente alusão à necessidade feminina de esconder as secreções vaginais putrefatas e o fluxo menstrual” (1981, p. 80).

com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais *tropical*, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e *boutades* picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou *folha de parreira* na boca... (1981, p. 82).¹³²

A passagem exemplifica o constante extrapolar da técnica jurídico-penal nos textos de Hungria. Os *Comentários* do trecho colacionado não são ao Código Penal, mas a assuntos como prestígio, o charme, as roupas e as atitudes da mulher, isto é, sobre a norma social que ela deve observar na condução de sua vida, caso queira colher os benefícios simbólicos que o respeito aos imperativos sociais garante, protegendo-se dos estigmas que os manuais de direito penal auxiliam a

¹³² Já nos anos oitenta, na introdução aos “crimes contra os costumes” de seu manual, Fragoso também percebe transformações quanto à moral sexual, mas as considera positivas: “As disposições de nosso CP nesta matéria são extremamente repressivas e representativas de uma mentalidade conservadora, incompatível com os tempos modernos. O critério que hoje domina a incriminação de tais fatos é o do efetivo dano social, sendo inteiramente injustificável a repressão penal de comportamentos considerados imorais pelos que têm o poder de fazer as leis. Vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, consequência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores” (1984, p. 01). Importante salientar que as Lições de Direito Penal, de Heleno Fragoso, apesar de conter diversas passagens nas quais as concepções jurídico-penais sobre a moral sexual são reproduzidas acriticamente (p.ex., p. 05), em diversos momentos relativiza e critica tais concepções, distanciando-se sensivelmente das obras de Nélson Hungria e de Magalhães Noronha.

reproduzir. A passagem flagra, portanto, um momento da história dos “sistemas de opressão exercidos sobre a mulher” (Vigarello, 1998, p. 09).

A donzela e as passeadoras noturnas de automóvel

Em *A dominação masculina*, Bourdieu trabalha no sentido de demonstrar que a interpretação das diferenças visíveis entre os “órgãos sexuais masculinos e femininos são uma construção social que encontra seu princípio nos princípios de divisão da razão androcêntrica, ela própria fundamentada na divisão dos estatutos sociais atribuídos ao homem e à mulher” (2011c, p. 24). Os escritos científicos sobre os corpos do homem e da mulher, dependentes da razão androcêntrica – “o princípio masculino tomado como medida de todas as coisas” (2011c, p. 23) – contribuem para a naturalização das diferenças sexuais e para que no próprio corpo da mulher seja encontrada “a justificativa do estatuto social que lhes é imposto”, por meio das “oposições tradicionais entre o interior e o exterior, a sensibilidade e a razão, a passividade e a atividade” (2011c, p. 24). Conforme Bourdieu, a cintura feminina, signo de clausura e limite simbólico entre o puro e o impuro, “simboliza a barreira sagrada que protege a vagina, socialmente constituída em objeto sagrado”, ficando assim submetida “a regras estritas de esquiva ou de acesso, que determinam muito rigorosamente as condições de contato consagrado, isto é, os agentes, momentos ou atos legítimos ou, pelo contrário, profanadores” (2011c, p. 25). Daí que nos estudos dos naturalistas do século XIX, por exemplo, no que toca ao hímen, constam passagens como a de que “apenas as mulheres foram providencialmente agraciadas com um hímen, guardião de sua castidade, vestíbulo de seu santuário” (2011c, p. 24). A virgindade, desta maneira, é socialmente construída como uma das principais virtudes femininas.

Nos manuais de direito penal que estamos a analisar podemos encontrar tais regras de esquiva e acesso, que determinam as condições de contatos sexuais consagrados, legítimos, ou, ao contrário, profanadores. Para Néelson Hungria, o delito de *Sedução* previsto no

Código penal justifica-se¹³³ na medida em que “a conservação da virgindade física da mulher solteira é um intransigente mandamento de nossos costumes sociais” (1981, p. 152), pois “a mulher desvirginada fora do casamento perde o seu valor social” (1981, p. 153). Em nome da honra das *donzelas*, o direito penal busca tutelar a “virgindade física”, que serve de “presunção de castidade ou honestidade” (1981, p. 148). Vejamos a explicação de Magalhães Noronha sobre o bem que é protegido pela norma penal:

O bem que o dispositivo tem em vista é a virgindade da mulher aliada à inexperiência, que lhe é própria em nosso meio, como também à confiança que, por sua condição bio-sociológica, vem quase sempre a depositar no homem, em quem espera encontrar apoio e proteção. É a pureza da alma e do corpo da mulher que se tem em vista, atributo necessário à constituição da família, da qual a mulher – quer queiram quer não – é o mais forte esteio.

Os bons costumes, entre nós, impõem-lhe essa conduta e, conseqüentemente, nada mais natural do que, então, defendê-la por meio da lei. Todavia, não é apenas em seu nome que a norma atua; existe um interesse social na preservação daquele bem, que condiz com a moralidade pública e com os costumes são (1976, p. 144).

O penalista não poderia ter sido mais claro. A mulher é representada como alguém que não possui vontade própria e que tende a *confiar cegamente no homem*, mesma ideia que justificou durante muito tempo a impossibilidade da mulher votar, exercer funções públicas, praticar atos civis, etc. Isso decorre de sua própria condição bio-

¹³³ Já Fragoso, postula a descriminalização deste delito: “Não temos a menor dúvida em afirmar que o crime de sedução constitui evidente anacronismo, incompatível com os dias em que vivemos (1984, p. 16).

sociológica, e aqui encontramos em ato a eternização do arbitrário, a transformação do arbítrio cultural em natureza. O que se pretende é resguardar a *pureza da alma e do corpo da mulher*, que podem ser poluídas pelo qualquer contato sexual antes dos dezoito anos e fora do matrimônio, e isso porque tal pureza é atributo necessário a constituição da família. A passagem também fala em nome dos bons costumes e do interesse social na moralidade pública. Em típico trabalho de simbólico de transformação da ortodoxia em *doxa*, o autor ainda pontua que defender os bons costumes por meio da lei penal é simplesmente algo *nada mais que natural*.

Entretanto, nem todas as moças são vítimas dignas do delito de *Sedução*. Para Magalhães Noronha, a destinatária da tutela é “a donzela inexperiente, isto é, que não pode avaliar em toda a extensão as conseqüências de seu ato, (...) por ignorante das maldades do mundo, por não apercebida para as ciladas dos homens” (1976, p. 147). Segundo o autor, o delito de Sedução não protege “as freqüentadoras assíduas de *garçonnières*, as passeadoras noturnas de automóvel, que com elas tudo permitem, menos a... laceração do hímen astutamente conservado como *prova* de habilitação ao matrimônio que não perdem de vista” (1976, p. 147). O exemplo de Noronha, que trata de uma suposta mulher que exerce a sexualidade de maneira mais livre, as *passeadoras noturnas de automóvel*, chama a atenção para a visão de mundo subjacente ao texto: o penalista despreza e parece temer a mulher astuta, que se deixa tocar, mas que conhecedora das normas sociais, mantém o hímen, fiador de sua honra, *vestíbulo de seu santuário*, intacto. Desde as bruxas as mulheres desobedientes têm sido alvo do sistema penal.

A discussão sobre a condição do sujeito passivo tem lugar na medida em que o tipo penal exige a inexperiência ou a justificável confiança da seduzida. Nas palavras de Hungria, uma moça pode ser experiente e não ser desonesta. O exemplo seria o da donzela que por já ter sido vítima de atentado violento ao pudor é experiente, mas mantém uma “conduta irrepreensível” (1981, p. 163). Nesse caso, a mulher seria ainda virgem (pois foi vítima de atentado violento ao pudor, não de estupro), motivo pelo qual poderia ser digna de Sedução, não pela

inexperiência, mas pela justificável confiança. Já uma estuprada, deflorada, deixa de ser uma possível vítima do delito. Como se vê, o autor considera que a experiência de uma violência sexual, um atentado violento ao pudor, torna uma moça *experiente* em matéria sexual.

Hungria e Noronha ainda promovem outro debate: a virgindade diz respeito apenas ao rompimento do hímen? Hungria crê que sim, mas Noronha traz à tona o conceito de *virgindade moral* e defende que “à integridade daquela membrana, (...) não é possível deixar de aliar-se a *integridade moral* da mulher”, sendo a virgindade o “complexo desses dois predicados” (1976, p. 142). Noronha, noutra discussão com Hungria, na qual sustenta que o atentado violento ao pudor é mais grave que o estupro, diz que “se é fato que pelo coito anal e oral permanece íntegro o hímen, seria absurdo negar-se ficar a virgem tanto ou mais poluída em seu recato, pudor e honra, do que com o rompimento daquela membrana”. E complementa: “a virgindade não é só predicado físico; é moral também” (1976, p. 105).

Em síntese, a honestidade feminina é resumida à manutenção de sua virgindade. Desvirginada, a ex-donzela fica desprovida de valor social. A *pureza* da mulher, sob pena de desonra, só pode ser “perdida” por ocasião da noite de núpcias, tendo em vista que na visão do penalista a garantia da normalidade da função sexual é o matrimônio (Hungria, 1981, p. 190). Um dos principais efeitos do trabalho jurídico é o de conservação, pois ele “liga continuamente o presente ao passado e dá a garantia de que (...) o porvir será à imagem do passado e de que as transformações e adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado” (Bourdieu, 2011, p. 245). Talvez por isso que, sobre esse ponto, os textos dos manuais que acabamos de analisar são idênticos aos dos compêndios do século XVIII, como o do jurista A. Bruneau: “A virgindade é o ornamento dos costumes, a santidade dos sexos, a paz das famílias e a fonte das maiores amizades” (*apud* Vigarello, 1998, p. 19).

A mulher honesta e a meretriz

As considerações sobre a condição da mulher que é vítima de algum delito contra a liberdade sexual fazem parte da tradição do pensamento jurídico-penal. Nossos Códigos penais do século XIX consagravam legislativamente a diferenciação entre mulheres honestas, mulheres públicas e prostitutas, estabelecendo penas distintas de acordo com a condição da vítima¹³⁴. Esta tradição ingressa no século XX, permeia os manuais do período em análise e serve ainda de fundamento legitimador de decisões judiciais de nítido caráter moralista, como demonstrou Vera Andrade, em *A soberania patriarcal* (2005). Arriscando um pouco a interpretação, podemos supor que os homens que redigem os manuais projetam em seus escritos aquela forma de violência simbólica comum no contexto da dominação masculina, principalmente nos meios burgueses, que separa o gênero feminino em “mulheres para casar” e as “mulheres para se divertir”.

Na passagem abaixo, Magalhães Noronha lamenta o fato de que o Código Penal de 1940 não manteve “à parte o estupro da prostituta”:

Somos de parecer que podia o legislador ter considerado à parte o estupro de prostituta. Não há dúvida de que pelo fato de ela se *alugar*, de comerciar com o corpo, não perde o direito de dispor dele e consequentemente merece proteção legal. (...) Mas daí a não distinguir a mulher pública da honesta, parece haver grande distância.

A meretriz estuproada, além da violência que sofreu, não suporta outro dano. Sem reputação e honra, nada tem a temer como consequência do crime. A mulher honesta, todavia, arrastará por todo e sempre a

¹³⁴ Sobre o Código Penal de 1830, conferir Direito Penal e Estrutura Social (Zahidé Machado Neto, 1977). Cf. também História do Estupro (Vigarello, 1998).

mancha indelével com que a poluiu o estuprador – máxime se for virgem, caso que assume, em nosso meio, proporções de dano irreparável. No estupro da mulher honesta, há duas violações: contra a liberdade sexual e contra a honra; no da meretriz, apenas o primeiro bem é ferido (1976, p. 102).

A honra e a reputação são vinculadas indelevelmente, na pena de Noronha, às práticas sexuais da mulher. O valor social não se dá aqui, como no caso do homem, pela condição de trabalhador, o que abarcaria a prostituta, mas pela adaptação aos mandamentos da moral sexual. Magalhães Noronha erige uma gradação da gravidade da violência sexual: estuprar uma meretriz é menos grave do que estuprar uma mulher honesta, o que é menos grave do que estuprar uma virgem, graças ao “cânon social da virgindade”, motivo pelo qual o juiz deverá observar estas circunstâncias, na hora de aplicar a pena (1976, p. 102). Hungria nos fornece os diversos estereótipos femininos, ao dispor que é irrelevante à existência do estupro o estado ou a qualidade da mulher: “se solteira, virgem ou não, se casada ou viúva, se velha ou se moça, honesta ou impudica, incorruta ou devassa, monja ou prostituta” (Hungria, 1981, p. 114). Logo depois, salienta: “reduza-se a pena quando a vítima de estupro é *mulher da multidão*, mas não se pode deixar de aplicá-la” (1981, p. 114). O penalista participa da constituição do *etos* de uma sociedade que atribuiu legitimidade à exploração sexual das mulheres *desonradas* e nesse sentido está “pronta para perdoar” (Vigarello, 1998, p. 22).

Na definição de Néilson Hungria da mulher honesta, ressurgue a categoria dos bons costumes¹³⁵:

[como mulher honesta] se entende não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão

¹³⁵ Ao dissertar sobre o delito de ato obsceno, Heleno Fragoso critica a utilização da noção de bons costumes, por ser “difícil a sua determinação” (1984, p. 84).

aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigida pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação. (...) Não perde a qualidade de honesta nem mesmo a amásia, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor (1981, p. 139).¹³⁶

Além dos bons costumes, conceito importante no cabedal ideológico da ditadura civil-militar de 1964, aqui aparece a construção social da subcidadania da mulher prostituta, na expressão *descido à condição de autêntica prostituta* – não esqueçamos que as palavras constroem a realidade. Também são desqualificadas a amásia, a adúltera, a atriz de cabaré, isto é, toda mulher que não se encaixe nas exigências do patriarcado, na categoria da *mãe de família*, quiçá como as senhoras que estiveram presentes na Marcha da Família com Deus pela Liberdade, que, ao menos nas aparências, se enquadrariam naquele modelo de *conduta irrepreensível sob o ponto de vista da moral sexual* que o discurso de Hungria auxilia a construir e a consagrar. No artigo *Trottoir e Contravenção*, publicado na Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal n. 16 (1967, p. 103), E. Magalhães Noronha elogia o anteprojeto de lei encaminhado pelo presidente Castelo Branco, que propunha a punição da prática do *trottoir*, sob a justificativa, constante na exposição de motivos elaborada por Carlos Medeiros da Silva, então Ministro da Justiça, da necessidade de “reprimir a libertinagem e o despudor na via pública das meretrizes que,

¹³⁶ Fragoso cita esta passagem de Hungria, acrescentando logo na sequência o seguinte: “O conceito de mulher honesta envolve, assim, um juízo de valor, sendo, pois, um elemento normativo do tipo, a ser estabelecido pelo juiz, de conformidade com os padrões vigentes em determinado meio e revelados pelo costume” (1984, p. 10).

à luz do dia, se exibem nas ruas, convidando ou excitando os homens ao comércio sexual” (1967, p. 103). Apoiando expressamente a iniciativa do governo, Noronha adere também aos princípios ideológicos da autocracia-burguesa, ao sentenciar que a lei “visa coibir a pública e impudica oferta no mercado da lascívia e da luxúria”, pois a “procura inequívoca, impudica e libertina de homens, nas vias públicas, constitui *ocupação ilícita* e ofende os *bons costumes*” (1967, p. 105).

A prostituta não está mais na condição do século XIX, quando, assim como o escravo, era diminuída perante o próprio Código Penal, num dos resquícios da desigualdade perante a lei. Mas observando o tema com cuidado percebemos que sua condição não melhorou tanto assim. Noutra das imaginativas discussões da dogmática dos crimes sexuais o ponto é saber se a meretriz pode ser vítima de atentado violento ao pudor: a mulher que vende o corpo goza de *pudor* a ser tutelado penalmente? Noronha em princípio defende que “o ato que lesa o pudor, ou a disponibilidade carnal de uma senhora de acentuado recato pode não assumir a gravidade necessária para caracterizar o delito, se a mulher for prostituta” (1976, p. 119). Depois, contudo, pondera que a meretriz pode ser vítima do delito, pois “por ter vida licenciosa, não se pode afirmar que toda a rameira é destituída de qualquer dose de vergonha, a ponto de não poder ser ofendida” (1976, p. 119). Hungria, do mesmo modo, sustenta que “ainda mesmo a marafona a que não reste a mais leve sombra de vergonha pode negar-se, por qualquer motivo, à libidinagem de outrem” (1981, p. 131). Aparecem aqui dois novos adjetivos desqualificadores: rameira e marafona; na visão dos autores, mulheres de vida licenciosa e desavergonhada.

Nesta narrativa de mulheres honestas e meretrizes, é interessante notar que a conduta dos homens que convivem com os *tipos de mulher* que povoam os manuais não é, quase nunca, trazida à análise. Em geral, o homem será aquele que foi injustiçado por uma acusação falsa de estupro formulada por uma mulher histórica; ou que estupro

certa mulher porque esta *permitted imprudentemente seus avanços*, etc¹³⁷. Mas a visão masculina dos manuais também situa o homem na condição de inevitável cliente da prostituição. Hungria, seguindo uma ideia presente nos textos penais do antigo regime, sustenta a tese da *prostituição como um mal necessário*, que funciona como uma “válvula de escape à pressão de irrecusável instinto, que jamais se apaziguou na fórmula da monogamia, e reclama satisfação antes mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar” (1981, p. 260), de modo que a proibição total da prostituição acarretaria a maior proximidade entre os desejos sexuais e a casa das *boas famílias*. E cita uma passagem de São Tomás de Aquino, que diz que “a prostituição é comparável à cloaca de um palácio: removido aquela, torna-se este um lugar fétido e impuro” (1981, p. 261). Como um pai de família tipicamente burguês, Hungria defende a exploração da prostituição como um subterfúgio à monogamia ou como uma fórmula adequada para a iniciação sexual dos homens jovens – ao contrário das mulheres jovens, que devem manter a castidade até o casamento, aos rapazes não convém a espera. A prostituta, subcidadã, lixo social comparável à *cloaca de um palácio*, pode ser explorada sexualmente pelos homens, para o bem da família brasileira. O cultor da *ciência do justo e do injusto*, nesse ponto, não consegue esconder o “esforço desesperado, e bastante patético, mesmo em sua triunfal inconsciência, que todo homem tem que fazer para estar à altura de sua ideia infantil de homem” (Bourdieu, 2011c, p. 86).

Violência sexual, desconfiança e desonra

Para Hungria, o “valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal que o da mulher” (1981, p. 107). Noronha, defendendo a pertinência político-criminal do que chama *Aborto de Estuprada*, diz o seguinte: “A mulher violentada, agravada na

¹³⁷ Com exceção do *rufião* e do *proxeneta*, que são tidos como “as espécies mais abjetas do gênero humano”, como “tênias da prostituição, os parasitas do vil mercado dos prazeres sexuais” (Hungria, 1981, p. 259)

honra e envilecida por abjeta lubricidade, tem o direito de desfazer-se do fruto desse coito” (1980, p. 71). Segundo o autor, a mulher estuprada fica “poluída em seu recato” (1976, p. 105) e tem sua honra roubada. Não é muito comum ouvirmos que a vítima, digamos, de um furto, fique desonrada. A vítima da violência sexual, entretanto, tem sua *honra agravada* e é *envilecida*, isto é, tornada vil, barata, desprezível. Este foi o motivo que sustentou até o século vinte e um a ideia de que a ação penal nos crimes sexuais deveria ser privada, tendo em vista que a mulher e sua família podem desejar *ocultar a desonra*, o que tende a contribuir para que as violências sexuais permaneçam desconhecidas: melhor suportar a violência do que expor-se à perda da estima social. Em *História do Estupro*, Georges Vigarello analisa este fato e refere que no imaginário sobre os delitos sexuais a vítima fica inexoravelmente “envolvida na indignidade” (1998, p. 36). É “o contato sofrido que causa a indignidade da vítima” e nesse “imaginário do contato (...) a pessoa atingida não é capaz de acusar, pois parece, ela própria, contaminada”, de maneira que a “vítima é encerrada no impudor que desejava denunciar” (1998, p. 36).

Nos manuais de direito penal, a mulher, vítima do delito sexual, é representada quase sempre como uma possível mentirosa¹³⁸. René Dotti, no já citado texto em homenagem a Néelson Hungria, conta o seguinte *causo*:

¹³⁸ A visão dos manuais repercute e interage com a aplicação do direito. Conforme Vera Andrade, “o julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira ‘reputação sexual’ – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. (...) A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime (...) acaba por ver-se ela própria ‘julgada’ (pela visão masculina da lei, da polícia e da Justiça), incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada” (2005, pp. 92-93).

A ironia foi também uma das virtudes com as quais Néelson Hungria desarmava opositores, persuadia espíritos em dúvida ou comentava os casos de rotina. Após examinar os aspectos da violência e da grave ameaça no estupro e concluir que, de modo geral, “um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima (sendo esta mulher adulta, normal e sã) e possuí-la sexualmente” arrematou com está *pérola de humor*: “Conta-se de um juiz que, ao ouvir de uma pseudo-estuprada que o acusado, para conter-lhes os movimentos de defesa, se servira durante todo o tempo, de ambas as mãos, indagou: ‘Mas quem foi que conduziu o ceguinho?’ E a queixosa não soube como responder...” (Dotti, p. 447).

O tom jocoso utilizado por Dotti, que considera a violência simbólica constante na anedota uma “pérola do humor”, é representativa da visão androcêntrica da literatura jurídico-penal. Na passagem, Hungria está a defender uma tese que era comum nos alfarrábios dos juriconsultos do antigo-regime, de que um homem sozinho não consegue estuprar uma mulher “adulta, normal e sã”, já que esta poderia “evitar a intromissão da verga (...) com alguns movimentos da bacia” (Hungria, 1981, p. 112). Esta tese sobre o dissenso da vítima, que dispõe que não basta uma “platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva e inerte” (Hungria, 1981, p. 107) para a configuração do estupro, faz parte da tradição masculina jurídico-penal, podendo ser encontrada tanto em *Hungria e seus repetidores* como em obras bem mais antigas. No Tratado do adultério, de Fournel, de 1775, consta que “qualquer que seja a superioridade das forças de um homem sobre as de uma mulher, a natureza forneceu a esta inumeráveis recursos para evitar o triunfo de seu adversário”. E arremata: “a honestidade que sucumbe é quase sempre uma meia-honestidade (*apud* Vigarello, 1998, p. 48). Para sustentar esta tese, diante do possível “jogo de simulada esquiva ante uma *vis grata*”

(Hungria, 1981, p. 108), são citados poemas de Camões, sobre as *ninfas que fogem por entre os ramos, mas mais industriosas que ligeiras se deixam alcançar pelos galgos...* São também mobilizadas historietas, como aquela contada por Voltaire, sobre a rainha que “tomou uma bainha da espada e, movimentando-a continuamente, mostrou à dama que seria impossível pôr a espada na bainha”, em alusão à inviabilidade da penetração, ou aquela do juiz que entrega um saco de moedas à moça que se disse estuprada e manda o acusado tentar recuperá-la, para ante o seu fracasso ter a prova cabal de que, se não é possível retirar-lhe à força o dinheiro, muito menos possível é violá-la sexualmente; ambas historietas são citadas tanto por Nélson Hungria quanto por Muyart de Vouglans, na obra *Instructions criminelles suivant les loix et ordonnances du Royaume*, de 1742. Estas anedotas sobreviveram aos séculos e à transformação das sensibilidades quanto à violência sexual¹³⁹. Se, em muitos aspectos, a tradição jurídico-penal do século XX é tributária de Cesare Beccaria, no que toca aos delitos sexuais o jurisconsulto francês do antigo regime, P. Muyart de Vouglans, adversário conservador de Beccaria, parece ser uma influência tão importante quanto o marquês.

Os penalistas prestam contribuição à construção das visões sobre o certo e o errado no que toca às condutas femininas relativas ao exercício da sexualidade. A mulher legitimada a ser vítima de violência sexual é apenas aquela recatada, de bons costumes, que cuida do marido e da família. Por meio deste processo, são mantidas vivas na sociedade aquelas ideias de que a *mulher que usa saia curta*, que sai à noite desacompanhada ou que vai ao apartamento ou ao motel com o homem, mas não deseja transar, contribuiu com o próprio estupro, de modo que a ação masculina fica justificada. Nas palavras de Nélson Hungria, poderá ser reconhecida a ausência de dolo “no caso em que a mulher tenha, imprudentemente, consentido nos avanços do agente, de modo que a este, razoavelmente, se afigurasse fingida a subsequente resistência

¹³⁹ Em uma conversa informal, Telmo de Oliveira Garcia, 78 anos, contou-nos que ouviu um advogado de defesa no Tribunal do Júri da cidade de Tapes/RS, em meados dos anos cinqüenta, praticar a *performance da bainha da espada*, como meio de defesa num caso no qual o réu era acusado de estupro.

oposta” (1981, p. 113). Este trabalho simbólico constitui a moral feminina, que é inculcada desde a mais tenra socialização, “através de uma disciplina incessante” de que deriva “uma espécie de confinamento simbólico”, assegurado principalmente pelas imposições relativas aos trajes e ao corpo da mulher (Bourdieu, 2011c, p. 38). Aquelas que violam as normas da moral feminina estão sujeitas à indignidade perante o direito penal, constituída pelos estereótipos constantes nos produtos simbólicos daqueles que, juntamente com outros especialistas, elaboram e reproduzem a *sociodiceia masculina*. Os manuais de direito penal participam da construção social de um “coeficiente simbólico negativo”, que tal como a cor da pele no caso dos negros, afeta negativamente tudo o que as mulheres são e fazem (Bourdieu, 2011c, p. 111).

A esposa e o marido

Nos livros em análise, como na propaganda da ditadura civil-militar, encontramos uma ferrenha defesa da família tradicional e do poder do homem, do pai e do marido no âmbito doméstico. Ao marido, quase tudo é permitido, sempre em nome da ordem garantida pelo matrimônio.

Magalhães Noronha acredita que há “notória diferença entre o delinqüente que ataca uma virgem, para unicamente desafogar a luxúria, abandonando-a depois, e o jovem que estupra a mulher amada, com o fito de vencer a resistência dos pais e desposá-la” (Noronha, 1976, p. 113). Nos termos dos quadros morais do autor, o jovem pode *estuprar a mulher amada* por um bom motivo, qual seja, o casamento; em nome do casamento, e não da luxúria, estuprar não é tão ruim assim. Daí também a defesa unânime dos penalistas em estudo do *matrimônio subsequente* do autor com a vítima como causa de extinção da punibilidade dos crimes sexuais, com fundamento na “reparação do dano e no interesse social na formação da família” (Fragoso, 1984, p. 46). O casamento é compreendido como a “reparação mais completa para a vítima”, hipótese na qual “o criminoso deu à vítima plena satisfação do mal causado, permitindo que ela ocupe na sociedade uma posição de compostura e decência” (Noronha, 1976, p. 230). Conforme

Damáσιο de Jesus, pelo casamento o autor presta “à vítima satisfação do mal causado, permitindo que ela retorne à vida social” (1973, p. 533). Nesta perspectiva, a mulher, desonrada pelo delito sexual, tem sua honra restituída pela ação do agressor, que lhe devolve, pela via do casamento, a compostura e a decência e lhe permite retornar ao convívio social. Percebe-se, então, que não é propriamente a liberdade sexual feminina que está em jogo, mas a defesa do casamento. Além disso, a ideia de *reparação do dano* é sintomática da coisificação da mulher, que ao ser violentada “perde a honra” e a tem restituída pelo casamento.

O poder doméstico do marido é tão vultoso, que ele pode, inclusive, estuprar a própria esposa, já que a “cópula *intramatrimonium* é recíproco dever dos cônjuges” (1981, p. 114) e nesse ponto Hungria invoca O *Codex Juris Canonici*, isto é, a lei católica, para reforçar o argumento. Para o autor, “salvo excesso inescusável”, o marido “ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física (...), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito” (1981, p. 115). A esposa só poderá recusar a cópula por “achar-se o marido afetado por doença venérea” (1981, p. 115). Magalhães Noronha também sustenta que o marido tem direito à posse sexual da mulher¹⁴⁰:

As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que se casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido (1976, p. 100).

¹⁴⁰ Heleno Fragoso reproduz esta tese (1984, p. 04).

Portanto, a esposa não pode recusar a prestação sexual por um *mero capricho* ou por um *fútil motivo*... Caso seu motivo seja fútil – não estar com vontade, por exemplo - pode o marido tomá-la à força, estuprá-la. A brutalidade da posição, naturalizada nos escritos que estamos observando, formulados por respeitáveis maridos, escancara a dominação masculina. A violência física necessária ao estupro é justificável pelo exercício regular de um direito. Nesse ponto, os autores praticam uma verdadeira apologia à violência sexual.

O fim do *congresso sexual*, para Noronha, é a perpetuação da espécie. Sendo assim, surge outro debate jurídico-penal, no qual os homens falam pelas mulheres¹⁴¹: quais são os limites do débito conjugal? Pode o marido praticar atentado violento ao pudor contra a esposa? Em Hungria a resposta é positiva, pois “não fica a mulher inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos do esposo”, de maneira que se “este a constringe violentamente a atos sexuais contra a natureza” cometerá o delito (1981, p. 130). Em Noronha a resposta também é positiva, “pois mesmo na intimidade da alcova nupcial o pudor não desaparece” (1976, p. 119). Portanto, aqui estão sendo instituídas as *regras estritas de esquivança ou de acesso* ao corpo feminino: o marido tem acesso livre à vagina da esposa, podendo inclusive utilizar a força para *fazer valer seus direitos*. Contudo, o acesso é livre apenas à vagina: os demais atos sexuais não estão incluídos nos direitos de dominação sexual masculina, dado que são “contra a natureza” (Hungria, 1981, p. 130).

¹⁴¹ Este é um dos elementos centrais da dominação masculina, qual seja o poder do homem em falar pelas mulheres. Há uma passagem de Magalhães Noronha na qual o autor escreve sobre a suposta repugnância sentida pela mulher vítima de uma agressão sexual e chega ao ponto de, falando pelas mulheres, concluir sobre a “distância imensa que existe para ela entre a repugnância do contato físico na cópula vagínica e o asco inexprimível e indizível da *fellatio in ore*” (1976, p. 105). O que nos perguntamos é: como pode o autor saber o que é mais *repugnante* para a mulher? Aqui flagramos a concepção profunda do autor sobre as práticas sexuais, que só se legitimam com vistas à perpetuação da espécie.

O ato sexual é pensado pelos homens penalistas a partir da “lógica da conquista”, concebido “como uma forma de dominação, de apropriação, de posse” (Bourdieu, 2011c, p. 30). O direito à posse sexual da mulher, que é fundamentalmente a posse do órgão sexual feminino destinado à reprodução, é também violado quando o *objeto sagrado é profanado*, isto é, acessado por um agente que não detenha a condição para o *contato consagrado*, o que ocorre quando, nas palavras de Magalhães Noronha, “a companheira cedeu a outrem” (Noronha, 1979, p. 30), ou seja, no adultério. A própria expressão utilizada, *cedeu a outrem*, nos indica que a traição feminina é pensada a partir da lógica da conquista e da posse, de uma mulher que não possui vontade própria, que é passiva, e cede aos galanteios - “a súplica perseverante, a blandícia envolvente, a frase madrigalesca, a linguagem quente do desejo insatisfeito” - de um conquistador que coloque em prática a “arte de *Don Juan*” (Hungria, 1981, p. 159). A teoria jurídico-penal nos deixa entrever que o foco central da criminalização do adultério não é propriamente a defesa dos bens espirituais que são geralmente citados, como “organização ético-jurídica da família e a ordem jurídica do matrimônio” (Noronha, 1976, p. 307), mas a garantia da paternidade da prole e, conseqüentemente, a garantia da transmissão do patrimônio apenas para os herdeiros legítimos. Do contrário, por que os autores discutiriam se para a consumação do adultério é ou não necessária a penetração? Se o adultério se concretiza apenas em caso de conjunção carnal ou se ocorre em casos de sexo oral ou anal, dentre outros? Por que seria constantemente citada a posição de Carrara, que dispunha que o adultério só se consuma com a *seminatio intra vas*?¹⁴² O adultério, ainda nos manuais dos anos sessenta e setenta, é visto como um crime contra a propriedade do marido, uma espécie de invasão de propriedade¹⁴³.

¹⁴² Cf. Magalhães Noronha (1976, p. 307). Fragoso (1984, p. 109).

¹⁴³ Néilson Hungria, Magalhães Noronha, José Frederico Marques e Damásio de Jesus manifestavam-se em sentido favorável à manutenção da criminalização do adultério. Anibal Bruno não tratou do assunto nos volumes do tratado que chegou a escrever. Fragoso refere que “o CP de 1969, evidentemente anacrônico, manteve a incriminação do fato [adultério]” (1984, p. 108). Para

O poder doméstico do marido lhe garante, por fim, o poder de matar a esposa que o traiu, em certas condições. Não se trata, evidentemente, de um direito, mas a ação goza de relativa aceitação e é considerada uma das hipóteses de homicídio privilegiado: a esposa adúltera, assim como o vil traidor da pátria e o bandido, tem seu valor diminuído nos manuais de direito penal. Conforme Noronha,

Os Tribunais têm aceitado a violenta emoção do marido que colhe a mulher em flagrante adultério. Compreende-se o ímpeto emocional, diante da surpresa ou inesperado da cena, pois é de sua essência ser brusco, repentino e violento (1979, p. 30).

Nélson Hungria nunca concordou com as constantes absolvições dos chamados *passionais*, sendo este um dos elementos centrais da crítica ao Tribunal do júri e ao jurista retórico – “a eloquência farfalhante da tribuna do júri” (Hungria, 1943, p. 14) - que sustentou ao longo de toda sua trajetória¹⁴⁴. Entretanto, ao indicar a correta interpretação do Código penal de 1940, podia compreender a ação do marido que flagra a esposa em adultério:

Em face do novo Código, os uxoricidas passionais não terão favor algum, salvo quando pratiquem o crime em exaltação emocional, ante a evidência da infidelidade da esposa. O marido que surpreende a mulher e o tertius em flagrante ou *in rebus venereis* (quer *solus cum sola in eodem lecto*, quer *solus cum sola in solitudine*) e num desvairio de cólera, elimina a vida de uma ou de outro, ou de ambos, pode, sem dúvida, invocar o [homicídio privilegiado]; mas aquele que, por simples ciúme ou meras suspeitas, repete o gesto bárbaro e estúpido

uma crítica da teoria penal tradicional sobre o assunto, conferir a obra *Adultério*, de Ester Kosovski (1983).

¹⁴⁴ Cf. Prando (2012, pp. 196-220).

de Otelo, terá de sofrer a pena inteira dos homicidas vulgares (Hungria, 1979, p. 163).¹⁴⁵

A pergunta simples que poderíamos fazer é: por que o exemplo trata sempre do homem que surpreende a mulher em flagrante, e não o contrário. Seria um resquício da tradição que vigorou até o Código penal de 1940, na qual o adultério masculino e o feminino são tratados de maneiras distintas, o masculino exigindo a manutenção de *teúda e manteúda*? E se a esposa surpreendesse o marido e o matasse, gozaria do favor legal? A omissão da hipótese e a manutenção da difusão de uma ideia compreensiva sobre o que ficou conhecido como *legítima defesa da honra* não é desprovida de efeitos. Em 1979, Evandro Lins e Silva atuou na tribuna do júri em defesa de Doca Street, julgado por ter matado brutalmente a namorada. Lins e Silva sustentou a tese da *legítima defesa da honra* e teve sucesso, tendo sido o réu condenado por homicídio privilegiado e obtido o *sursis*. Em *O salão dos passos perdidos*, Evandro Lins e Silva conta os bastidores do caso, referindo que na época “ainda havia resquícios” da “posição machista” de que “o marido que descobria a mulher em adultério, tinha o direito de matar”, o que “levava a mulher a situação de objeto, de coisa” (1997, p. 429). Lins e Silva também narra que na ocasião houve “a explosão do movimento feminista” em torno da necessidade de dar um basta nesse tipo de ideia (1997, p. 432).

Hungria considerava que “o feminismo exasperado (...) nos princípios deste século, assumiu as proporções de um fenômeno de patologia social” (1979, p. 275). Na visão masculina e conservadora do *príncipe dos penalistas* até mesmo a proibição do aborto cumpria a função de garantia da fidelidade feminina, pois “com a licença para o aborto, a mulher perderia o medo de conceber filhos ilegítimos e estaria, assim, assegurado livre curso aos amores *extra matrimonium*” (1979, p. 284).

¹⁴⁵ Fragoso diz apenas o seguinte: “Os tribunais têm reconhecido a existência do homicídio privilegiado, particularmente em situações de infidelidade conjugal ou que com ela se relacionam” (1977, p. 59).

A mãe

A honra feminina está diretamente ligada ao *exercício legítimo da sexualidade*. Seu destino biológico é ser mãe, mas dentro do casamento. Ainda no período estudado encontramos a ideia de que a mãe solteira ou a que concebe um filho fora do casamento fica desonrada. O anteprojeto de Código penal elaborado por Hungria, que veio a se tornar o diploma de 1969, trazia novamente à lei penal o chamado *critério psicológico*, isto é, o *motivo de honra* a justificar a diminuição da pena nos casos de infanticídio e de aborto, por meio do elemento normativo “*para ocultar a própria desonra*”. Esta concepção, que é dominante nos manuais analisados, é criticada por Heleno Fragoso, que argumenta que “o motivo de honra, que historicamente confere privilégio ao homicídio, evidentemente não mais se justifica em face da revolução dos costumes de nosso tempo em matéria sexual e da emancipação da mulher” (1977, p. 84).

Quanto ao aborto, apenas Heleno Fragoso sustenta a necessidade de descriminalização (1977, p. 125). Na hipótese de gravidez resultante de estupro encontramos posições divergentes e nesse caso podemos observar a forte influência dos dogmas da igreja católica na dogmática jurídico-penal. Na discussão sobre este tema, como na relativa à eutanásia, os autores ingressam em considerações sobre a *vida humana* e então mobilizam fundamentos retirados da moral católica. Ao posicionarem-se contra a permissão da eutanásia, nos termos da tradicional construção teórica de Binding sobre as *vidas indignas*, Noronha refere que esta opinião reveste-se de “*cru materialismo*” e que “a vida, ainda que dolorosa ou sofredora, há de ser sempre respeitada”; e como um padre, concluiu: “não nos esqueçamos, por outro lado, que a dor purifica, redime e aperfeiçoa” (1980, p. 29).¹⁴⁶ Em Frederico Marques também são comuns as alusões às normas da igreja católica¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Hungria defende a mesma posição (1979, p. 131).

¹⁴⁷ “A Igreja Católica não transige sequer com o aborto terapêutico” (1961, p. 177); “São lícitas em face da moral católica...” (1961, p. 177).

O legislador de 1969, ou seja, os juristas que elaboraram a versão final do Código penal de 1969 puderam encontrar legitimação na teoria penal para justificar a criminalização do aborto na hipótese de gravidez derivada de violência sexual. Nesse caso, não seguiram Fragoso, Hungria e Noronha, que se posicionam pela permissão do aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Mas encontraram fundamentos em José Frederico Marques, que dispunha o seguinte sobre o tema:

Concordamos plenamente com a crítica irresponsável de Leonídio Ribeiro à adoção, pelo estatuto penal vigente, de tal espécie de aborto lícito. Não nos parece que se possa transigir, desse modo, com respeito à vida do *infans conceptu*, para submetê-la a tão brutal sacrifício. A “inviolabilidade da vida humana desde o seu alvorecer” (como falava CARVALHO MOURÃO) sofre, aqui, violento atentado. Consoante magistral lição de ALCÂNTARA MACHADO, “todas as maternidades são sagradas, todas as vidas são invioláveis, pelo que incompreensível é que o produto do amplexo de dois desconhecidos ou de dois adúlteros seja forçosamente inferior ao que desabrocha de uma união abençoada por Deus ou sancionada pelo Estado”. E AFRÂNIO PEIXOTO, em página inextinguível, assim se exprime: “É santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criatura que sobreveio a essa violência, é dar largas ao amor-próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo (1961, p. 178).

Também Anibal Bruno era contrário ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro:

Tem se procurado legitimizar essa causa de exclusão do ilícito no abôrto pela aversão que se pode desenvolver na gestante ao fruto da violência, gerado sem amor, e que se tornará a imagem viva da ofensa e humilhação de que foi vítima; pela situação aflitiva criada por aquêlê permanente testemunho de sua desonra. Mas, por mais respeitáveis que sejam êsses sentimentos, tomar a situação como justificativa da morte do ser que se gerou é uma conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a ideia do Direito e a decidida proteção que êle concede à vida do homem e aos interêsses humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados por razões de ordem pessoal, que, por mais legítimas que possam parecer não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano (1966, p. 174).

Em Frederico Marques encontramos expressões como *maternidade sagrada, psicologia feminina e filho como coração de mãe que passa a um novo corpo*, que funcionam como *chamados à ordem*, desde os quais os autores exigem das mulheres uma abnegação digna de uma... mulher, nascida para cuidar, para transmitir carinho e amor. Do mesmo modo, Anibal Bruno defende que os interesses humanos e sociais tutelados pela proibição do aborto do fruto de estupro são superiores às *razões de ordem pessoal* da mulher que foi vítima da violência sexual. Estas posições dos homens penalistas nos fazem lembrar uma frase que tem sido constantemente rabiscada nos muros de nosso país: “se homem engravidasse, o aborto seria livre”.

Portanto, podemos concluir que no que toca à dimensão moral, os manuais de direito penal que circulavam durante o período em análise não destoam sensivelmente da ideologia que a ditadura civil-militar procurou difundir; ao contrário, possuem notórias afinidades,

sobretudo relativas à defesa da família tradicional, do casamento, da moral sexual burguesa-patriarcal e do papel da mulher na sociedade.

5 A ELABORAÇÃO DE UM CÓDIGO PENAL NO CONTEXTO DA DITADURA CIVIL-MILITAR

Neste capítulo estudaremos a atuação dos penalistas notáveis na elaboração do Código Penal de 1969, em torno do qual se desenvolveram grande parte das discussões jurídico-penais e criminológicas do período em análise. Inicialmente situaremos o tema no contexto da historiografia dos códigos penais brasileiros, demonstrando que a criação de nossos códigos resultou sempre de uma *disputa corporativa pela propriedade do crime*, ou seja, de uma luta pelo poder simbólico de construção social da realidade, travada por agentes e instituições no interior do campo jurídico-penal. Além disso, tomando as movimentações relativas à obra codificadora como objeto, trataremos das relações entre os penalistas, a sociedade e o Estado. Em segundo lugar, investigaremos o processo de vida e morte do Código penal de 1969 – “a história da criação de uma regra” (Becker, 2008, p. 136) -, desde a elaboração do anteprojeto e advento do golpe de 1964, passando pela atuação da Comissão revisora, pelos impasses decorrentes do contexto político, pelos debates jurídico-penais e criminológicos em eventos e em produções científicas, pelos anteprojetos alternativos, pela promulgação do código, pelos adiamentos da entrada em vigor, pelos debates parlamentares e pelas alterações legislativas, chegando até a revogação definitiva. Nesse ponto, trataremos também das tomadas de posição dos penalistas e dos agentes do Estado que participaram do processo codificador. Por fim, abordaremos o conteúdo do Código, analisando as opções político-criminais mais relevantes que foram adotadas naquele contexto de democracia limitada.

5.1 O código como objeto de disputa e o monopólio dos penalistas

Howard Becker nos forneceu indicações metodológicas preciosas para o estudo dos processos jurídicos e sociopolíticos de criação de regras. Conforme o autor, sempre que uma regra é criada temos que ficar “atentos quanto à possível presença de um indivíduo ou

grupo ou empreendedor” (2008, p. 151). As atividades destes indivíduos ou grupos podem ser “propriamente chamadas de *empreendimento moral*, pois o que empreendem é a criação de um novo fragmento da constituição moral da sociedade, seu código de certo e errado” (Becker, 2008, p. 151). O sociólogo norte-americano indica pressupostos importantes para a compreensão do poder criminalizador, isto é, de elaboração das leis penais, o que demanda os seguintes questionamentos: como surge a legislação penal? Quais são os agentes responsáveis pela elaboração das leis penais? Quais os interesses destes agentes? No quadro teórico da criminologia crítica, os indivíduos e grupos que levam a cabo empreendimentos morais estão situados na estrutura social: fazem parte da classe dominante e por meio do poder de definição do *código de certo e errado* defendem seus interesses no contexto da luta de classes¹⁴⁸.

O momento fundamental da criminalização primária é o da elaboração dos Códigos penais. Os penalistas, ao longo da formação do campo jurídico-penal e na acomodação deste com o campo burocrático e parlamentar, obtiveram êxito em tomar para si a competência para a elaboração do Código penal e assim constituíram-se nos agentes socialmente legitimados a tomar as decisões político-criminais. Esta competência técnica e social de que goza o penalista foi obtida, em primeiro lugar, a partir da ideia de que o código penal é uma obra técnica, que deve ser formulada pelos cientistas do direito penal¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Herman e Julia Schwendinger abordaram este tema frontalmente. Nesse sentido, conferir. *Social class and the definition of crime* (1977) e *Defenders of order or guardians of human rights* (1970).

¹⁴⁹ Em estudo sobre o tema, Ricardo Sontag aduz o seguinte: “Os códigos, porém, dada a sua complexidade, sempre foram um caso particular na história da produção legislativa moderna baseada em Assembléias representativas. Desde a ideia de concurso premiando obras individuais de Jeremy Bentham, o sistema de aprovação em bloco, o uso de comissões legislativas, (...) a relação do código com as formas democráticas liberais nunca foram fáceis” (2009, p. 40). O autor lembra também que Francesco Carrara “procurou dar um sentido democrático-liberal ao papel dos juristas na elaboração das leis” (xx, p. 40) e colaciona trecho no qual o penalista italiano, em discurso sobre o código penal italiano de 1874, invoca a ideia de “plebiscito dos criminalistas”, ao qual convém submeter os projetos de código penal para que “cada mínima parte dele

Entretanto, esta legitimidade técnica socialmente conferida ao penalista não lhe exige, em segundo lugar, de mobilizar os tradicionais mores da legitimidade democrática, de maneira que ao justificar suas decisões é sempre em nome do povo ou de outra ficção jurídica que o codificador fala. O codificador coloca-se então como um intérprete dos anseios do povo, como um tradutor da *consciência moral da nação*. Em termos fenomenológicos, podemos dizer que o Estado delega às comissões de juristas notáveis (*nobreza de Estado*) a atividade de criminalização primária; estes constroem e defendem seus projetos de código; suas decisões político-criminais são tributárias tanto da tradição acumulada das ciências criminais e das tomadas de posição de tais autores no campo científico – retributivista/ preventivista, causalista/finalista, clássico/positivista, etc – quanto das concepções sociais, políticas e morais que carregam de acordo com a posição social e de gênero que ocupam. É nestas condições que podemos afirmar que as decisões político-criminais dos penalistas codificadores tendem a favorecer os interesses dos dominantes, nos termos da análise de Bourdieu:

É certo que a prática dos agentes encarregados de produzir o direito ou de o aplicar deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico, e isto não obstante os conflitos de competência que os podem opor. A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos *habitus*, ligadas a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões de mundo. Segue-se daqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo [que] o etos dos

corresponda aos enunciados da ciência, já que a ciência não recua por vontade de Príncipes” (Carrara *apud* Sontag, 2009, p. 40).

agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão de mundo dos dominantes (2011, p. 242).

É curioso o fato de que as decisões político-criminais mais importantes de um Estado, que conformam as razões para o exercício legítimo da força física, sejam afiançadas, muitas vezes, nominalmente, o que é exemplificado pelas tradicionais alusões ao *Código Rocco*, *Código Zanardelli*, ao *projeto Soler*, ao *anteprojeto Hungria*, dentre outros. O Código fica vinculado ao nome de um notável, que lhe confere respeitabilidade. Não é à toa que observando a história dos códigos penais brasileiros, a autoria do documento legislativo esteja sempre em jogo.

Por ocasião da elaboração do primeiro código penal brasileiro, o código do império, de 1830, estando ainda o país ainda desprovido de faculdades de direito, os parlamentares, majoritariamente magistrados e bacharéis (também proprietários rurais) aventaram constantemente a ideia de Bentham relativa ao “concurso dos códigos”. Na sessão de doze de maio de 1826, quando já se discutia sobre a necessidade de elaboração de um código criminal, inclusive nos termos de mandamento da constituição de 1824, o deputado Pires Ferreira “propõe que se conceda prêmio a quem, dentro de dois anos, apresente o melhor projeto de tais códigos” (Machado Neto, 1977, p. 48). No primeiro parecer da comissão legislativa de justiça civil e criminal, de agosto de 1826, constava a indicação de “ser conveniente que a Câmara convide os sábios e os juriconsultos a empreender este árduo trabalho”, para que estes concorram “à honra de apresentar um código criminal” em harmonia “com as bases da justiça e equidade, conformando-se com a Constituição do Império, com o direito universal, natureza das associações políticas e luzes do século (Machado Neto, 1977, p. 99).¹⁵⁰

¹⁵⁰ O deputado Lino Coutinho também defendia a ideia do concurso de códigos de Bentham, acrescentando ainda que conviria “importar um código criminal”,

Esta proposição tornou-se um projeto de lei que foi intensamente discutido. Conforme Zahidé Machado Neto, “a câmara discute e comenta o projeto de lei que confere prêmios ao projeto de código que for escolhido”, sendo que grande parte da discussão “repousava no problema dos prêmios e (...) nas gratificações que caberão à comissão do legislativo e a uma comissão de cinco juristas à qual caberá ainda uma tarefa de revisão” (1977, p. 56). Aqui ainda não encontramos a mobilização do capital propriamente científico dos penalistas, mas já está colocada a ideia de que o código criminal é um objeto técnico, que deve ser elaborado por *sábios e juristas*, por uma elite intelectual apta a orientar os destinos da nação.

Já nesta ocasião o código penal foi objeto de disputa entre dois juristas e parlamentares egressos da Faculdade de Direito de Coimbra: José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos. Clemente Pereira apresentou ao congresso um projeto de código criminal em 03 de junho de 1826, referindo ser “desnecessário a até supérfluo mostrar a necessidade que temos de um código criminal, pois na realidade não o possuímos”; e acrescenta: “desta falta de legislação resultam os grandes males que se experimentam na administração da justiça” (Machado Neto, 1977, p. 48). Mas o primeiro código penal do Brasil acabou resultando de projeto de brasileiro, Bernardo Pereira de Vasconcelos, “projeto que elaborou em período de repouso em Ouro Preto” (Machado Neto, 1977, p. 21). Posteriormente, publicou, em janeiro de 1827, o projeto no periódico *Universal*, que era de sua propriedade, e em maio de 1827 o apresentou ao parlamento. No parecer constante nos anais do parlamento brasileiro, transcrito por Zahidé Machado Neto, os deputados informam que “a comissão encarregada de examinar os dois projetos de código criminal apresentados a esta câmara pelos ilustres deputados os Srs. Clemente Pereira e Vasconcelos” decidiu que o projeto de Vasconcelos deveria prosperar:

pois os estrangeiros, “não tendo grande correlação com os hábitos e prejuízos próprios da nação podem ver, estando fora delas, mais claramente as coisas” (Machado Neto, 1977, p. 63).

Que para entrar na regular discussão conforme a ordem dos trabalhos se prefira o do Sr. Vasconcelos, por ser aquele que, por mais amplo no desenvolvimento das máximas jurídicas, razoáveis e equitativas, e por mais miúdo na divisão das penas, cuja prudente variedade muito concorre para a bem regulada distribuição delas, poderá mais facilmente levar-se à possível perfeição com menor número de retoques acrescentados àqueles que já a comissão lhe deu de acordo com seu ilustre autor (Anais do Parlamento Brasileiro, *apud* Machado Neto, p. 103).

Não dispomos de maiores informações sobre eventuais querelas entre Vasconcelos e Clemente Pereira, mas Zahidé Machado Neto, citando a biografia de Bernardo Vasconcelos escrita por Otávio Tarquínio de Souza (1937), refere que José Clemente Pereira, que era português, era chamado por alguns de “suspeito à causa do Brasil”, inclusive pelo próprio Bernardo Vasconcelos (Machado Neto, p. 22). É interessante notar que é comum nos escritos dos penalistas sobre o código criminal de 1830 a preocupação em indicar a correta paternidade do projeto que veio a ser positivado. Néelson Hungria não deixa de esclarecer que é um equívoco dizer que o código de 1830 “resultou da conjugação dos projetos de José Clemente Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos”, pois “a leitura dos Anais do Parlamento Brasileiro (1827-1830) evidencia que o projeto de Clemente Pereira não foi, sequer, objeto de discussão em plenário, tendo sido (...) inteiramente relegado (1977, p. 48). No mesmo sentido, Zaffaroni e Nilo Batista esclarecem que é “um equívoco recorrente na historiografia jurídica brasileira tomar o código imperial como produto da conciliação de dois projetos, o de José Clemente Pereira e o de Bernardo Pereira de Vasconcelos” (2003, p. 428), pois o projeto do último é que foi de fato positivado.

Não é nosso objetivo retomar a historiografia de todos os códigos penais do Brasil, mas demonstrar a consolidação da ideia de que o código é um objeto técnico, cuja titularidade da elaboração deve ser reservada ao penalista, bem como a regularidade das disputas entre

juristas em torno do diploma legal. Se em 1830 ainda cogitou-se o “concurso de códigos” e restou vencedor o projeto de um jurista formado em Coimbra, em 1890, consolidadas as faculdades de direito no Brasil, já dispúnhamos de professores de direito criminal aptos a elaborar a legislação penal, como João Vieira de Araújo, catedrático de direito criminal na Faculdade do Recife, e João Baptista Pereira, lente da Faculdade Livre do Rio de Janeiro¹⁵¹. O final do século XIX e o início do XX foi o palco da chamada “luta entre as escolas”, derivada principalmente do advento da criminologia. O Código de 1890 foi bastante criticado, sobretudo pelos novos estudiosos da questão criminal, que, influenciados pelo positivismo criminológico¹⁵², consideravam o código defasado em “relação à ciência penal do seu tempo”, como afirmou Francisco Campos na exposição de motivos do Código Penal de 1940¹⁵³. De maneira que nos primeiros anos do século XX, paralelamente à formação de um campo científico sobre a questão criminal, proliferaram tentativas de reforma penal, por meio de projetos formulados por juristas notáveis. A própria exposição de motivos do Código penal de 1940 nos resume o trajeto percorrido até chegarmos ao

¹⁵¹ “Já a partir da abolição da escravidão, surgiram iniciativas no sentido de realizar uma reforma mais ampla no Código Criminal do Império. Neste sentido, João Vieira chegou a apresentar um ante-projeto de reformam que foi no entanto rejeitado pois considerou-se que era necessária uma revisão completa do diploma penal do Império, e não apenas uma reforma parcial, com a apresentada pelo jurista do Recife. Com a proclamação da República, Campos Sales, então ministro da justiça, indicou Batista Pereira, ex-diretor e lente da Faculdade Livre do Rio de Janeiro que já havia participado da comissão que rejeitou o projeto de João Vieira, para que elaborasse um novo Código. O projeto de Batista Pereira, rapidamente elaborado, converteu-se, com algumas emendas, no Código Penal da República, promulgado pelo decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890” (Alvarez; Salla; Souza, 2003, p. 05). Conferir também Zaffaroni e Batista (2003, p. 445).

¹⁵² Alvarez, Salla e Souza indicaram algumas das críticas formuladas naquele contexto, “desferidas principalmente por juristas e também por médicos envolvidos em questões jurídico-penais”, como Aurelino Leal, Paulo Egydio e Alcântara Machado (2003, pp. 05-06).

¹⁵³ Segundo Heleno Fragoso, a exposição de motivos do Código Penal de 1940 foi redigida por Nelson Hungria e assinada por Francisco Campos (Subsídios, p. xx). Nessa hipótese, o penalista atua como *escritor-fantasma*.

projeto de Alcântara Machado e à comissão revisora composta por Nélson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra:

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

Já em 1893, o deputado Vieira de Araújo apresentava à Câmara dos Deputados o projeto de um novo Código Penal. A este projeto foram apresentados dois substitutivos, um do próprio autor do projeto e o outro da Comissão Especial da Câmara. Nenhum dos projetos, porém, conseguiu vingar. Em 1911, o Congresso delegou ao Poder Executivo a atribuição de formular um novo projeto. O projeto de autoria de Galdino Siqueira, datado de 1913, não chegou a ser objeto de consideração legislativa. Finalmente, em 1927, desincumbido-se do encargo que lhe havia sido cometido pelo Governo, Sá Pereira organizou o seu projeto que, submetido a uma comissão composta do autor do projeto e dos Drs. Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, foi apresentado em 1935 à consideração da Câmara dos Deputados. Aprovado por esta, passou ao Senado e neste se encontrava em exame na Comissão de Justiça, quando sobreveio o advento da nova ordem política.

A Conferência de Criminologia, reunida no Rio de Janeiro em 1936, dedicou os seus trabalhos ao exame e à crítica do projeto revisto, apontando nele deficiências e lacunas, cuja correção se impunha. Vossa Excelência resolveu, então, que se confiasse a tarefa de formular um novo projeto ao Dr. Alcântara Machado, eminente professor da Faculdade de Direito de São Paulo. Em 1938, o Dr. Alcântara Machado entregou ao Governo o novo projeto, cuja publicação despertou o mais vivo interesse.

A matéria impunha, entretanto, pela sua delicadeza e por suas notórias dificuldades, um exame demorado e minucioso. Sem desmerecer no valor do trabalho que se desincumbira o Professor Alcântara Machado, julguei de bom aviso submeter o projeto a uma demorada revisão, convocando para isso técnicos que se houvessem distinguido não somente na teoria do direito criminal como também na aplicação da lei penal.

Assim, constituí a Comissão revisora com os ilustres magistrados Vieira Braga, Nélon Hungria e Narcélio de Queirós e com um ilustre representante do Ministério Público, o Dr. Roberto Lira.

O longo trecho transcrito nos ajuda a perceber a naturalização da ideia de que a elaboração das leis penais é assunto que compete aos técnicos da ciência penal, aos penalistas. Francisco Campos vai elencando os juristas que foram sendo chamados pelo Estado a contribuírem na formulação das leis, individualmente ou como membros de comissões. Trata-se de um ato de Estado típico, pelo qual um conjunto de pessoas é chamado a “desempenhar uma missão socialmente reconhecida, importante, em geral a respeito de um problema também considerado importante” (Bourdieu, 2014, p. 56). Em

primeiro lugar, ocorre a nomeação de “pessoas reconhecidas como habilitadas, socialmente legitimadas para cumprirem certa função”; em segundo lugar, ocorre “a designação de um problema digno de ser tratado por pessoas dignas de administrar problemas públicos” (Bourdieu, 2014, p. 56)¹⁵⁴. O reconhecimento da habilitação do penalista resulta da sua legitimação pela técnica – Francisco Campos refere justamente que *julgou de bom aviso* submeter o projeto à revisão de *técnicos* -, de maneira que a partir daí ele fica socialmente legitimado a falar em nome de todos e a decidir sobre os limites do certo e do errado, sobre a constituição moral da sociedade. Nesse sentido, havia nítida afinidade entre a concepção tecnocrática que Francisco Campos sustentava no que toca à elaboração legislativa e a defesa do tecnicismo jurídico-penal por parte de Nélson Hungria. O primeiro entendia que “a legislação hoje é uma imensa técnica de controle da vida nacional” e que “a legislação perdeu seu caráter exclusivamente político, quando se cingia apenas às questões gerais ou de princípios, para assumir um caráter eminentemente técnico” (Campos *apud* Sontag, 2009, p. 44), ao passo que o segundo demonstrava que com o declínio da *eloqüência farfalhante da Tribuna do Júri* e do *niilismo penal* do positivismo criminológico, as ciências penais estavam a seguir pelo caminho seguro da técnica, *da austera interpretação do direito positivo, da dialética ponderada, sóbria e leal na exegese, análise e aplicação dos textos legais*, tudo orientado pelo que o autor chama de *pudor jurídico* (1977, p. 56). Se a legislação possui um caráter técnico, a elaboração do Código penal cabe aos técnicos das ciências penais, os penalistas. Este monopólio dos penalistas sobre a elaboração da lei penal estava

¹⁵⁴ Os penalistas participam da *construção social dos problemas públicos*. Tendo em conta o conhecido estudo de Joseph Gusfield, Bourdieu pontua que o trabalho de aspecto científico fornece “a consagração que pode dar o discurso percebido como científico, isto é, universal, a uma representação social de base ética, que é muito desigualmente difundida no mundo social” (2014, p. 59). Segundo Bourdieu, Gusfield mostra que os agentes autorizados, como os juristas, “fornecem um reforço simbólico – que pode ser autorizado por argumentos científicos – a disposições éticas desigualmente difundidas naquilo que se chamaria de ‘opinião’” (2014, p. 60).

garantido no contexto da elaboração dos Códigos penais de 1940 e de 1969 e parece perdurar até hoje, sem maiores questionamentos.

A noção de que a atividade de codificação é essencialmente técnica garante aos agentes jurídicos a manutenção de uma relativa autonomia quanto ao campo burocrático, quer dizer, quanto às pressões daqueles que tiveram o poder de delegar a atividade codificadora ao penalista. Isso permite que o redator ou as comissões revisoras dos códigos penais se distanciem do Estado que os consagrou como habilitados à tarefa. Que um código seja imposto ao país por decreto, em contextos de ditadura ou de baixa intensidade democrática; que não haja discussão legislativa sobre o código; que a *soberania popular* sequer se aproxime destas decisões político-criminais, pouco importa, já que, como dizia Carrara, construindo a auto-imagem do direito penal, *a ciência não recua por vontade dos Príncipes*. Néelson Hungria foi o protagonista da elaboração de dois códigos penais que acabaram promulgados em contextos ditatoriais, em 1940 e 1969; em nenhuma das ocasiões demonstrou qualquer prurido quanto a este fato e, ao contrário, parece ter vislumbrado nessas ocasiões, como veremos, chances para o *avanço da ciência penal*, já que a aprovação de códigos é dificultada em situações nas quais o parlamento está fortalecido. No caso da última ditadura, Hungria não teve tempo de se manifestar; entretanto, quanto ao Código penal de 1940, surgido na época do Estado novo, teve de prestar contas e de responder a críticas como a de Jiménez de Asúa. Disse Hungria:

É absolutamente inexata a informação de Jiménez de Asúa (...) de que ele [código penal] atendeu ao escopo de “defender a *nova ordem* brasileira personificada em seu Estado totalitário”. (...)

Um Código que acolhe princípios centrais do individualismo político em matéria penal, quais sejam a proibição da analogia e a irretroatividade da *Lex gravior*, não pode ser

acoimado de totalitário (Hungria, 1977, p. 41).

De qualquer forma, quando Hungria enfrentou frontalmente o problema da legitimidade democrática de um código imposto em período autoritário, foi para defender o Estado Novo, na conferência *O direito penal e o Estado Novo*, publicada em 1941, analisada com acuidade por Camila Prando (2012, pp. 164-168).

Roberto Lyra, também foi membro de comissões revisoras atuantes nas duas últimas ditaduras, mas, ao contrário de Hungria, retirou-se da comissão do código de 1969, com o advento do golpe de 1964. Relativamente ao código de 1940, também teve que enfrentar o problema da legitimidade democrática de um código elaborado e decretado em período autoritário, o que chamou de *pecado original* (1977, p. 57). Escrevendo na condição de “único sobrevivente dos codificadores” (1977, p. 58), Lyra explica: “trabalhamos sob clima autoritário, mas nossa obra correspondeu às exigências do liberalismo superveniente, sempre que este respeitou os limites do interesse social, soma e base das conveniências individuais” (1977, p. 56). Lyra busca demarcar a distância entre o trabalho dos codificadores e a conjuntura política, por meio de dois argumentos: em primeiro lugar, que a comissão era contrária à promulgação do código por decreto, sem discussão legislativa, e que os trabalhos da comissão não se destinavam ao *Estado*, mas à *pátria e ao povo*:

No nosso pensamento e no nosso sentimento não se destinavam ao Estado, novo ou velho, mas à Pátria e ao povo. A confecção desinteressada sob todos os aspectos, do “ante-projeto” (a ressalva democrática da preposição diz tudo) foi serviço ao país e não ao governo. Nossa responsabilidade não abrangeu a dispensa posterior da legislatura. Como cidadãos e como juristas queríamos a tramitação liberal e representativa. Sem intervenção na preliminar política – e, por que não dizer?, vencidos – com reserva, “in petto”, para

pronunciamento quando possível, de nossa eleição, no mérito dispusemos sempre de liberdade (Lyra, 1977, p. 57).

Após aludir expressamente à *confeção desinteressada* do documento legislativo e de fincar a legitimidade da obra nos interesses da pátria e do povo, o autor também sustenta, em segundo lugar, a independência dos trabalhos da comissão relativamente às influências do governo autoritário da ocasião, argumentando que não houve qualquer ingerência por parte do governo no conteúdo do código:

Nem aceitaríamos, nem recebemos qualquer injunção, para a construção há meio século reclamada e levada a efeito em dois. O essencial era aproveitar a bem do Brasil o mal dos decretos-leis. O ministro Francisco Campos, que presidiu os trabalhos da comissão, a princípio revisora e depois elaboradora, exerceu apenas justa influência intelectual em assistência compenetrada (Lyra, 1977, p. 58).

Lyra sustenta uma espécie de estratégia, que é a de aproveitar os momentos de baixa intensidade democrática – *o mal dos decretos-leis* – para elaborar bons códigos penais – *o bem do Brasil* -, estratégia que, como veremos e como podemos razoavelmente supor, foi a mesma que Hungria buscou repetir no final da década de sessenta. A justificação de Lyra também é importante porque chama a atenção para outra regularidade na historiografia dos códigos. É que, além da legitimação pela ciência, pela técnica, que é garantida pela proclamada ausência de ingerência do governo na elaboração do código, os penalistas codificadores não escapam de prestar contas à legitimidade democrática, fundada na soberania popular. Assim que vemos surgir conceitos como o de pátria ou de povo, em nome dos quais a legislação seria elaborada. Conforme Lyra, a tarefa “melindrosa dos codificadores” consiste em imprimir ao código “o selo de uma época e a índole de um povo” (1977, p. 58). Néelson Hungria parece mais convicto quanto à legitimidade científica do penalista para a elaboração do código penal e preocupa-se

menos com a legitimidade democrática, mas não deixa de recorrer ao universal quando necessário. Diante da conhecida querela quanto à autoria do Código penal de 1940, Hungria diz que “se não deve estar a disputar glórias em torno à autoria intelectual desse diploma legislativo”, pois “é ele, acima de tudo, uma resultante da cultura jurídica brasileira”, ou seja, “não é exclusivamente de alguém ou de um grupo: é do Brasil” (1977, p. 353).¹⁵⁵

Aliás, vale à pena acompanhar mais de perto a querela quanto à “paternidade” do Código Penal de 1940, o que nos permitirá formular algumas reflexões. Vislumbramos neste fato uma típica disputa do campo jurídico-penal, travada entre Alcântara Machado¹⁵⁶, na época um

¹⁵⁵ Na última empreitada codificadora ocorrida no Brasil, realizada pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado, nos termos dos requerimentos 756/2011 e 1034/2011, notamos novamente a preocupação com a legitimidade democrática. No “histórico dos trabalhos da comissão”, constante no relatório final apresentado ao Presidente do Senado, José Sarney, foram incluídas informações relativas às audiências públicas que foram realizadas, “que contaram com contribuições da comunidade jurídica e acadêmica, além de significativa presença de representantes da sociedade civil” (2012, p. 02). Além disso, menciona-se o espaço virtual *Alô Senado*, no qual, segundo o relator, se permitiu “a toda cidadania brasileira que enviasse sugestões para a reforma do Código Penal, que recebeu, ao todo, quase três mil proposições”, que foram de grande utilidade pois indicaram “as maiores preocupações da sociedade brasileira” (2012, p. 03). O relatório também menciona que as reuniões da comissão foram transmitidas pela TV Senado e despertaram “imensa repercussão nos meios de comunicação social (2012, p. 03). No final do relatório, como que se identificando com os *sentimentos populares*, em típico populismo punitivo, o relator Luis Carlos dos Santos Gonçalves, procurador regional da república, dedica o trabalho, em nome próprio, “aos meninos João Hélio e Ives Ota” (2012, p. 10), que foram vítimas de delitos de morte que despertavam na ocasião intenso repúdio popular.

¹⁵⁶ Não adentraremos mais profundamente na dimensão biográfica dos personagens, o que nos remeteria a outras paragens. Importante salientar, contudo, que Alcântara Machado foi um dos líderes da “Revolução Constitucionalista” de 1932, que se ergueu contra o governo de Getúlio Vargas, de maneira que a historiografia do Estado novo e do Código penal de 1940 cogita que o convite de Francisco Campos à Alcântara Machado representa uma tentativa de composição política entre o governo Vargas e os setores da elite intelectual e política paulistana. Sobre o tema, cf. *Vida e Morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940* (Moraes, 2009).

já consagrado especialista em medicina legal e penalista notável de São Paulo, representante da Faculdade de Direito do Largo São Francisco e, mais amplamente, da elite intelectual e política paulistana, e dois jovens que vieram a se tornar os dois mais importantes penalistas brasileiros do século XX, Néelson Hungria e Roberto Lyra, que haviam sido aprovados conjuntamente em concurso realizado em 1933 na Faculdade Nacional de Direito (RJ) e que à época representavam a Magistratura e o Ministério Público, respectivamente. No cenário político, o Ministro da Justiça Francisco Campos realizava a mediação entre os técnicos do direito consagrados à elaboração legislativa e o governo do Estado novo.

Alcântara Machado, o primeiro penalista notável nomeado pelo Ministro Francisco Campos para a elaboração do projeto de Código penal, demonstrou no texto *Código Penal do Brasil*, todo seu descontentamento perante o que chamou de “grilo”, pelo qual a “comissão revisora se transformara manhosamente em comissão organizadora do novo código” ([1941] 1957, p. 1045). É interessante analisar este texto, que foi publicado na Revista “O Direito”, em 1941, e foi incluído por Leonídio Ribeiro em seu manual de Criminologia (1957), com o objetivo declarado de trazer à luz “documentos importantes que não poderão ser esquecidos, quando se tiver de escrever a história da legislação penal brasileira”, para que “se possa então fazer inteira justiça ao nome de seu verdadeiro autor: Alcântara Machado” (1957, p. 579). No artigo, Alcântara Machado procura demonstrar, inclusive transcrevendo correspondências oficiais enviadas por Francisco Campos, Ministro da Justiça, os termos em que se deu o convite para a elaboração do projeto de Código penal: “Meu prezado amigo dr. Alcântara Machado, Venho pedir-lhe que se encarregue da elaboração do novo Código Penal, conformando assim o propósito que pessoalmente lhe manifestei” (1957, p. 1040). A seguir, refere que “ao cabo de alguns meses de labor exaustivo” finalizou a “elaboração da Parte Geral do ante-projeto” (1957, p. 1043), tendo o publicado imediatamente, com vistas a dar início à discussão entre os mestres das ciências criminais, ao *plebiscito dos criminalistas*. Contudo, lamenta o pouco interesse que o tema despertou entre os colegas: “raríssimos, porém, os juristas nacionais, que não se conservaram indiferentes”

(1957, p. 1043). Na sequência conta que em novembro de 1938 entregou ao governo a íntegra do projeto, acrescido da Parte Especial, e transcreve carta em que Francisco Campos acusa o recebimento do ante-projeto e informa que a partir de então se dedicará à revisão do projeto¹⁵⁷. Alcântara Machado novamente refere que “continuaram, todavia, silenciosos e displicentes os mestres nacionais”, exceto Nélson Hungria, que, segundo Machado, formulou uma crítica “virulenta e apaixonada, (...) que tentou desencadear violenta campanha contra o projeto, como já fizera em relação ao da Subcomissão legislativa, mas sem encontrar quem lhe seguisse as pegadas” (1957, p. 1045). O professor do Largo São Francisco também noticia que “as autoridades estrangeiras, além de Jules Simon e Nerio Rojas, que já haviam acolhido favoravelmente o ante-projeto da Parte Geral”, também se ocuparam da análise, tais como “os professores Enrique Altavila, de Nápoles, Carlos Umberto Dal Pozo, de Turim, Irureta Goyena, de Montevideo”, e que a superveniência da guerra européia não lhe permitiu “tomar conhecimento de outros juízos, que porventura hajam aparecido” (1957, p. 1045). Por fim, Alcântara Machado conta que recebeu, em novembro de 1939, os resultados da revisão, segundo ele, um *decalque do Código Criminal Brasileiro* que projetara. Que, então, pensou em princípio em dar por encerrada a “sua missão e deixar sem comentários a obra da comissão revisora”, mas que em janeiro de 1940 o “sr. Presidente da República” o perguntou sobre o andamento do trabalho e o incitou a prosseguir na tarefa (1957, p. 1046). Alcântara Machado, em primeira pessoa, refere o seguinte: “diante disso, e unicamente por isso, me consagrei então à trabalhadeira insana de analisar o substitutivo” (1957, p. 1046).

Alcântara Machado, “um dos mestres mais afamados da alma mater de S. Paulo”, segundo Costa e Silva, “professor da gloriosa Faculdade de Direito de S. Paulo e um dos mais elevados expoentes do

¹⁵⁷ “Acha-se em minhas mãos o projeto de Código Criminal Brasileiro, que o prezado amigo redigiu no desempenho da incumbência que, por meu intermédio, lhe foi feita pelo Govêrno (...) É com prazer que em entrego neste momento à revisão do projeto, esperando levá-lo, uma vez concluída aquela, ao exame do Sr. Presidente da República” (1957, p. 1044).

pensamento brasileiro”, segundo Francisco Campos (1957, p. 1045), passa então a criticar veementemente os trabalhos da comissão e a conduta pessoal dos membros que a compuseram. Diz que a comissão revisora reuniu-se a portas fechadas, com o objetivo de “tornar imperceptível a sua influência na futura codificação”:

O projeto foi elaborado, publicado, distribuído em dez meses; e desde então vem sendo debatido e criticado, no país e no estrangeiro, por todos quantos se julgam em condições de fazê-lo. Em contraste com tudo isso, a revisão, que consumiu mais de ano, fez-se a portas fechadas, em segredo absoluto, sem que sequer fosse ouvido o autor do trabalho revisto...

(...)

É que, segundo, se vê desde logo, pelo simples cotejo dos textos, a revisão obedeceu, toda inteira, à preocupação de mutilar, desfigurar, deturpar o projeto, de maneira a tornar imperceptível a sua influência na futura codificação, e a justificar a informação insistentemente divulgada de que a comissão revisora se transformara “ex próprio Marte” em comissão organizadora da reforma penal (1957, p. 1047).

Machado acusa a comissão revisora de ter praticado plágio, do que chamou de *grilo*. Ou seja, imputa aos revisores a prática de um crime:

O “grilo” se desmascarava: 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, mas a prática de crimes (1957, p. 1045).

Denuncia também que não houve debate sobre o projeto, que não ocorreu o *plebiscito dos criminalistas*, o que seria um indício da prepotência dos revisores:

(...) tudo se processou à revelia do mundo jurídico, assim nacional como estrangeiro... sem possibilidade de crítica ou debate... sem audiência de uma só das congregações das Faculdades de Direito, de um só dos institutos de advogados, de um só dos tribunais superiores do país... Tudo, naturalmente, por estar a comissão convencida de ser a única senhora e possuidora da verdade jurídica... (1957, p. 1053).

Quanto ao conteúdo, Machado lamenta as “mutilações a granel”, principalmente do “título consagrado ao regime da menoridade” e dos “dispositivos referentes à classificação dos criminosos, classificação indispensável ao tratamento penal”, sustentando que diante desta situação a “codificação brasileira nascerá atrasada de meio século...” (1957, p. 1051).¹⁵⁸

Ao cabo, entretanto, Alcântara Machado reivindica a paternidade do Código:

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

¹⁵⁸ Alcântara Machado também refere que o substitutivo estaria em desacordo com o “espírito do atual regime político”, por ter subvertido a “hierarquia dos bens sacrificados ou postos em perigo”, positivando os crimes contra o indivíduo antes dos crimes contra a nação e a coletividade (1957, p. 1049).

o trabalho insigne de Clóvis Bevilacqua (1957, p. 1053)

Após reivindicar a autoria do código, a oculta, recorrendo ao *universal* e pontuando que se trata de uma obra impessoal, pertencente ao Brasil:

Não o afirmo por vaidade. Leis dessa natureza não são, nem podem ser propriedade dos que lhe traçaram um plano, insuflaram o espírito, articularam os preceitos. Nada significa o nome dos arquitetos e dos operários, que lhe prestaram a colaboração, dos que lhes apuzeram a chancela oficial. O código é do Brasil. Representa a sua cultura. Constitui obra impessoal, cujos autores deveriam responder, a quem lhes perguntasse pelo nome, como Ulisses ao ciclope cego da epopéia homérica: “Eu me chamo Ninguém”. Tal o pensamento que me orientou; e outro não deveria ser o de todos quantos contribuíram para a codificação (1957, p. 1054).

Nélson Hungria e Roberto Lyra, naturalmente, responderam as críticas. O primeiro também propôs, em conferência pronunciada em 1954, na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, publicada nos *Comentários* sob o título *A autoria intelectual do código penal de 1940*, uma “investigação de paternidade” relativa ao código (1977, p. 350). Hungria coloca a seguinte pergunta: os trabalhos da Comissão resultaram em novo projeto ou alteraram apenas a superfície do projeto revisto, de Alcântara Machado? Segundo o penalista, *nem uma coisa nem outra*. Diz ele que “de par com as alterações de forma, houve mudanças de fundo, mas o projeto Alcântara Machado não ficou irreconhecível”, pois “a cada passo, no texto do projeto convertido no Código, depara-se a marca, o *signal de unha* do emérito e saudoso professor paulista” (1977, p. 350). Hungria repele a acusação de que o trabalho da Comissão resultou em mera cópia do projeto de Alcântara Machado e de que este seria o seu verdadeiro autor, mas procurar

conciliar: “*Não é tanto assim. O que é rigorosamente exato é dizer-se que o inolvidável professor paulista é um dos verdadeiros co-autores do Código de 40*” (1977, p. 352). E logo após, recorre ao mesmo tipo de argumento de Alcântara Machado, referindo que não “se deve estar a disputar glórias em torno à autoria intelectual desse diploma legislativo”, já que ele resulta da “cultura jurídica brasileira” (1977, p. 353)¹⁵⁹. Ao final do texto, Hungria ainda mobiliza o nome de outro penalista notável, Antônio José da Costa e Silva, esclarecendo: “não fui, no seio da Comissão, mais do que um fiel mensageiro e um fiel defensor dos critérios e ideais desse insigne e pranteado mestre” (1977, p. 357).

Roberto Lyra transcreveu em seu *Direito Penal Normativo* (1977) trecho de exposição que redigiu na ocasião ao ministro Francisco Campos, rebatendo as críticas de Alcântara Machado. Primeiro, ironiza que “S.Exa. [Alcântara Machado], tão intransigente no combate às paixões, entregou-se ao seu domínio, no momento mais impróprio” (1977, p. 48), para depois desmentir a informação de que as reuniões da revisão ocorreram a portas fechadas, de modo secreto, esclarecendo que as reuniões foram realizadas “a portas abertas, no ministério da justiça” (1977, p. 48).

Detivemo-nos na querela relativa ao Código Penal de 1940, antes de chegarmos ao Código Penal de 1969, por razões teóricas, pois a

¹⁵⁹ Se todos os contendores são unânimes em *dispensar as glórias* relativas à autoria do Código, por meio dos chavões que transcrevemos – a obra pertence à cultura jurídica nacional, à pátria, ao povo, ao Brasil; se são constantes às alusões à irrelevância do nome do codificador – Alcântara Machado mobiliza o *eu me chamo Ninguém*, de Ulisses – por que tanta disputa pela autoria do código? Qual a razão da *investigação de paternidade*? Que interesse move os penalistas, por que a devoção à trabalhadeira insana? Cremos que aqui encontramos em ato a formulação do que Bourdieu chamou de *interesse no desinteresse*, que é a representação que o campo jurídico pretende dar de si mesmo, isto é, “a imagem de um universo cuja lei fundamental é o serviço público (...), no qual os agentes sociais não têm interesse pessoal e sacrificam seus próprios interesses ao público, ao serviço público, ao universal” (Bourdieu, 1997, p. 149).

argumentação dos penalistas contendores é exemplificativa do tipo de relação entre o Estado e os juristas que estamos analisando, principalmente no que toca à elaboração das leis penais. Em primeiro lugar, vislumbramos a contribuição que os juristas prestam à constituição do Estado, por meio da formulação das leis e dos discursos de legitimação, o que ocorre em torno às permanentes relações travadas entre o Estado, as Faculdades de Direito e os juristas notáveis – não é à toa que Francisco Campos encomenda um Código Penal dirigindo-se ao *caro amigo Alcântara Machado*, a quem já chamara a colaborar noutras ocasiões. Em segundo lugar, o que a discussão nos demonstra com clareza é que, por trás dos debates sobre a autoria e a paternidade do código, está a ideia consolidada de que a codificação penal, a criminalização primária, as decisões político-criminais, as decisões sobre o que é certo e o que é errado, sobre a constituição moral da sociedade, é assunto cuja competência pertence ao penalista. Alcântara Machado lamenta que o projeto que elaborara não tenha gerado maiores debates no campo jurídico-penal, o que garantiria a legitimidade da empreitada legislativa, mas não deixa de nominar as *autoridades estrangeiras* que consagraram o projeto. A legitimidade da elaboração legislativa decorre, portanto, da forma científica e da autoridade técnica e social dos cientistas que se engajam nas discussões sobre a codificação. Roberto Lyra, em suas memórias sobre o período, diz que na história das codificações penais, “a contribuição brasileira figurará como a primeira a consumir-se num gabinete-oficina, com os operários em mangas de camisa. No lugar da tribuna, a mesa” (1977, p. 47). Ou seja, as discussões parlamentares, que em tese garantiriam a legitimidade democrática fundada na soberania popular, são prescindíveis face ao labor dos penalistas, *operários em mangas de camisa*. A legitimidade técnica para a criminalização primária resta naturalizada. O Código é afiançado nominalmente, pela competência técnica socialmente construída do penalista.

A codificação resulta, portanto, das disputas travadas no interior do campo jurídico e o monopólio da tarefa codificadora pertence ao penalista. Trata-se de importante parcela do poder simbólico de construção social da realidade.

5.2 O Código Penal de 1969: o anteprojeto Nelson Hungria, as Comissões Revisoras e o regime militar

5.2.1 A reforma da legislação penal às vésperas da ditadura

Um leitor desavisado dos manuais de direito penal dos anos sessenta e setenta pode ficar sem entender as constantes menções ao *novo código penal* e as necessárias adaptações dos textos didáticos às novas disposições constantes no código penal que foi promulgado pelo Decreto-Lei n. 1004, em 21 de outubro de 1969, e que deveria ter entrado em vigor em 01 de agosto de 1970. A entrada em vigor do código penal, contudo, foi adiada por sucessivas leis, até a definitiva revogação, ocorrida em 1978. Não obstante, o código natimorto ensejou tanto os esforços do autor do anteprojeto e das comissões revisoras, como foi o tema que dominou os eventos e a literatura jurídico-penal no período da ditadura civil-militar.

Pouco mais de vinte anos após a promulgação do Código Penal de 1940 desencadeou-se empreitada no sentido da reforma penal, com vistas à elaboração de novo código. Em 1961, o presidente Jânio Quadros, por meio do Decreto 51.005, instituiu o Serviço de Reforma de Códigos, a quem competiria coordenar a reforma da legislação penal, civil e comercial. Após a renúncia de Jânio Quadros, a tentativa de golpe, a campanha da Legalidade e a adoção do parlamentarismo como solução intermediária que possibilitou a posse do vice-presidente João Goulart, a intenção reformadora foi mantida. Assim que em 1962, o então primeiro-ministro Hermes Lima e o ministro da educação João Mangabeira, subscreveram o Decreto 1490, que autorizava a contratação, mediante remuneração, “de bacharéis e doutores em Direito, docente ou professôres de Direito”, para a elaboração de diversos códigos de leis, dentre eles os códigos penal, de processo penal e das execuções penais. Para a elaboração do anteprojeto de Código Penal foi nomeado Nélson Hungria¹⁶⁰; para o de processo penal, Hélio

¹⁶⁰ “A escolha recaía sobre o consumado mestre na matéria, com larga experiência no preparo de leis penais, sem dúvida o penalista brasileiro de maior prestígio, no país e no estrangeiro” (Fragoso, 1976, p. 300).

Tornaghi; e para o das execuções penais, Roberto Lyra. Assim que, vinte anos depois, os *operários em mangas de camisa* retornaram ao *gabinete-oficina* para prestarem *serviços à pátria*, de maneira a *modernizar* a legislação penal. Nélson Hungria e Roberto Lyra permaneciam os cânones do direito penal brasileiro e novamente eram requisitados pelo Estado para a elaboração das leis penais.

A primeira edição da Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal (doravante RBCDP), que abril de 1963 retomava as atividades como órgão oficial do Instituto de Criminologia da Universidade da Guanabara, tendo como Diretor o Professor Benjamin Moraes Filho e como Redator-Chefe o Professor Heleno Cláudio Fragoso, noticiou as movimentações da reforma penal, na seção *Notas e Informações*, nos seguintes termos:

Prosseguindo com os planos já anteriormente elaborados, para reforma de nossa legislação penal, foram feitos os contratos para preparo de ante-projetos, obra cometida a eminentes juristas. Ao ministro Nelson Hungria coube a elaboração de um projeto de novo código penal; ao prof. Hélio Tornaghi, de um novo código de processo penal, e ao prof. Roberto Lyra, de um código penitenciário, que será um código das execuções criminais. Os prazos fixados foram extremamente exíguos: três meses, prorrogáveis por mais dois. Os projetos serão objeto de discussão por parte de comissão a ser nomeada pelo ministro da justiça, estando previsto um entendimento com os líderes dos partidos, para garantir a rápida tramitação pelas Casas do Congresso, sem emendas. Trata-se, em verdade, de leis técnicas, que estariam fatalmente comprometidas caso seguissem o trâmite normal da elaboração das leis. Será indispensável, porém, que sejam indicados para a comissão revisora especialistas de real competência na matéria, submetendo-se os

projetos a amplo debate por parte de todos os órgãos capazes de opinar sobre leis de tanta relevância (RBCDP, 1963, p. 149).

A parte geral do anteprojeto elaborado por Nelson Hungria foi publicada nesta mesma edição, e na própria nota recém transcrita o redator informava que a parte especial seria publicada na próxima, bem como que a Revista estava a partir daí comprometida com a divulgação das análises e dos debates acerca da reforma penal. Portanto, aproximadamente um ano antes do golpe de 1964, o campo jurídico-penal agitava-se em torno da elaboração de novos códigos. Pelo que se extrai da nota transcrita, na ocasião se reafirmava o caráter técnico da tarefa codificadora, reservada a *eminentes juristas* e a *especialistas de real competência na matéria*. Esperava-se um acordo entre líderes dos partidos, para que o anteprojeto tramitasse com rapidez no Congresso Nacional e, mais importante, sem emendas, ou seja, sem interferências do legislador. Como consta na nota, estas *leis técnicas estariam fatalmente comprometidas caso seguissem o trâmite normal da elaboração das leis*.

Nelson Hungria, que havia sido nomeado por Getúlio Vargas, em 1951, ministro do Supremo Tribunal Federal, ocasião na qual, em carta remetida ao “eminente amigo sr. Presidente Getúlio Vargas” declarou ter recebido o “maior galardão a que podia aspirar, como cultor das letras jurídicas e lidador da Justiça”¹⁶¹ elaborava agora, já aposentado do Supremo, um projeto próprio. Em julho de 1963, com a publicação da parte especial na edição de número dois da Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, o anteprojeto foi disponibilizado integralmente à comunidade jurídica e o tema passou a dominar os debates das ciências criminais brasileiras¹⁶². Entre setembro de 1963 e fevereiro de 1964, ocorreu, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o *Ciclo de Conferências Sobre o*

¹⁶¹ Carta enviada por Nelson Hungria a Getúlio Vargas, disponível nos arquivos do CPDOC/FGV.

¹⁶² Abordaremos o conteúdo do anteprojeto e dos debates jurídico-penais, criminológicos e político-criminais em tópico próprio.

Anteprojeto do Código Penal Brasileiro de Autoria do Ministro Nelson Hungria (1965), evento organizado pelo Instituto Latino-Americano de Criminologia (ILAC)¹⁶³ e pela Secretaria de Justiça e Negócios do Interior do Estado de São Paulo. O *Ciclo* consistiu numa série de conferências de penalistas, criminólogos e médico-legistas acerca do anteprojeto Hungria¹⁶⁴, nas quais os conferencistas formularam críticas e sugestões, seguida de três conferências do próprio Hungria, ocasião nas quais o autor dedicou-se à defesa de seu anteprojeto perante o auditório do Largo São Francisco, tecendo comentários sobre as críticas recebidas, acolhendo algumas e rechaçando a maioria. Francisco Bueno Torres - diretor do ILAC e promotor de justiça - ao saudar Nelson Hungria, referiu que o penalista, “com seus setenta e dois anos de idade, nas três conferências em resposta às objeções aqui formuladas se apresentou com pujança de um jovem, com energia inquebrantável em seus argumentos e com um espírito altivo e clarividente” (1965, p. 486). A conferência de abertura, em três de setembro de 1963, foi proferida por Miguel Reale, que em seu discurso citou *Savigny*, *Rousseau* e *Durkheim*, para sustentar que a obra codificadora, para ser autêntica, “não pode ser tarefa puramente abstrata, que brote dos livros e dos tratados como ponto de convergência ou de encontro das doutrinas mais conflitantes”, pois não pode deixar de refletir o *espírito do povo*, a *vontade geral* ou a *consciência coletiva*, “que são todas expressões equivalentes a indicar a personalidade moral e histórica de cada povo que já tenha atingido a maturidade ou sinta que está em condições de atingi-la” (Reale, 1965, p. 14).

De maneira que entre o final de 1963 e o início de 1964 o *plebiscito dos criminalistas* estava em pleno andamento. Ainda sob o comando de João Mangabeira, o Ministério da Justiça constituiu a comissão revisora do anteprojeto Hungria, composta pelo próprio autor

¹⁶³ O Instituto Latino-Americano de Criminologia era uma instituição ligada ao Governo de São Paulo.

¹⁶⁴ Proferiram conferências Basileu Garcia, Noé Azevedo, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Flaminio Fávero, Leonídio Ribeiro, Odon Ramos Maranhão, Everardo da Cunha Luna, Heleno Fragoso, Alcides Munhoz Netto, Raul Chaves, Paulo José da Costa Jr., César Salgado, dentre outros.

do projeto, por Roberto Lyra, presidente, e por Hélio Tornaghi.¹⁶⁵ No dia sete de janeiro de 1964, quando já se precipitavam os acontecimentos que redundaram no golpe, iniciou-se a revisão do anteprojeto, com a presença da comissão revisora e do novo Ministro da Justiça, Abelardo Jurema. Roberto Lyra havia sido Ministro da Educação e Cultura do governo João Goulart, no período parlamentarista e era um apoiador daquele que chamou o *primeiro governo de esquerda do Brasil*. Como presidente da comissão revisora do anteprojeto de código penal, no início de 1964, já demonstrava seu desconforto com os rumos que a situação política tomava. Daí que, numa espécie de defesa intransigente da democracia severamente ameaçada, e como que buscando purgar o *pecado original* de 1940, na primeira reunião da comissão revisora que presidiu efetivou proposta no sentido de que o código deveria ser encaminhado diretamente ao congresso nacional, para que este exercesse sua soberania e fizesse as alterações que julgasse necessárias. Consta na ata da primeira sessão a discordância de Nelson Hungria quanto a tal proposta, nos seguintes termos:

O relator, ministro NELSON HUNGRIA, não concordou, alegando que havia um decreto o de número hum mil quatrocentos e noventa (1.490) de 08 de novembro de mil novecentos e sessenta e dois (1962), que determinava a obrigatoriedade da reunião de uma comissão revisora. O professor Helio Bastos Tornaghi não concordou também com a proposta, que foi rejeitada contra o voto do presidente. Este pediu a juntada da justificação de sua proposta, acrescentando que o decreto poderia ser alterado. Aprovada (Lyra, 1966, p. 31).

¹⁶⁵ Lembre-se que paralelamente à feitura do anteprojeto de Código Penal, Roberto Lyra havia elaborado um anteprojeto de código das execuções penais, publicado na edição de número três da RBCDP (outubro a dezembro de 1963), e Hélio Tornaghi, um anteprojeto de código de processo penal, publicado na edição de número quatro (janeiro a março de 1964).

Comentando o assunto, Lyra conta que insistiu pela “imediate remessa de todos os anteprojetos, com as críticas e sugestões recebidas, ao Congresso Nacional, de modo a não retardar sua apreciação, já dificultada pela vigilância conservadora e reacionária” (1966, p. 31). Tendo sido vencido, diz que tentou participar da revisão “com boa vontade e humildade” e que procurou “honrar o trabalho, apesar das reservas de ordem geral” (1966, p. 32). Tais reservas, segundo ele, não se referiam “às posições doutrinárias e sim aos deveres patrióticos e humanos” (1966, p. 32). Não sabemos exatamente quais seriam estes deveres patrióticos e humanos aventados por Roberto Lyra, mas podemos perceber sua desconformidade com a continuidade da empreitada codificadora em meios aos ventos que viraram tempestade e resultaram na subversão da ordem constitucional. Daí que na segunda sessão da comissão revisora, “alegando as suas ocupações e preocupações em relação à conjuntura nacional”, Lyra declarou que continuaria presidindo os trabalhos, mas que votaria apenas em caso de empate (1966, p. 32). Suas preocupações em relação à conjuntura nacional eram pertinentes.

5.2.2 O golpe civil-militar de 1964 e a continuidade dos trabalhos de revisão

Consolidado o golpe civil-militar, o governo Castelo Branco deu prosseguimento à reforma dos códigos. É interessante notar que, no primeiro momento, o governo não vislumbrou problemas em manter a mesma comissão de penalistas para a continuidade da elaboração do Código penal, mesmo levando em conta que os autores dos anteprojetos, que se tornaram os membros da comissão revisora, tinham sido nomeados durante o governo João Goulart, pelo Ministro da Justiça João Mangabeira, que era o presidente do Partido Socialista.

Entretanto, os membros da comissão revisora, que já haviam começado a trabalhar em janeiro de 1964, tomaram atitudes distintas diante da subversão da ordem política. Néelson Hungria continuou a

trabalhar na revisão do código e, como veremos, defendeu a sua promulgação por decreto até pouco antes de falecer, ainda que não tenhamos encontrado nenhuma declaração ou escrito do autor sobre o regime político instaurado em 1964. Também Hélio Tornaghi não se manifestou expressamente sobre o tema, mas o fato é que, nomeado no início de 1965 para compor a nova comissão revisora, não participou dos trabalhos, não sabemos se por razões pessoais, quiçá de saúde dada sua idade avançada, ou por razões político-ideológicas. A nova comissão revisora, da qual trataremos a seguir, foi nomeada justamente porque, ao contrário dos demais colegas, Roberto Lyra demitiu-se da tarefa: “minha voz oprimida e angustiada não poderá ressoar sob o troar da fôrça” (1966, p. 33), escreveu o autor.

A pasta da justiça do governo Castelo Branco foi ocupada pelo ministro Milton Campos¹⁶⁶. Ao assumir o ministério, o jurista mineiro convocou os membros da comissão revisora do anteprojeto de Código Penal para a continuidade dos trabalhos. Lyra, em carta remetida em 17 de junho de 1964, expôs as razões de sua demissão, nos seguintes termos:

Rio de Janeiro, 17 de junho de 1964. Exmo. Sr. ministro Milton Campos. Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência para solicitar dispensa de membro-presidente da comissão revisora do anteprojeto de Código Penal e de membro da comissão revisora do Código de Processo Penal. Li, com o respeito de sempre, a entrevista em que Vossa Excelência aludiu à remessa dos referidos anteprojotos, depois de revistos, ao

¹⁶⁶ Milton Campos foi presidente da União Democrática Nacional (UDN), duas vezes candidato à vice-presidência da república (derrotado por João Goulart) e governador de Minas Gerais por tal sigla. Esteve entre os articuladores do golpe civil-militar, compondo o “secretariado de grandes personalidades” que o governador Magalhães Pinto (MG) constituíra às pressas enquanto as tropas do General Olympio Mourão dirigiam-se de Juiz de Fora ao Rio de Janeiro (Tavares, 2014, p. 19). Cf. também o relatório da Comissão Nacional da Verdade (2014, p. 315).

Congresso Nacional. Estou convencido que uma obra de tanta magnitude científica e de tanta delicadeza técnica não deve sobrecarregar e desviar, nesta hora, um Parlamento ressentido e emprazado. Em relação ao meu anteprojeto de Código das execuções penais, que é uma tentativa de criação e avanço, dirijo a Vossa Excelência emocionado apêlo no sentido de deixar sua revisão e seu encaminhamento para oportunidade mais propícia à reflexão (1966, p. 32).

A demissão de Lyra foi aceita, conforme carta enviada pelo ministro Milton Campos em 01 de julho de 1964, na qual o udenista lhe agradeceu os *bons serviços* e expressou a “convicção de que outros não recusará, em surgindo a oportunidade de prestá-los à Pátria” (Lyra, 1966, p. 33). Comentando o episódio, dois anos depois, Lyra criticou o poder do novo governo, que, segundo o autor “atribui-se arbítrio que não lhe daria o mais reacionário dos códigos”, de modo que “não precisava (...) de leis propriamente ditas” (1966, p. 33). De fato, o anteprojeto de códigos das execuções penais descansou na “paz do arquivo”, conforme o desejo expressado por Lyra, e então foi preciso esperar o fim do regime militar para que, em 1984, o Brasil enfim promulgasse uma lei para supostamente garantir direitos aos apenados, o que até hoje não ocorreu. Quanto ao novo código penal, contudo, os trabalhos de revisão foram retomados. A RBCDP de setembro de 1964 trazia notícia sobre o convite realizado à Heleno Cláudio Fragoso¹⁶⁷ para compor a comissão, mas ainda não informava a saída de Roberto Lyra:

Foi convidado para integrar a comissão revisora dos anteprojetos de Código Penal, das Execuções Penais e de Processo Penal, o

¹⁶⁷ Heleno Fragoso conta que seu nome “havia sido proposto pelo prof. ROBERTO LYRA para integrar a comissão anterior, tendo sido por ele aprovado” (1976, p. 302).

Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. Como se sabe, a comissão é constituída pelos autores dos anteprojetos, o Min. NELSON HUNGRIA e os professores ROBERTO LYRA E HÉLIO TORNAGHI.

Após terem sido iniciados os trabalhos de revisão relativamente ao anteprojeto de Código Penal, foram êles suspensos, em virtude da ausência do Min. Néelson Hungria, em viagem à Europa (1964, p. 153).

Não podemos saber se a Revista do Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara desconhecia de fato a demissão de Lyra ou se os redatores preferiram atribuir a suspensão dos trabalhos da comissão à viagem à Europa de Nelson Hungria. Poucos meses depois, entretanto, por meio das portarias 18-B e 19-B, de 09 de fevereiro de 1965, o ministro Milton Campos dissolveu a comissão anterior e designou outra, composta por Nelson Hungria, Hélio Tornaghi, Anibal Bruno e Heleno Fragoso (Fragoso, 1976, p. 302).¹⁶⁸ A dissolução da primeira comissão revisora e a constituição da nova foi publicada no Diário Oficial da União, em 10 de fevereiro de 1965, nos seguintes termos:

O Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores, usando de suas atribuições, resolve:

Nº 18-B – Tornar sem efeito a Portaria nº 51-B de 14 de março de 1963, que designou os

¹⁶⁸ Heleno Fragoso escreveu texto fundamental para a compreensão dos acontecimentos relativos ao Código Penal de 1969 e para a pesquisa dos documentos pertinentes, intitulado *Subsídios para a história do novo código penal*, publicado na Revista de Direito Penal n. 03 (1970) e reproduzido nas Lições de Direito Penal (1976). Em nosso trabalho este texto é importante não apenas em razão das informações elencadas, que nos permitem a reconstrução dos fatos ocorridos naquele contexto, mas também como relato de um dos envolvidos, a ser analisado nos termos de nosso referencial teórico.

Professôres Nelson Hungria, Roberto Lyra e Hélio Bastos Tornaghi, para, sob sua presidência, constituírem Comissão a fim de examinar o anteprojeto de Código Penal elaborado pelo primeiro, e apresentar conclusões dentro do prazo de trinta dias.

O Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores, usando da atribuição que lhe confere o art. 5º do Decreto nº 1.490, de 08 de novembro de 1962 e na conformidade do disposto no §1º do art. 1º do Decreto nº 1.991 de 10 de janeiro de 1963, resolve:

Nº 19-B – Designar os Professôres Nelson Hungria, Hélio Bastos Tornaghi, Aníbal Bruno e Heleno Fragoso para, sob sua presidência, constituírem Comissão a fim de examinar o Anteprojeto de Código Penal elaborado pelo primeiro, e apresentar conclusões dentro do prazo de trinta dias – *Milton Soares Campos* (D.O.U, 10 de fevereiro de 1965, p. 1664).

No dia oito de março de 1965 a nova comissão revisora realizou seu primeiro encontro, na “sala de Serviço da Reforma de Códigos, situada à rua México, cento e vinte e oito, quinto andar”, no Rio de Janeiro. Até então haviam ocorrido oito sessões da comissão antiga, de maneira que a nona sessão consistiu na reinstalação da comissão. Na ata da nona sessão consta o seguinte¹⁶⁹:

Reinstalou-se a Comissão Revisora do Anteprojeto de Código Penal, depois de decorrido um ano, devido a saída, a pedido, do Professor Roberto Lyra, e a ida à Europa do Ministro Nelson Hungria. Com a

¹⁶⁹ As atas das sessões da segunda comissão revisora do anteprojeto de código penal nos foram gentilmente cedidas pelo Dr. Christiano Fragoso, a quem agradecemos. Os trechos da ata serão doravante citados com a designação do número da sessão. Nas atas não consta número de página.

designação de nova Comissão – Portaria número 19-B de nove de fevereiro de mil novecentos e sessenta e cinco constituída pelos antigos membros: Ministro Nelson Hungria, autor e relator do Anteprojeto; Professor Hélio Bastos Tornaghi; e dos novos: Professôres Aníbal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso, e havendo, em consequência da entrada dos novos membros, necessidade de um completo entrosamento entre esses, houve por bem determinar, sua Excelência o Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores, Senador Milton Campos, a revisão da matéria já apreciada anteriormente. De acordo com a praxe, na ausência do Ministro da Justiça, a presidência da Comissão, fica adjudica ao Professor Aníbal Bruno. Estão presentes à Sessão de reinstalação da Comissão os Professôres Aníbal Bruno, Presidente; Ministro Nelson Hungria, relator, e Professor Heleno Cláudio Fragoso. Ausente o Professor Hélio Bastos Tornaghi.

Conforme a ata, a Comissão Revisora foi reinstalada depois de decorrido um ano da última reunião em razão do pedido de demissão de Lyra a da viagem à Europa de Hungria. Além disso, consta que diante da entrada dos novos membros decorreu a necessidade de retomar o texto já revisto e que a presidência da Comissão foi adjudicada a Aníbal Bruno.¹⁷⁰ Na sessão de reinstalação estavam presentes, portanto, Aníbal Bruno, designado presidente, Nelson Hungria, o autor do anteprojeto, e Heleno Fragoso, além do secretario, Jandir Burlamaqui Dias. Nesta ocasião, iniciaram os trabalhos, discutindo o anteprojeto do artigo primeiro ao décimo segundo. A partir de então ocorreram sessões

¹⁷⁰ De acordo com a portaria 19-B, a presidência da comissão caberia ao Ministro da Justiça.

semanais¹⁷¹, até o dia 16 de novembro de 1965, quando na trigésima quinta sessão finalizaram a revisão da parte especial. O professor Hélio Tornaghi, teve sua ausência atestada em todas as atas, mas sem especificação do motivo¹⁷².

Segundo Heleno Fragoso, findo o trabalho de revisão, “o projeto revisto deveria ser passado a limpo, distribuindo-se cópias aos membros da Comissão, ficando entre eles acertado que uma segunda leitura do texto revisto deveria realizar-se” (1976, p. 303). Isso porque “várias questões haviam ficado em aberto, e um estudo comparativo deveria ser feito quanto às penas cominadas, na Parte Especial” (1976, p. 304). Fragoso narra que os membros da comissão ficaram aguardando nova convocação para o prosseguimento do trabalho, o que acabou por não ocorrer:

Parece, no entanto, que o governo havia se desinteressado do assunto, talvez em face dos graves problemas políticos que àquela época o ocupavam, e não mais recebemos qualquer notícia do projeto. NELSON HUNGRIA externou, em várias oportunidades, desde então, o seu desânimo, não mais acreditando que o trabalho realizado pudesse vingar (1976, p. 304).

¹⁷¹ A RBCDP n. 09, de junho de 1965, noticiou: “Prosseguem com intensidade os trabalhos de revisão do anteprojeto do Código Penal, de autoria do min. Nelson Hungria. A comissão revisora, composta do autor do anteprojeto e dos professores ANIBAL BRUNO E HELENO CLAUDIO FRAGOSO, já tem adiantado consideravelmente os trabalhos, estando praticamente finda a revisão da parte geral. Será elaborada uma exposição de motivos, que deverá acompanhar o projeto revisto, a ser encaminhado ao congresso (RBCDP n. 09, p. 158). A RBCDP n. 10, de setembro de 1965, segue tratando dos trabalhos da comissão, que na ocasião esperava “concluir suas atividades nos próximos três meses” (RBCDP n. 10, p. 160).

¹⁷² As atas são bastante sintéticas, mas em alguns pontos é possível flagrarmos debates e divergências entre os membros, do que trataremos na sequência do estudo.

É possível que o governo tenha se *desinteressado do assunto* em face das necessidades de manutenção do poder autocrático, que resultou no endurecimento do regime, pois neste período foi decretado o Ato Institucional n. 2, que, dentre outras medidas, extinguiu os antigos partidos políticos e instituiu o sistema bipartidário (ARENA e MDB), o Ato Institucional n. 3, que estabeleceu a eleição indireta dos governadores do Estado, o Ato Institucional n. 4, a Constituição de 1967 e, finalmente, o Ato Institucional n. 5, em dezembro de 1968. No poder executivo, o moderado Castelo Branco não elegeu seu sucessor, tendo sido substituído na presidência da república pelo general Artur da Costa e Silva, que tomou posse em março de 1967 (o udenista Pedro Aleixo assumiu a vice-presidência). O Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que gerenciava as reformas legislativas e chefiava a comissão revisora do Código Penal, também se movimentou no sentido da radicalização do poder autocrático. O Ministro Milton Campos - que deu seguimento aos trabalhos da comissão após o golpe, mantendo os membros que haviam sido nomeados pelo governo deposto - pediu demissão em outubro de 1965, pouco antes da edição do AI2, por não concordar com os “rumos da revolução”. A partir daí, passaram pelo cargo Luis Viana Filho, Juracy Magalhães, Mem de Sá e Carlos Medeiros da Silva, até a posse, em março de 1967, de Luis Antonio da Gama e Silva, o professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, reitor da USP, defensor ferrenho das medidas repressivas e idealizador e entusiasta do Ato Institucional n. 5, de quem já tratamos.

5.2.3 A Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Código e o Decreto 1004/69 da Junta Militar

Ao assumir o Ministério da Justiça, Gama e Silva instituiu, por meio do decreto 61.239, de 25 de agosto de 1967, a Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Código, que tinha por objetivo concluir os trabalhos de elaboração legislativa iniciados em 1961 e “rever e coordenar os diversos projetos já elaborados, nêles introduzindo as modificações que se fizerem necessárias ou convenientes, tendo em

conta a unidade do sistema jurídico nacional e a atualização de vários institutos” (art. 2, decreto n. 61.239/67). Ademais, a comissão foi criada em razão da necessidade de “adaptar vários dos projetos já elaborados à nova ordem constitucional e à atual política legislativa do governo”, conforme consta nos “considerando” do decreto. A presidência da Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Código coube a Alfredo Buzaid. Gama e Silva e Buzaid assumiram o poder no Ministério da Justiça e as reformas legislativas ficaram sob o controle da dupla de colegas da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que durante o mesmo período também foram reitores da USP¹⁷³. O futuro do anteprojeto Hungria estava nas mãos dos juristas mais fiéis ao regime militar, que certamente zelariam pela sua adaptação à “nova ordem constitucional”, isto é, a ordem instituída pelo golpe civil-militar. Talvez esta guinada em sentido conservador e antiliberal, tanto no governo quanto no Ministério da Justiça, explique a paralisação da empreitada codificadora, de 1965 até o início de 1969.

De acordo com o relato de Fragoso, o tema ficou em banho-maria até janeiro de 1969, quando Nelson Hungria o contactou, “dando conta de que o Ministro da Justiça de então, o prof. Gama e Silva, o avisara de seu propósito de editar o novo Código Penal por decreto imediatamente” (1976, p. 304). Ou seja, menos de um mês após o Ato Institucional nº 05, Gama e Silva contactou Nelson Hungria, comunicando-o acerca do propósito de dar seguimento aos trâmites da elaboração do Código Penal, que estavam em ponto morto desde o final de 1965. Hungria, então, contactou Fragoso, que ponderou no sentido da impossibilidade da edição imediata do código: “ponderamos ao mestre que o projeto revisto não estava em condições de se transformar em lei como se achava, lembrando que ficáramos de realizar uma segunda leitura, bem como que diversas questões ficaram em aberto (1976, p. 304). Hungria, entretanto, manifestou claramente o desejo de aproveitar

¹⁷³ Gama e Silva foi reitor da Universidade de São Paulo em dois mandatos, de 1963 a 1969, ocasião na qual esteve licenciado inúmeras vezes. Alfredo Buzaid, vice-reitor no derradeiro mandato de Gama e Silva, assumiu o cargo em uma destas licenças, em 1969. Ainda em 1969, Gama e Silva transmitiu o cargo para o novo reitor, Miguel Reale, que o exerceu até 1973.

o recesso da Câmara Federal e do Senado para que “seu projeto” se transformasse enfim no novo Código Penal. Como em 1940, o “príncipe dos penalistas”, agora já nos últimos meses de vida, queria ver sua obra se transformar em lei. Com o Congresso fechado, tanto melhor:

Era evidente, porém, o desejo de NELSON HUNGRIA em ver o seu projeto finalmente transformado no novo Código Penal. Disse-nos estar convencido de que não haveria possibilidade de que isso ocorresse se tivesse de depender de aprovação pelo Congresso (Fragoso, 1976, p. 305).

Nelson Hungria faleceu no final de março de 1969, sem ver o seu anteprojeto transformado em novo Código Penal. Mas permaneceu influenciando os rumos da criminalização primária brasileira. Dias depois de sua morte, o secretário da Comissão Revisora, sob ordens do Ministro Gama e Silva, procurou Heleno Fragoso, entregando-lhe os originais do projeto e informando que Hungria, pouco antes de falecer, os havia devolvido ao Ministério da Justiça e recomendado que fossem remetidos aos membros da Comissão (Heleno Fragoso e Aníbal Bruno), para que redigissem a Exposição de Motivos (Fragoso, 1976, p. 305). Heleno Fragoso conta que na ocasião esclareceu ao secretário que o projeto não estava em condições de ser promulgado, conforme dissera ao próprio Hungria, e que receberia “a honrosa tarefa, que expressava a confiança do velho mestre, com a condição de um preliminar reexame metuculoso do texto” (1976, p. 305). De modo que Fragoso novamente retornou ao trabalho de revisão, verificando que “aos defeitos do original, outros acrescentara o serviço do Ministério da Justiça, com erros graves na transcrição e até com a omissão de artigos” (1976, p. 305). Quando o novo trabalho de revisão já estava quase concluído, Fragoso foi avisado, “por simples comunicação telefônica”, que estava desincumbido da tarefa, “pois a Exposição de Motivos seria redigida pelo próprio pessoal do Ministério” (1976, p. 305).

Nesse momento, Alfredo Buzaid tomava às decisões relativas à codificação. Tanto a primeira quanto a segunda Comissão Revisora eram estabelecidas no Rio de Janeiro (o recifense Aníbal Bruno, ao aposentar-se de sua cátedra na Faculdade de Direito no Recife, mudou-se para o Rio de Janeiro). Além disso, com exceção de Nelson Hungria, os demais membros expressavam em seus discursos e em seus escritos posições jurídicas e políticas que não se adequavam ao radicalismo conservador de Gama e Silva e Alfredo Buzaid. Desta forma, podemos especular que foi por esta razão que Buzaid, ao assumir a coordenação da reforma dos códigos, chefiado pelo Ministro Gama e Silva, tenha convocado juristas de São Paulo para analisarem e formularem propostas relativas ao anteprojeto Hungria, dentre eles José Frederico Marques, seu companheiro de outras jornadas, como vimos. Benjamin Moraes¹⁷⁴, em artigo publicado em 1970 na Revista de Informação Legislativa (edição de julho a setembro), intitulado *Visão Panorâmica do Novo Código Penal*, relatou o seguinte:

Quando Hungria faleceu, no início do ano passado, o hoje Ministro Alfredo Buzaid, então coordenador da reforma dos Códigos no Ministério da Justiça, extraiu cópias do anteprojeto emendado e remeteu-as a vários juristas penais do Brasil, principalmente do Estado de São Paulo. Enviou, igualmente, um

¹⁷⁴ Benjamin Moraes foi um colaborador assíduo da elaboração e da revisão de anteprojetos de códigos durante o mandato de Alfredo Buzaid no Ministério da Justiça. Além de participar da revisão dos Anteprojetos de Código Penal e Código Penal Militar, em 1969, e de elaborar o Anteprojeto de Código das Execuções Penais, em 1970, participou da revisão do Anteprojeto de Código de Processo Penal, elaborado por José Frederico Marques; e da Lei das Contravenções Penais, elaborado por José Salgado Martins (atuou na comissão revisora juntamente com José Frederico Marques. Não nos alongaremos em sua biografia, mas cumpre referir que Benjamin Moraes foi diretor do Instituto de Criminologia do Estado da Guanabara e da Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, publicação editada pelo Instituto, de 1963 a 1967; e no mesmo ano de 1967, foi efetivado como Catedrático da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Era também pastor presbiteriano. Para informações biográficas sobre Benjamin Moraes, conferir *Benjamin Moraes – traços para o perfil de sua vida e obra*, de Licínio Leal Barbosa (1981).

exemplar ao Prof. Oscar Stevenson, aqui no Rio de Janeiro, solicitando-lhes as sugestões de emendas.

Cêrca de doze a quinze juristas de São Paulo, que receberam cópias do anteprojeto, estudaram-no, fizeram reuniões, enviando posteriormente perto de sessenta sugestões ao Ministro da Justiça (1970, p. 20).

Não foi possível descobrir quem foram os “doze a quinze juristas de São Paulo” consultados. O certo é que o Ministério Público de São Paulo formou uma comissão composta por Luiz de Mello Kujawski, Ewelson Soares Pinto e Dirceu de Mello, que, com o apoio de José Frederico Marques, elaborou outro projeto de Código Penal. Na edição de número 67 da Revista *Justitia*¹⁷⁵, do Ministério Público de São Paulo, publicada no quarto trimestre de 1969, consta o anteprojeto de Código Penal elaborado por esta comissão, precedido por nota escrita pelo procurador de justiça Luis de Mello Kujawski. Na nota, datada de 09 de abril de 1970, o procurador de justiça, em suas palavras, “presta uma contribuição, embora incompleta, para a história da elaboração de novo Código Penal” (1969, p. 362):

Na conversa que mantive com o Prof. Gama e Silva, decidiu-se que seria elaborado outro Projeto, a ser entregue ao Prof. Buzaid, em que se manteria a sistemática do Código ainda vigente, ao contrário do posteriormente promulgado, que obedeceu às linhas mestras do Anteprojeto Hungria.

Essa orientação tinha um só objetivo: dar à comissão revisora a oportunidade de optar entre dois modelos diversos, ambos oriundos, essencialmente, do reconhecido brilho intelectual de Néelson Hungria (1969, p. 361).

¹⁷⁵ A linha editorial da *Revista Justitia* era de franco apoio à ditadura.

Kujawski esclarece ainda que “o Ministério Público de São Paulo enviou, separadamente, duas séries de sugestões”, a “primeira formulada por uma comissão constituída por iniciativa do dr. Gilberto Quintanilha Ribeiro e a segunda, redigida pelo Dr. Ewelson Soares Pinto e pelo presidente da comissão elaborada do nosso Projeto” (1969, p. 362). A partir destas informações e da entrada em campo do Ministério Público de São Paulo, assessorado por José Frederico Marques, percebemos que ocorreu, mais uma vez, uma disputa pelo código, travada no interior do campo jurídico-penal, em sua relação com o campo político e burocrático.

Heleno Fragoso, que em meados de 1969 fora dispensado *por simples comunicação telefônica* da tarefa de redigir a Exposição de Motivos, revelou-se surpreso ao ser novamente convocado, por meio de ofício, para “reunião destinada ao exame de algumas propostas finais relativas ao texto que se julgava definitivo” (1976, p. 305). Entretanto, aceitou a convocação e participou de algumas reuniões com “os remanescentes das comissões revisoras dos anteprojetos de Código Penal e Código Penal Militar” (Fragoso, 1976, p. 306). Em verdade, quanto ao anteprojeto de Código Penal, Fragoso era o único remanescente, pois Aníbal Bruno, enfermo, declinou a convocação. Quanto à comissão revisora do anteprojeto de Código Penal Militar, estiveram presentes Ivo D’Aquino e Benjamin Moraes. Alfredo Buzaid presidiu tais reuniões, ocasião na qual foram discutidas as emendas dos juristas de São Paulo, provavelmente aquelas provenientes do Ministério Público de São Paulo¹⁷⁶.

Fragoso relata que havia pressa em concluir o trabalho, “pois anunciava-se a reabertura do Congresso e o governo tinha o firme

¹⁷⁶ “Apresentou então o Prof. BUZAID várias propostas de alteração do texto revisto, sendo algumas muito importantes (sobre a relação de causalidade, imputabilidade e erro de direito, por exemplo). Grande parte, no entanto, referia-se à redação, com emendas quase sempre muito felizes” (Fragoso, 1976, p. 306). “Durante vários dias discutiram-se as emendas trazidas de São Paulo. Poucas foram rejeitadas; a quase totalidade, com pequenas alterações, foi aceita, sendo determinada sua incorporação ao projeto já revisto” (Moraes, 1970, p. 21).

propósito de editar os Códigos por decreto” (1976, p. 306). Conta também que várias vezes ponderou à Buzaid sobre os trabalhos da Comissão Revisora, solicitando a “oportunidade para propor emendas e correções”, mas que diante da extrema urgência foram propostas alterações apenas relativas à Parte Geral” (1976, p. 306). Findo o trabalho de revisão, Fragoso escreveu a Exposição de Motivos da Parte Geral e Benjamin Moraes escreveu a da Parte Especial, conforme Fragoso (1976, p. 306). A partir daí, tendo sido o trabalho “datilografado às pressas para o seguinte despacho ministerial, entrou novamente num ponto morto, com a doença e depois com o falecimento do presidente COSTA E SILVA e a situação política complicada que então se criou” (1976, p. 307).

Na aula magna que proferiu na abertura do semestre letivo da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em 1971, Manoel Pedro Pimentel criticou os trabalhos de elaboração do Código e nos forneceu alguns indícios importantes. Segundo o professor da USP, o projeto que resultou dos trabalhos da Comissão Revisora não chegou a ser divulgado. O projeto que resultou da atuação da nova comissão revisora, já em 1968, composta por Heleno Fragoso, Benjamin Moraes e Ivo D`Aquino, também não foi divulgado, antes de se transformar no Decreto-Lei 1004. Conforme Pimentel,

Tão sigiloso foi o trabalho desta comissão revisora que, em 1968, quando prestamos concurso à cátedra de Direito Penal desta Faculdade de Direito, tivemos que nos empenhar com um amigo influente para obtermos a redação do dispositivo que disciplinava a matéria do crime continuado, assunto de nossa dissertação (1971, p. 374).

Manoel Pedro Pimentel também relata que fora convidado por Gama e Silva, no início de 1969, para opinar sobre o projeto:

Diga-se, a bem da verdade, que no início do ano de 1969 o então eminente Ministro da

Justiça, Professor Gama e Silva, confiou-nos uma cópia do Projeto, pedindo a nossa colaboração pessoal. Estou informado de que idêntico pedido foi feito ao ilustre Professor Basileu Garcia, e de que foi entregue uma outra cópia ao Procurador Geral da Justiça de São Paulo, para o oferecimento de sugestões (1971, p. 375).

Ressalta, contudo, que suas sugestões não foram acolhidas:

A minha colaboração foi entregue ao eminente Professor Alfredo Buzaid, atual ilustre Ministro da Justiça, que era, na ocasião, o Coordenador da Reforma Legislativa, não me parecendo tivesse sido útil o trabalho, porque nenhum reflexo das observações que fiz foi notado na lei posteriormente editada (1971, p. 375).

O período final da gestão do Código Penal que veio a ser promulgado em outubro de 1969 deu-se em meio às turbulências do cenário político e à radicalização da ditadura. Um semestre após o Ato Institucional n. 5, em agosto de 1969, o presidente Costa e Silva sofreu um derrame que logo após o levou à morte. Nessa ocasião, os militares deram mais um golpe e impediram a posse do vice-presidente Pedro Aleixo, que, conforme Boris Fausto, além de ser civil, “tinha o grave defeito de ter se oposto ao AI-5” (1995, p. 236). Assim, por meio do Ato Institucional n. 12, os ministros Lira Tavares, Augusto Rademaker e Márcio de Souza Melo, do Exército, da Marinha e da Aeronáutica assumiram o poder, de modo que a presidência da república passou a ser exercida por uma Junta Militar. No período, além das medidas repressivas relativas à dimensão ideológica, que já abordamos, intensificou-se a repressão à dita subversão, por meio da tortura, dos desaparecimentos e das execuções. Do ponto de vista legislativo, o Ato Institucional n. 13, de 05 de setembro de 1969, instituiu a pena de banimento para aquele “que se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional” e o Ato Institucional n. 14, da mesma data,

alterou a Constituição de 1967, para permitir a aplicação da pena de morte, a prisão perpétua, o banimento e o confisco em casos de “guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva”. Para completar o “pacote repressivo” da Junta Militar, em 29 de setembro de 1969 entrou em vigor o Decreto-Lei n. 898, a Lei de Segurança Nacional, destinada a instrumentalizar a ditadura. Em todos os casos, o nome do Ministro da Justiça, Gama e Silva, é o primeiro a constar no texto dos atos e do decreto, logo abaixo dos militares da Junta.

É curioso que em meio a tal *barulho* houvesse pressa para promulgar um novo Código Penal. Ao mesmo tempo em que o Ministério da Justiça participava ativamente da elaboração dos atos e dos decretos, auxiliando os órgãos estatais e para-estatais na repressão política, também se esforçava para dar cabo da empreitada codificadora iniciada ainda no governo João Goulart. Enquanto o governo militar violava sempre que queria as leis que editava, alterando-as ou descumprindo-as, penalistas se engajavam na produção legislativa, sob ordens deste mesmo governo. Ao passo que o sistema penal subterrâneo produzia suas vítimas, o sistema penal comum, às voltas com a reforma penal, mantinha a aparência de legalidade.

Benjamin Moraes relata: “Quando terminou êste trabalho, por ordem do Ministro Gama e Silva, o então coordenador da reforma dos Códigos, Prof. Alfredo Buzaid, honrou-nos com o convite para fazer a assim chamada **revisão final**” (1970, p. 21). Honrado com o convite, Moraes passou ao trabalho: “esta tarefa custou-nos bastante e obrigou-nos a consultas inúmeras, durante o prazo curto que nos foi concedido (1970, p. 21). Foi então necessário trabalhar “todos os dias e até madrugada” (1970, p. 21). O objetivo da revisão final não era transformar o anteprojeto Hungria ou elaborar um novo, “mas, mantendo-se o mais possível a obra deixada por Hungria, importava encaixar as leis que a Revolução de 1964 já havia adotado em matéria penal e que não tinham sido incorporadas ao texto do anteprojeto” (1970, p. 21). Até que Benjamin Moraes entregou o projeto ao governo:

Ao entregarmos o projeto revisto, fizemos sentir ao Sr. Ministro que não há obra humana perfeita. Tôda obra humana é perfectível. Assim o compreendeu o ilustre homem público. E, embora não se tenha a pretensão de que o novo Código Penal seja obra perfeita, podemos acentuar que ele traduz os últimos avanços da ciência penal, honrando a cultura brasileira, ali incorporada não só pela pena ilustre de Nelson Hungria, mas de todos os criminalistas brasileiros, que, de uma forma ou de outra, concorreram para a sua redação final (1970, p. 22).

Em meio às disputas do campo jurídico-penal, surgiu um novo Código. Heleno Fragoso preferiu esclarecer: “nenhuma participação tivemos nessa fase do trabalho, nem sabemos quem aqui interferiu ou colaborou (1976, p. 307). Em 21 de outubro de 1969 é publicado o Decreto-Lei n.º 1004¹⁷⁷, o novo Código Penal, subscrito pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar - a Junta que governava o país, nos termos dos poderes extraordinários conferidos pelo AI-5 e pelo AI-16¹⁷⁸ – e com Exposição de Motivos subscrita pelo Ministro da Justiça, Gama e Silva¹⁷⁹. Pouco antes, a Junta Militar havia declarado vaga a presidência convocando eleições (indiretas), que ocorreram em 25 de outubro, da qual saiu eleito o general Emílio Garrastazu Médici, que assumiu cinco dias depois; assim como o sucessor de Gama e Silva, o novo Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid.

¹⁷⁷ Também foram convertidos em lei, por força dos Decretos-leis números 1001/69 e 1002/69, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar.

¹⁷⁸ Art. 2º, §1º, AI-5: Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

Art. 3º, AI-16: Enquanto não se realizarem a eleição e a posse do Presidente da República, a Chefia do Poder Executivo continuará a ser exercida pelos ministros militares.

¹⁷⁹ Se não estivermos equivocados, a Exposição de Motivos subscrita por Gama e Silva foi escrita por Heleno Fragoso (Parte Geral) e por Benjamin Moraes (Parte Especial).

5.2.4 Sobre a colaboração dos penalistas

É impossível não especularmos sobre a colaboração dos penalistas que participaram da elaboração do Código Penal de 1969 com o governo militar. Os estudos historiográficos sobre as ciências criminais e sobre a legislação penal brasileira até hoje não enfrentaram este tema. Nos manuais, este período é parcamente mencionado¹⁸⁰ e não existe até hoje nenhum estudo historiográfico ou criminológico acerca desse assunto. Em nossa pesquisa não encontramos respostas conclusivas, de maneira que nos contentaremos em formular perguntas.

Conforme afirmamos, não existe – ou desconhecemos – nenhuma manifestação pública de Nélson Hungria sobre a ditadura instaurada em 1964. É certo que o penalista participou da Comissão Revisora, em 1965, pouco menos de um ano após o golpe. Naquela ocasião, apesar de já terem sido realizadas diversas arbitrariedades, ainda era muito forte a ideia de que o presidente Castelo Branco era um moderado, que conduziria brevemente o país para o restabelecimento da democracia plena. Neste momento, a Comissão Revisora era chefiada pelo Ministro Milton Campos, que, em comparação com Gama e Silva e Alfredo Buzaid, pode ser considerado um progressista, portador do liberalismo udenista. Já em 1969, quando Gama e Silva o contactou para dar seguimento aos trâmites da elaboração do Código, Hungria demonstrou o inequívoco interesse de que o projeto fosse transformado em lei por decreto, aproveitando-se do recesso parlamentar e dos poderes extraordinários conferidos pelo Ato Institucional n. 5. Por que, mesmo diante das ponderações de Fragoso de que o trabalho ainda não estava pronto, Hungria quis aproveitar um dos contextos de maior arbitrariedade na história política brasileira para ver o projeto transformado em lei? Por que Nélson Hungria quis aproveitar o AI-5 para tal fim? O que esta atitude significa? No mínimo, podemos concluir que Nélson Hungria não vislumbrou qualquer problema político, jurídico ou ético em apoiar e incentivar a promulgação de um novo

¹⁸⁰ Eugênio R. Zaffaroni e Nilo Batista, no *Direito Penal Brasileiro* (2003, p. 479), dedicam algumas linhas ao tema, mas não desenvolvem um argumento sobre a colaboração dos penalistas.

Código Penal, resultante de anteprojeto de sua autoria, num contexto de franca ditadura. O conteúdo do Código, é verdade, não se diferenciava do daqueles tidos por “liberais”, mas o *pecado original* repetia-se, como em 1940.

Benjamin Moraes parecia à vontade no diálogo com Gama e Silva e Buzaid, os *juristas da ditadura* que intermediavam a relação dos penalistas com o governo militar. Escreveu sem receios sobre a necessidade de adaptar o Código às “leis da Revolução” e participou da segunda fase da “Reforma dos Códigos”, quando, já no mandato de Buzaid no Ministério da Justiça, a Comissão de Coordenação e Revisão dos Projetos de Código foi absorvida pela Comissão de Estudos Legislativos, instituída pelo Decreto 64.416/69. Nesta fase, Alfredo Buzaid convidou juristas que tinham posturas ideológicas mais alinhadas ao regime para a elaboração e a revisão dos projetos de Código de Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, quais sejam José Frederico Marques, que elaborou o projeto de Código de Processo Penal, e José Salgado Martins¹⁸¹, que elaborou o projeto de Lei das Contravenções Penais. Benjamin Moraes foi revisor de ambos os projetos e, ademais, foi o autor do projeto de Código das Execuções Penais, que, ao tempo da Comissão de Estudos Legislativos, teve seu texto incorporado ao projeto de Código de Processo Penal.

Da mesma forma, Manoel Pedro Pimentel e Basileu Garcia, colaboraram com o Ministério da Justiça, a pedido de seus colegas do Largo São Francisco, Gama e Silva e Buzaid.

¹⁸¹ José Salgado Martins, penalista falecido em 1973, exerceu a docência e escreveu diversas obras jurídico-penais e sobre a história do pensamento jurídico do Rio Grande do Sul. Fez parte da “geração dos juristas católicos” que a partir dos anos trinta passaram a exercer forte influência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Foi diretor da Faculdade de Direito da UFRGS entre 1949/1952, 1953/1961 e 1971/1973. Também ocupou o cargo de Presidente da Federação das Associações Rurais do Rio Grande do Sul (FARSUL), de 1951/1953 e foi vice-presidente da União Democrática Nacional (UDN). Para mais informações, cf. *Diversificação do espaço jurídico e lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul* (Engelmann, 2004, pp. 72-118).

Aníbal Bruno, falecido em 1976, aos oitenta e sete anos, mas enfermo desde o final dos anos sessenta, também não deixou nenhum escrito específico sobre o contexto jurídico-político do período em análise. Participou assiduamente da Comissão Revisora, em 1965, dedicando o seu tempo e sua energia à reforma penal. Na reconvocação de 1969 não pode contribuir em razão de problemas de saúde. O caso de Heleno Cláudio Fragoso é o que desperta maiores dificuldades.

Como vimos, Heleno Fragoso foi um opositor do regime. Ainda que logo após o golpe, no livro *A justiça penal e a revolução* (1965), tenha considerado o “movimento de abril” legítimo e necessário, nesta mesma obra já iniciou suas críticas às arbitrariedades cometidas em nome da repressão dos delitos políticos, o que continuou a fazer até o seu precoce falecimento, mantendo sempre uma irrestrita defesa liberal dos direitos e garantias fundamentais e evoluindo, ao longo dos anos setenta, para uma visão francamente crítica do sistema penal. Heleno C. Fragoso, em razão de sua militância na defesa de presos políticos, chegou a ser sequestrado pelo Estado, no início de novembro de 1970, ficando por três dias no cativeiro, juntamente com outros colegas. Narrando e comentando o fato, em *Advocacia da Liberdade*, considerou que “os agentes do governo agiam como bandidos comuns” (1984, p. 150). No livro *Lei de Segurança Nacional, uma experiência antidemocrática*, o advogado e penalista denunciou que as leis de segurança nacional instituídas pelo Decreto-Lei 314/67 e pelo Decreto-Lei 898/69, que o substituiu, não possuíam legitimidade democrática:

Tanto o DL vigente como os anteriores foram editados pelo poder discricionário do Presidente da República, ou da Junta Militar que exercia as suas funções, sem aprovação do Congresso e, pois, sem qualquer legitimidade democrática, mesmo a puramente formal, que existe num Congresso inteiramente dominado e limitado pelo Executivo, como foi o que funcionou no Brasil durante todos esses anos de ditadura militar (1980. P. 14).

De modo que se torna difícil compreender a colaboração de Heleno Fragoso com o governo militar nos trabalhos de elaboração do Código Penal. Relativamente à segunda Comissão Revisora podemos supor que sua visão ainda era a pronunciada em *A justiça penal e a revolução*: a compreensão do golpe, a crítica dos excessos e a crença no papel do judiciário. A figura de Milton Campos, na chefia do Ministério da Justiça, e a disposição do governo Castelo Branco em manter a mesma Comissão, após sucesso do golpe, completavam o quadro de aparência da normalidade: era crível a promessa de redemocratização no curto prazo. Contudo, em 1969, na segunda convocação, o AI-5 já havia sido promulgado; ademais, Luis Antônio da Gama e Silva e Alfredo Buzaid já dominavam o Ministério da Justiça e não escondiam suas visões antidemocráticas. Neste contexto, por que atender a convocação? Por que colaborar com aqueles que estavam noutra trincheira, contribuindo para a prática e para a ocultação das violências do regime, que Heleno Fragoso combatia e denunciava, na advocacia e na academia? Por que contribuir com seus algozes, que um ano depois participaram diretamente ou indiretamente de seu seqüestro, ocasião na qual foi encapuzado e transportado para um lugar desconhecido, podendo sentir o mesmo medo que seus clientes provavelmente sentiam? Por que atender à pressa, à urgência, expressada por Hungria e depois por Buzaid? Por que contribuir para que o Código fosse promulgado por Decreto, aproveitando-se do recesso parlamentar e dos poderes extraordinários atribuídos ao Presidente da República pelo AI-5? Por qual razão o Código Penal não padeceria da ilegitimidade democrática denunciada pelo próprio Fragoso na passagem recém transcrita¹⁸²? Por que Heleno Fragoso não questionou a vontade de Hungria em ver projeto transformado em lei nos termos do AI-5?

Não temos respostas para estas perguntas. Podemos imaginar que Heleno Cláudio Fragoso, que em seu relato sobre a história do

¹⁸² Tanto o Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969 (Lei de Segurança Nacional) quanto o Decreto-Lei 1004, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal) foram editados pela Junta Militar que assumiu o poder após o novo golpe de Estado de agosto de 1969 (que impediu a posse do vice-presidente Pedro Aleixo). Ambos possuem a mesma fundamentação legal.

Código Penal de 1969 deixa evidente o seu desconforto com a situação, estava cumprindo o desejo que Néelson Hungria manifestou pouco antes de falecer, a “tarefa honrosa, que expressava a confiança do velho mestre” (Fragoso, 1976, p. 305). Flagra-se aqui, além de uma intensa admiração intelectual, uma relação de amizade entre os dois penalistas, entre Fragoso e o *velho mestre*. A primeira edição de *Lições de Direito Penal*, de Heleno C. Fragoso, vem com dedicatória “à memória de NELSON HUNGRIA, amigo e mestre”, por meio da qual “o autor presta homenagem ao mestre incomparável do Direito Penal brasileiro, a quem esteve tão intimamente vinculado, por profunda e permanente admiração e afeto” (1976, s/n). Além da relação de admiração e amizade entre mestre e discípulo, a figura de Nelson Hungria, sua notoriedade, sua autoridade, seu capital científico, parecia neutralizar o vício de origem, garantindo a autonomia, a relativa independência do campo jurídico-penal em relação às pressões externas. Assim, o projeto não se apresentava como um projeto da ditadura, que ficou nas gavetas de um Ministério altamente questionável e que tramitou em meio à monopolização do Estado brasileiro pelos militares e pelos civis que sustentaram o regime - era o Código Penal de Nelson Hungria, que o afiançava em nome próprio.

“O Código Penal vigente será, talvez, a melhor de nossas codificações”, pontificava a Exposição de Motivos assinada por Luis Antônio da Gama e Silva, publicada no Diário Oficial da União em 21 de outubro de 1969. Apesar disso, o Código acabou nunca entrando em vigor. O art. 407 da redação primitiva do Código Penal de 1969 estabelecia o início da vigência para o dia 1º de janeiro de 1970. Mas ainda em 1969, no dia 1º de dezembro, pouco mais de um mês após a publicação do Decreto-Lei 1004, já durante os mandatos de Médici e Buzaid, o governo decidiu adiar a entrada em vigor para 1º de agosto de 1970, sem apresentar qualquer justificativa para o ato. A partir de então, a vigência foi sucessivamente adiada, primeiro para o primeiro dia de 1972 e depois para o primeiro dia de 1973. No mesmo ano, o Congresso Nacional discutiu intensamente o Projeto de Lei 1457/73, de autoria do Poder Executivo, que alterava sensivelmente a redação original de 1969 e que resultou na Lei 6016/73. Tal lei estabeleceu que o Código Penal,

com as alterações, deveria entrar em vigor em 1º de julho de 1974. Três dias antes desta data, em 27 de junho de 1974, Ernesto Geisel, presidente recém empossado, editou nova lei para adiar a vigência, estabelecendo que o Código Penal, com as alterações da Lei 6016/73, entraria “em vigor juntamente com o novo Código de Processo Penal. Em 1978, finalmente, o Código Penal, gestado a partir do anteprojeto Nelson Hungria, de 1963, e que durante praticamente todo o regime militar ocupou o governo e os penalistas brasileiros, foi revogado, sem nunca ter entrado em vigor.

Trata-se de um caso interessante na história da legislação penal brasileira. Um Código Penal que durante duas décadas ocupou o centro dos debates das ciências criminais no Brasil, que ensejou publicações, congressos e eventos; que tramitou em meio às idas e vindas da ditadura, às arbitrariedades do regime. Quais os interesses do campo burocrático, sobretudo do Ministério da Justiça? E quais os interesses dos penalistas que contribuiriam diretamente para a elaboração do Código? Quanto à primeira questão, nossa hipótese é que a manutenção das discussões sobre a legislação penal comum contribuía sensivelmente para a produção da aparência de legalidade, que foi um aspecto ideológico importante da reprodução da autocracia-burguesa; quanto à segunda, cremos que os penalistas acreditavam na *força da ciência do direito penal*, que não cederia à *vontade dos príncipes*, ou dos *ditadores*, de modo que mesmo num contexto de ditadura seria possível transformar em lei, em código, os *progressos* do saber jurídico-penal.

5.2.5 Um Código Penal natimorto

Por que o Código nunca entrou em vigor? Por que não sobreviveu? Por que não teve força política e simbólica para tornar-se de fato o *novo Código Penal*? Veremos quais foram as justificativas oficiais, mas antes gostaríamos de analisar o tema sob outro ângulo.

Logo após a promulgação, diante do conturbado contexto que abordamos, o Código ficou *órfão*. Néelson Hungria - que, como é sabido, já havia defendido arduamente o Código Penal de 1940 em sua atuação político-intelectual, e que o mesmo fizera relativamente ao Anteprojeto Hungria de 1963, participando, já com a idade avançada, de inúmeros eventos jurídico-penais e respondendo em artigos às críticas que foram sendo formuladas ao longo dos anos sessenta¹⁸³ - já havia falecido e, ainda que sua influência se mantivesse forte sobre os demais penalistas, não mais podia defender o Código pessoalmente. Heleno Fragoso, da mesma forma, finalizou sua participação em meados de 1969, e fez questão de frisar que não participou da última revisão, que antecedeu a promulgação. Aníbal Bruno, por seu turno, não participou da última revisão, e antes já havia dito que preferia ver seu nome desvinculado dos trabalhos de revisão caso o projeto se transformasse em lei sem uma revisão mais detida e minuciosa (Fragoso, 1976, p. 304). Benjamin Moraes seguiu colaborando com o Ministério da Justiça durante os anos setenta, mas mesmo assim afirmou, em conferência pública, conforme relato de Luis de Mello Kujawski na nota prévia ao anteprojeto elaborado pela comissão do Ministério Público de São Paulo (1969, p. 362), que “a publicação do novo Código resultou, por engano, de um rascunho inacabado, que será revisto e novamente publicado”.¹⁸⁴

¹⁸³ “Depois que publicou o anteprojeto, Hungria participou de dezenas de simpósios e congressos, que se realizaram no Brasil, analisando minuciosamente sua obra. (...) Acrescente-se que, se Nelson Hungria nem sempre esteve presente a esses congressos todos, os seus promotores enviaram o resultado de suas observações para a seção de reforma do Código, no Ministério da Justiça. Néelson Hungria leu-os e estudou, uma por uma, as muitas propostas de modificações vindas de todos os cantos do Brasil. Há arquivos volumosos compulsados e anotados por Néelson Hungria” (Moraes, 1970, p. 20).

¹⁸⁴ No texto, já citado, *Panorama...*, de 1970, que veio à luz logo após a publicação do Código, Benjamin Moraes não relata este fato. Já no artigo *O futuro do direito penal brasileiro*, de 1975, Benjamin Moraes o menciona, nos seguintes termos: “Deve-se assinalar, aliás, como elemento histórico, que a publicação dele, no Diário Oficial da União, apresentou-se com uma centena e meia de incorreções, nunca tendo sido republicado, apesar de o Ministro Gama e Silva haver rubricado novamente todas as páginas que apresentaram incorreções datilográficas” (Moraes, 1975, p. 193).

Desprovido de legitimação, dado o desinteresse dos agentes envolvidos em promovê-la, o Código foi perecendo. Conforme adiantamos, concomitantemente aos trâmites finais da codificação, uma comissão do Ministério Público de São Paulo, com auxílio de José Frederico Marques, já havia elaborado outro anteprojeto, publicado na *Revista Justitia* do último trimestre de 1969, que “manteria as “linhas mestras do Código Penal em vigor” e daria à Comissão Revisora a “oportunidade de optar entre os dois modelos diversos” (Kujawski, 1969, p. 361). Depois de promulgado o Código continuou a ser intensamente criticado, principalmente no que toca ao regime de penas, no sentido da restrição da solução carcerária.

No IV Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, ocorrido em Recife, 1970, os penalistas dedicaram-se novamente à crítica do Código recém promulgado e com a vigência adiada¹⁸⁵. O evento não deixou anais, mas o próprio Ministério da Justiça, nos *Arquivos do Ministério da Justiça*, periódico oficial idealizado por Alfredo Buzaid, publicou informações sobre o evento, referindo que “o ponto de referência da maioria dos trabalhos foi (...) o novo Código Penal Brasileiro, cuja vigência foi adiada a fim de que se pudesse atender a reclamos no sentido de serem reexaminados alguns de seus dispositivos”, e noticiando que mais uma revisão estava em curso: “última-se revisão que indicará as alterações a serem submetidas ao Congresso Nacional” (1971, p.60).¹⁸⁶

¹⁸⁵ Damásio de Jesus, René Ariel Dotti, Manoel Pedro Pimentel, José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, Alcides Munhoz Neto, Arminda Miotto e Roque de Brito Alves, dentre outros penalistas, apresentaram teses oficiais no Congresso.

¹⁸⁶ Na mesma edição foi publicado texto de Alfredo Buzaid, intitulado *A renovação da ordem jurídica positiva*. O texto é a transcrição de conferência que proferiu na Escola Superior de Guerra, em 1º de junho de 1971. Nela o autor dizia que as grandes codificações são “monumentos jurídicos em que o legislador deve sublimar, quanto ao fundo e à forma, o esplendor de seu saber, a energia do pensamento e a beleza da linguagem. Só assim é que se impõe ao respeito do povo e adquirem longevidade” (1974, p. 51).

Também em 1971 ocorreu o *I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários*, em Nova Friburgo (RJ), que resultou na *Moção de Friburgo*, endereçada ao Ministério da Justiça, que tratava da situação carcerária do país e sustentava a necessidade de restrição da pena de prisão. Desta iniciativa resultou mais um anteprojeto, ligado ao Ministério Público e à Magistratura paulista, assinado por Antônio Carlos Penteado de Moraes, Francisco Papaterra Limongi Neto, José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra e Manoel Pedro Pimentel¹⁸⁷. O anteprojeto e a Exposição de Motivos, datados de maio de 1972, foram publicados na primeira edição da Revista Ciência Penal, de 1973. Sem falsa modéstia, os autores, dirigindo-se a Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça, referem que se trata de uma “desinteressada contribuição para a tarefa de reexame do Código Penal de 1969, na oportunidade em que o Congresso Nacional apreciará as emendas oferecidas pelo Governo da República à lei já promulgada, mas ainda sem vigência” (1973, p. 149) e que o trabalho é fruto de “longo e ponderado estudo, realizado com profundidade e à luz de acentuado espírito crítico, depois de maduras reflexões” (1973, p. 149)¹⁸⁸. Ao final, expressam a convicção de que “Vossa Excelência [o Ministro da Justiça] lhe dará a atenção patriótica que tem dispensado a todos os assuntos de relevante interesse para a Nação, afetos à Pasta da Justiça, que superiormente dirige” (1973, p. 149).

Completando este quadro, a *Moção de Goiânia*, de 22 de setembro de 1973, que resultou do *Seminário de Direito Penal e Criminologia* ocorrido na Universidade Católica de Goiás, recomendava que o Código Penal de 1969 entrasse em vigor simultaneamente à

¹⁸⁷ Os juristas se identificaram da seguinte forma, respectivamente: Assessor da Corregedoria Geral do Ministério Público; Corregedor-Geral do Ministério Público; Juiz do Tribunal de Alçada Criminal; Vice-Presidente do Tribunal de Alçada Criminal; Juiz do Tribunal de Alçada Criminal e Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito da U.S.P.

¹⁸⁸ Interessante notar as palavras escolhidas pelos juristas - “desinteresse”, a “ponderação”, a “maturidade” - denotativos do que Pierre Bourdieu chama “espírito jurídico”, conforme abordamos.

vigência do “anteprojeto de Código de Processo Penal do Prof. J. Frederico Marques”, levando em conta que vários de seus institutos, “a exemplo do criminoso habitual e do criminoso por tendência, são interdependentes” (1981, p. 10).¹⁸⁹

Benjamin Moraes, no artigo *O futuro do direito penal brasileiro*, publicado em 1975 na *Revista de Informação Legislativa*, relata que o Ministério da Justiça, em 1969, esperava que o novo Código de Processo Penal, “indispensável à perfeita execução da lei substantiva”, fosse elaborado rapidamente, pois já havia o Anteprojeto de Hélio Tornaghi, “que poder ser prontamente revisto e adaptado ao novo diploma penal”. Entretanto, “a mudança de governo operada em 1969 adotou (...) outra orientação”. O *Ministério Buzaid* incumbiu o Prof. José Frederico Marques da tarefa e o orientou a aproximar o “novo diploma processual penal da nova lei de processo civil, da sua eminente autoria”. Benjamin Moraes conta que José Frederico Marques passou a trabalhar intensamente e que submetia cada novo capítulo do Anteprojeto “ao crivo da Comissão Revisora, presidida pelo Prof. José Carlos Moreira Alves e integrada pelos Profs. José Salgado Martins e Benjamin Moraes”. Segundo o penalista e pastor da Igreja Presbiteriana, foi o prolongamento dos trabalhos de elaboração do Código de Processo Penal que obrigou “o Governo a propor ao Congresso sucessivos adiamentos na vigência do novo Código Penal” (1975, p. 193). Enquanto durava este descompasso, “os Congressos de Direito Penal e ciências afins iam apontando inúmeros dispositivos que deveriam ser melhorados”. Para Moraes, cabia ao governo “ser sensível à opinião comum dos maiores juristas penais do Brasil, a fim de aperfeiçoar o novo Código, mesmo antes de sua vigência” (1975, p. 194).

No *Relatório apresentado ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid*, o

¹⁸⁹ Subscreveram a *Moção de Goiânia* os seguintes penalistas: José Salgado Martins, Manoel Pedro Pimentel, Alcides Munhoz Neto, Jair Leonardo Lopes, Everardo da Cunha Luna, Raul Chaves, Luiz Vicente Cernichiaro, Benjamin Moraes Filho, Licínio Leal Barbosa, dentre outros juristas locais.

jurista da USP prestou contas de seu mandato. Informou pormenores das ações do Ministério durante o período que o chefiou e sustentou que após o AI-5 o Ministério da Justiça passou a ocupar um “papel de relevo na ordem revolucionária implantada” (1974, p. 37) e que em razão disso procurou “desempenhar com desafogo e presteza o importante papel que lhe reservou a Revolução” (1974, p. 31). Dedicou especial atenção às ações de repressão à subversão, às “Medidas Revolucionárias”, relatando que “coube ao Ministério da Justiça estudar e propor” (...) “certas providências” que o Poder Executivo deveria tomar graças à autorização prevista no AI-5 (1974, p. 25). Abordou a necessidade de “vigilância permanente contra a propaganda solerte e subliminar exercida pela frente esquerdista nos diferentes setores classistas brasileiros” (1974, p. 181), lembrando que o “tóxico é também uma arma da subversão contra as democracias e o mundo livre” (1974, p. 182).¹⁹⁰

¹⁹⁰ Nesse período, o Ministério da Justiça interferiu diretamente nas agências judiciais, de maneira a evitar a punição de agentes públicos envolvidos em torturas, assassinatos e desaparecimentos. No *Relatório* produzido pela *Comissão Estadual da Memória e Verdade Dom Hélder Câmara*, de Pernambuco, sobre o caso Pe. Antônio Henrique Pereira da Silva Neto (2014), assassinado em 1969 pelo então Chefe de Investigações da Secretaria de Segurança Pública do Estado, o promotor de justiça Bartolomeu Gibson, e por agentes da Polícia Civil daquele Estado, consta a comprovação de que Alfredo Buzaid agiu no sentido de acobertar os verdadeiros responsáveis pelo homicídio, interferindo junto ao promotor de justiça que ficou responsável pelo caso, José Ivens Peixoto. Na ocasião, por meio da Portaria 114-BC, de 06 de agosto de 1970. Buzaid nomeou o Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, Leonardo Greco, para “proceder investigação relacionada ao assunto (...), podendo, para tanto, empreender viagens a qualquer parate do território nacional” (1970, p. 77). A missão de Leonardo Greco, segundo o Relatório da Comissão da Verdade de Pernambuco, era evitar que os agentes públicos fossem denunciados, no que o braço direito de Alfredo Buzaid, que veio a se tornar o Secretário de Assuntos Especiais e Chefia do Gabinete do *Ministério Buzaid*, teve sucesso. O Pe. Antônio era assessor do Arcebispo da Arquidiocese de Olinda e Recife, Dom Hélder Câmara, e considerado “esquerdista”. No Parecer Confidencial n. 144, de 19 de agosto de 1970, Leonardo Greco relata que esteve em Recife de 11 a 14 de agosto de 1970, ocasião na qual realizou entrevistas e colheu elementos sobre o caso, concluindo que “o homicídio do Padre Henrique não teve motivo político” (1970, p. 26). O Consultor Jurídico

Buzaid também relata as atividades da *Comissão de Estudos Legislativos*, que absorveu as atribuições da *Comissão de Coordenação e Revisão dos Projetos de Código*, a qual presidira, e assumiu o comando da “programação governamental destinada à reformulação do ordenamento positivo nacional” (1974, p. 46). Manifesta-se aqui o apetite tecnocrático-modernizador do regime militar, pois Buzaid nos informa que nomeou juristas para elaborarem projetos de Código de Processo Penal (Professor José Frederico Marques), Código Civil (Professor Miguel Reale), Código Judiciário do Trabalho (Professor Mozart Victor Russomano), Código de Menores (Juiz Alberto Augusto Cavalcanti de Gusmão), Código de Direitos do Autor e Direitos Conexos (Desembargador Milton Sebastião Barbosa), Código de Navegação (Professor José Ferreira de Souza), Código de Aplicação das Normas Jurídicas (Professor Haroldo Valladão), Lei das Contravenções Penais (José Salgado Martins) e Código de Processo Civil (Alfredo Buzaid). Outros tantos compuseram as comissões revisoras¹⁹¹, juristas legitimados e autorizados a *renovar a ordem jurídica positiva*, que de tão sábios devem “sublimar, quanto ao fundo e à forma, o esplendor de seu saber”, para que pudessem atingir o respeito do povo, na passagem que denuncia a crença de Buzaid no papel civilizador das elites jurídicas. Num trecho de gosto duvidoso, que o autor utiliza como epígrafe do Relatório, o professor do Largo São Francisco encanta a tecnocracia legislativa que contribuiu para instituir¹⁹²:

As grandes obras legislativas se assemelham
às pirâmides. Os que as constroem,

relata a “plena convicção de que o Juiz e o promotor que atuam no processo estão sendo iludidos pela trama armada” pelo grupo de Dom Helder, e que por isso obteve do promotor público responsável pelo caso, José Ivens, “o compromisso de não concluir suas alegações sem antes receber expressa orientação do Ministério da Justiça” (1970, p. 28).

¹⁹¹ Cf. Buzaid, 1974, pp. 46-50.

¹⁹² Já ficou claro que Buzaid não tinha qualquer desconforto em editar Códigos por Decreto. Podemos especular que o objetivo de Buzaid era aproveitar os momentos de recesso parlamentar ou o amplo domínio da ARENA no Congresso Nacional para aprovar a *renovação do ordenamento jurídico positivo* que arquitetou.

levantando pedra sobre pedra, não têm visão da grandeza de suas dimensões. Força é distanciar delas no tempo e no espaço para lhes compreender a beleza e o merecimento. Os que a fazem não podem julgá-las; os que as julgam não podem fazê-las. Um dia a história proferirá julgamento sereno, objetivo e imparcial. É a sentença da posteridade (1974, s/n).

No seio da Comissão de Estudos Legislativos, Benjamin Moraes foi incumbido de estudar as emendas sugeridas, analisar os outros anteprojetos já mencionados e elaborar um novo Anteprojeto de Reforma do Código Penal. Segundo o autor, diante da incumbência reuniu-se com Frederico Marques e Salgado Martins¹⁹³ e elaborou o anteprojeto, bem como “a Exposição de Motivos, que o Presidente Emílio Médici enviou ao Congresso” (Moraes, 1975, p. 194).¹⁹⁴ Na sessão de 23 de agosto de 1973 do Congresso Nacional a Mensagem Presidencial n. 260, que submete o projeto de lei nº 1.457/73 à deliberação, é lida, acompanhada da Exposição de Motivos, subscrita por Alfredo Buzaid e escrita por Benjamin Moraes. Segundo a Exposição de Motivos, aquela que *seria, talvez, a melhor de nossas codificações*, necessitava de reparos, antes mesmo de entrar em vigor, em razão da *evolução social por que passa o país*:

Examinando o texto à luz da evolução social por que passa o País e a necessidade de

¹⁹³ Conforme a publicação A Faculdade de Direito de Porto Alegre – UFRGS: Memória, Ensino e Política desde 1900, escrita por Gunter Axt, “em novembro de 1973, José Salgado Martins faleceu de um fulminante ataque cardíaco, durante um concurso de livre-docência de Direito Penal” (2014, p. 134).

¹⁹⁴ O Relatório informa o seguinte: “Concluindo cuidadoso exame em torno do novo Código Penal, com o início da vigência adiada, o Ministério da Justiça preparou projeto, que se transformou na Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973, modificando a redação de seus vários artigos. Com essas emendas, o texto definitivo será aplicado em todo país a partir de 1º de julho de 1974” (1974, p. 14).

atualizar algumas de suas instituições, cheguei à conclusão de que vários de seus preceitos deveriam sofrer alteração. Para esse fim foi elaborado o anexo projeto de lei que, sem modificar a vigorosa estrutura do Código Penal, lhe corrige as imperfeições. Mantendo as inovações do estatuto promulgado, procura adequá-lo às peculiaridades nacionais e às contingências de nossa época, objetivando contribuir para que o Código Penal Brasileiro constitua eficaz instrumento na luta contra a criminalidade (1973, p. 09).¹⁹⁵

Tratava-se, segundo as justificativas, de adequar o Código às *peculiaridades nacionais* e às *contingências da época*. Na Câmara dos Deputados, foram apresentadas diversas emendas, por deputados da ARENA e do MDB, muitas delas acolhidas pelo Deputado Élcio Álvares, da ARENA, relator do projeto. Em seu relatório de 18 de setembro de 1973, Élcio Alvares repete o mantra de que “um código deve corresponder com o estágio cultural de um povo” e que em seu texto “devem situar-se as tendências e os sentimentos do povo”, e não deixa de prestar a homenagem da casa legislativa aos Excelentíssimos Presidente Médici e Ministro Buzaid, “pela conduta altamente humanista que verifica nas razões inspiradoras do presente Projeto”, bem como pela “preocupação em dotar o País de um ordenamento jurídico de acordo com o seu progresso, o seu novo estágio cultural (...) e o seu desenvolvimento econômico, social e político – conquistas que se devem em parte ao advento da Revolução” (1974, p. 146). Poucos dias depois, em 26 de setembro, a matéria já estava submetida à discussão e votação em turno único. Na ocasião, os deputados sustentaram as razões de suas emendas, lamentando a exigüidade de tempo e a parca fundamentação do relator ao rejeitar grande parte

¹⁹⁵ A subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal publicou, em 1974, o livro *Código Penal – Histórico da Lei nº 6.016 de 1973*, na qual a tramitação da lei está documentada.

delas¹⁹⁶. A bancada do MDB aproveitou a ocasião para criticar o governo e, principalmente, o Ministro da Justiça. O Deputado Peixoto Filho subiu à tribuna para “cobrar o cumprimento das promessas do Ministro Alfredo Buzaid”, o “Ministro do atual Governo que mais promete e que mais ocupa as principais páginas dos jornais deste país”, mas que “faltou ao compromisso assumido” e ao invés de entregar os novos Códigos “decepcionou mais uma vez” (1974, p.163). Peixoto Filho esclareceu que não apresentou emendas para não participar da votação de um projeto que tinha “fins publicitários” e que tramitou num Congresso que “com a transferência de suas principais prerrogativas, perdeu a sua independência de ação” (1974, p. 164). O Deputado José Alves apoiou Peixoto Filho: “no fim do período governamental feito o balanço, ficam dois Códigos remendados” (1974, p. 168). O Deputado Aldo Fagundes, do MDB, protestando contra a rapidez com que tramitou o projeto, perguntou: “Se o Executivo necessitou de mais de três anos para estudar esta reforma, como pode exigir que o Legislativo o faça em noventa dias?” (1974, p. 181). Ao cabo, contudo, o projeto 1.457-B, proveniente do Executivo alterado pelas emendas da Câmara, foi aprovado, na sessão 04 de outubro de 1973, pouco mais de um mês depois de recebido pelo Congresso.

No Senado Federal os parlamentares Franco Montoro e Nelson Carneiro, do MDB, e o “pranteado paranaense Accioly Filho” (Dotti, 1999, p. 376), da ARENA¹⁹⁷, protagonizaram as discussões. Já na primeira sessão ordinária, de 11 de outubro de 1973, Franco Montoro

¹⁹⁶ O Deputado Nina Ribeiro, da ARENA, lamentou a rejeição de suas emendas, salientando que exerceu, por quase dez anos, “na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, a cadeira de Direito Penal, em substituição ao emérito jurista Dr. Heráclito Sobral Pinto, e por indicação do eminente vulto das letras jurídicas pátrias, Desembargador Murta Ribeiro, ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara” (1974, p. 170), do qual fora assistente: “em nome dos princípios doutrinários que me levaram à cátedra universitária por nove anos, seria covardia que eu renunciasse a eles, silente, na medida em que apresentei as oito emendas – e eu o faria de novo (**Muito bem! Palmas**) (1974, p. 174).

¹⁹⁷ Nelson Carneiro e Accioly Filho foram os autores da Lei do Divórcio, de 1977.

invocou questão de ordem e repetiu as críticas de seus correligionários da Câmara no sentido da impossibilidade de análise do projeto no prazo de 45 dias, conforme solicitado na Mensagem Presidencial, o que seria incompatível com “a complexidade da matéria e o interesse nacional” (1974, p. 212)¹⁹⁸. Os senadores apresentaram centro e quarenta e três emendas de plenário e nas justificativas legitimaram-nas citando os penalistas que à época estavam manifestando-se sobre o tema. Acciolly Filho menciona as contribuições de seus conterrâneos Alcides Munhoz Neto, Luis Alberto Machado e René Dotti, todos da Universidade Federal do Paraná (1974, p. 253), além da contribuição de Accioly Neto, Professor da Faculdade de Curitiba (1974, p. 244), e de Manoel Pedro Pimentel. Franco Montoro apresentou como emenda (n. 140) destinada a substituir todo o capítulo das penas o já mencionado anteprojeto elaborado por Manoel Pedro Pimentel e outros, no seio da “comissão de membros da Magistratura e do Ministério Público de São Paulo” (1974, p. 328). Diante desse quadro, Accioly Filho, relator do projeto, apresentou um substitutivo, incorporando as emendas com parecer favorável, inclusive aquela resultante do anteprojeto dos juristas de São Paulo, que foi aprovado na sessão de 21 de novembro de 1973. No retorno à Câmara, entretanto, o substitutivo do Senado foi rejeitado e o projeto anterior, resultante do projeto do governo (elaborado por Benjamin Moraes), com as alterações decorrentes das emendas da Câmara dos Deputados, foi aprovado, na sessão de 29 de novembro de

¹⁹⁸ No livro sobre a tramitação de Lei 6.016/73, já mencionado, consta a transcrição de uma discussão ocorrida na sessão do dia 05 de setembro de 1973, entre Franco Montoro e os parlamentares da ARENA Eurico Rezende e José Lindoso. O debate começa em razão do discurso inflamado de Franco Montoro contra as ações do Ministério da Justiça relativas ao Código Penal, mas evolui para uma discussão sobre o regime ditatorial, na qual Montoro enumera e critica as arbitrariedades do governo. O parlamentar Eurico Rezende responde: “Louvo o AI-5 e digo mais... O AI-5 está em vigor há muitos anos. Sempre que há eleição, o povo responde através de uma estatística esmagadora de dois terços em favor dos candidatos da ARENA. Portanto, o AI-5 interpreta, realmente, o sentimento nacional. V. Ex.^a poderia até propor a que se colocasse o AI-5 em plebiscito nacional. Bastaria o Presidente Médici fazer um discurso em São Paulo, outro na Guanabara e o terceiro em Vitória...”. E Franco Montoro responde: “E permitir que a Oposição fale”. Para a íntegra do debate, cf. *Código Penal – Histórico da Lei n.º 6.016/73* (1974).

1973, transformando-se na Lei 6.016/73, de 31 de dezembro de 1973, que em seu artigo 6º dispunha que a lei entraria em vigor em 1º de julho de 1974.

Em março de 1974 Geisel substituiu Médici e Armando Falcão assumiu o Ministério da Justiça¹⁹⁹. Decidiram não sustentar a entrada em vigor do Código (alterado pela lei 6.016) e puderam contar novamente com o Professor Benjamin Moraes. Segundo Moraes, “a Lei n.º 6.016 não conseguiu satisfazer o Governo e muitos juristas pátrios, que reclamaram suas deficiências e incongruências” (1975, p. 194). Por isso, o penalista foi incumbido de ser o redator de mais um anteprojeto de emendas que sofreu, “como sempre, o crivo da Comissão integrada pelos Profs. Moreira Alves e Frederico Marques”. Nessa ocasião, os projetos de Código de Processo Penal e de Contravenções Penais foram concluídos, de maneira que foi possível afinar todos os códigos, “fazendo-se um todo harmônico”. Pelo relato de Benjamin Moraes ficamos sabendo que no dia 10 de junho de 1975, no Palácio do Planalto, o Presidente Geisel, “em solenidade a que foram convocados os juristas que participaram da elaboração dos Anteprojetos, e na presença das altas autoridades dos três Poderes, firmou as Mensagens ao Congresso Nacional, que acompanharam ditos Anteprojetos”. O projeto tomou o n.º 636/1975 e no artigo de Benjamin Moraes, escrito simultaneamente a estes acontecimentos, o autor informa que a matéria estava tramitando e que seria conveniente a remessa de sugestões, que “estão em tempo de serem aproveitadas e remetidas ao Congresso, que será sensível à voz da cultura nacional”. E sonha alto: para que “tenhamos o Código Penal mais adiantado e mais perfeito do universo” (1975, p. 195).

¹⁹⁹ Na passagem pelo Ministério da Justiça, Armando Falcão foi o artífice da “lei modificadora da legislação eleitoral que barrou o acesso dos candidatos ao rádio e à televisão”, que acabou batizada Lei Falcão, “pois o ministro da Justiça teve a duvidosa honra de imaginá-la” (Fausto, 1995, p. 493). A Lei Falcão foi a estratégia adotada pelo governo para conter o avanço eleitoral do MDB, pouco antes das eleições municipais de 1976.

De fato, em junho de 1975 o Congresso recebeu a Mensagem 158, subscrita por Geisel e por Golbery do Couto e Silva, na época Ministro Chefe do Gabinete Civil. No processo legislativo, consta o texto do projeto e da Exposição de Motivos, subscrita por Armando Falcão (escrita por Benjamin Moraes), no qual se esclarece que o projeto introduz no Código Penal – que cambaleava em sua longa tramitação – “modificações que atendem à crítica construtiva dos setores especializados e aos reclamos da ciência penal” (1975, p. 28). Não encontramos informações sobre eventuais discussões parlamentares sobre o PL 636/197.

Nesse meio tempo, o Ministério da Justiça parece ter mudado de ideia. Em 1977, “o Dr. Armando Falcão, encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2, destinado a alterar dispositivos do Código Penal de 1940, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais” (1984, p. 01). Tal projeto se transformou na Lei 6.416/77, que produziu alterações principalmente no campo da execução penal e que, segundo Zaffaroni e Batista, “respondia a uma pauta político criminal que os penalistas e criminólogos brasileiros discutiam intensamente desde o início dos anos setenta” (2003, p. 479). Conforme Dotti, “a Comissão redatora do projeto foi coordenada pelo então Subprocurador da República, Francisco de Assis Toledo, e recebeu a colaboração dos Profs. Armida Bergamini Miotto e Manoel Pedro Pimentel” (1999, p. 360). Na Exposição de Motivos, Armando Falcão explica que o grupo de trabalho que constituiu - com a “finalidade de buscar eficientes soluções, a curto prazo, das mais agudas dificuldades no campo da execução penal” (Pierangeli, p. 534) – decidiu “agir sobre a legislação vigente, evitando, pois, interferência” nos demais projetos, inclusive no Código Penal vacante (Pierangeli, p. 534). Esta medida seria útil à discussão dos demais projetos que tramitavam no Congresso e constituiria “verdadeira experiência prévia relativamente às inovações que se procura introduzir nos Códigos sob exame do Congresso Nacional” (Pierangeli, p. 534).

Não foi o que ocorreu. O *novo Código* acabou abandonado diante da reforma parcial do antigo. Na Mensagem n.º 427, na qual

Ernesto Geisel solicita a “retirada da Mensagem n.º 158, (...) tendo em vista que a proposição perdeu seu objeto com a revogação do Decreto-lei n.º 1.004, pela Lei n.º 6.578, de 11 de outubro de 1978” (1975, p. 01), o presidente sustentou que o Código Penal de 1940, com alterações da Lei 6.416, estava “mais atualizado do que o vacante”.

5.3 O conteúdo político-criminal dos debates em torno ao Código Penal de 1969

Neste tópico abordaremos o conteúdo político-criminal dos debates jurídico-penais e criminológicos que foram travados pelos penalistas notáveis ao longo dos anos sessenta e setenta, principalmente em torno ao Código Penal de 1969, o que cremos serve de indicativo sobre as tomadas de posição dos agentes objetos de nossa análise. Gostaríamos de adiantar, contudo, que não adentraremos nas discussões quanto aos temas da teoria do delito, o que abriria outro flanco na pesquisa e nos remeteria à dimensão interna da dogmática jurídico-penal²⁰⁰. Por isso, restringiremos nosso foco. Trataremos, em primeiro

²⁰⁰ Não desconhecemos que as tomadas de posição quanto aos institutos da teoria do delito derivam de premissas jurídico-filosóficas, políticas e sociais e também indiciam o *marco geral da concepção de mundo* do autor. Entretanto, trata-se da dimensão mais hermética das ciências criminais, de modo que a linguagem da teoria do delito - o tratamento das situações-problemáticas e dos conflitos sociais nos termos da fórmula jurídica consagrada - é o fundamento do desapossamento e da conseqüente monopolização do conflito por parte dos penalistas, ou seja, é constitutiva do campo jurídico-penal e do poder simbólico de tais agentes. Vale frisar que a análise das discussões jurídico-penais do período em estudo certamente pode contribuir para a compreensão do desenvolvimento da dogmática penal no Brasil. Interessante notar que naquela ocasião o próprio Nélson Hungria procurava advertir aos penalistas mais jovens os riscos de ser “seduzido pelas sutilezas e filigranas de uma dogmática ao gosto de profusos monografistas (...) que reduzem a ciência jurídico-penal a um punhado de cinzas tão inconsistentes que não servem, sequer, para a sinalação da cruz, no primeiro dia da quaresma...” (1963, p. 21), e pelas “distinções de sutileza aracnídea, que cuidam de transformar o direito penal numa sucessão de esquemas geométricos e, no entanto, só tem o efeito de criar perplexidades” (1964, p. 39). Nas conferências que pronunciou no *Ciclo Sobre o Anteprojeto de*

lugar, das discussões relativas à função da pena e do cárcere e ao tratamento dos *criminosos* (a classificação dos criminosos, a pena indeterminada, a distinção entre pena e medida de segurança e a redução da maioridade penal). Em segundo lugar, abordaremos as discussões sobre as novas criminalizações e sobre a descriminalização, sobretudo no que toca aos delitos que envolvem a mulher.

5.3.1 A função da pena

No Anteprojeto original que apresentou ao governo e à comunidade jurídica, em 1963, Néelson Hungria concretizou uma guinada teórica que maturou ao longo de sua trajetória de cientista penal. Na ocasião, abandonou a *profissão de fé* retribucionista e consagrou a “função finalística da pena privativa da liberdade”. O art. 35 do Anteprojeto estabelecia o seguinte:

Art. 35. A pena de reclusão e a de detenção, aquela sob regime mais rigoroso que esta, são cumpridas em estabelecimentos separados ou em seções especiais do mesmo estabelecimento, e devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educacional, no sentido de sua gradativa recuperação social (1963, p. 178).

Evidentemente que esta guinada fazia parte de um contexto mais amplo e foi influenciada pelas ideias que, sobretudo a partir dos anos cinquenta, passaram a dominar campo jurídico-penal,

Código Penal Brasileiro, que ocorreu em 1963, Hungria ressaltou que vinha “protestando contra êsse capilarismo, contra êsse logicismo abstrato a que se entregam os autores alemães e muitos dos italianos” e que recebia com mágoa as críticas da nova geração, principalmente de Heleno Fragoso, Alcidez Munhoz Neto e Paulo José da Costa Jr., que não ouvira seu clamor: “jovens professores, do mais lídimo talento e da mais acurada cultura, estão inteiramente seduzidos pelos teóricos alemães, que fazem da análise minudente um meio para transformar o Direito Penal num tratado de complicações” (1965, p. 463).

fundamentalmente no que toca à penalogia. Conforme Hungria, quando no Congresso de Direito Penal de Roma, em 1953, Biaggio Petrocelli, “autor principal do malogrado projeto de novo código penal para a Itália, de 1949”, afirmou que *a pena é uma superior exigência do espírito, cuja atuação deve, se necessário, pairar acima de todas as exigências práticas*, “suas palavras soaram como se viessem do fundo de uma época já inteiramente superada e esquecida” (Hungria, 1968, p. 88). A novidade, o “novo credo”, era as concepções neo-defensivistas, na versão da “escola francesa de defesa social, chefiada por *MARC ANCEL*”, e na versão da escola italiana, “dirigida por *FILIPPO GRAMATICA*” (Hungria, 1968, p. 83). Néelson Hungria se filiou em termos a estas concepções, como veremos. Nas “Jornadas Penales” de Buenos Aires, em 1960, o autor comunicou o abandono do *partido* da pena-retribuição:

Também fui partidário convencido da pena-retribuição. Como tal, fui um dos autores de um código eminentemente retribucionista, que é o Código Penal Brasileiro. Mas, a lição, a experiência do mundo atual me levaram a uma revisão de meu pensamento, para renegar, para repudiar, de uma vez para sempre, a pena-retribuição, a pena-castigo, que de nada vale e é de resultado ineficaz (Hungria, 1977, p. 14).

Na conferência que pronunciou no *II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins*²⁰¹, ocorrido em Brasília, entre os dias 08

²⁰¹ O evento foi patrocinado pela Universidade de Brasília e contou com a colaboração da Procuradoria de Justiça, do Tribunal de Justiça e da Ordem dos Advogados do Brasil, do Distrito Federal. Além de Hungria, proferiram conferências Roberto Lyra, Evandro Lins e Silva, Heleno Cláudio Fragoso, Luiz Vicente Cernichiaro, Jair Leonardo Lopes, Arminda Miotto, dentre outros, bem como de Jean Graven, professor de Direito Penal da Universidade de Genebra, que era à época presidente da Associação Internacional de Direito Penal. Os anais do evento foram publicados pelo Ministério da Justiça, em 1968. Além da transcrição das conferências, constam fotos laudatórias do Ministro da Justiça,

a 14 de outubro de 1967, intitulada *Novas teorias e diretrizes do direito penal*, Hungria explicou pormenorizadamente as teorias sobre a função da pena que embasaram o Anteprojeto. O autor se afasta do “radicalismo da diretriz de Fillipo Gramática”, que estava a proclamar que “o direito penal tradicional deve ser relegado para museu, cedendo lugar ao direito-dever de defesa social, não por meio da punição, mas exclusivamente por meio da recuperação do indivíduo socialmente rebelde ou indisciplinado” (1968, p. 83).²⁰² E adere à escola francesa de Marc Ancel, à “diretriz moderada”, que “entende que deve ser gradativa a acomodação do direito penal tradicional aos princípios da defesa social” e que a “ação sistemática de socialização dos delinqüentes (...) será possível sem desarticulação total do direito punitivo tradicional”, bastando para tanto que “os institutos e normas jurídico-penais se orientem essencialmente (...) no sentido da recuperação moral e social do indivíduo criminosos” (1968, p. 87). Segundo Hungria, o neo-defensivismo da escola francesa é um “reflexo das tendências mais recentes do direito penal”, que naquele momento estaria a passar por uma revisão de critérios, “ao começar pelo que diz respeito à tradicional pena-retribuição, que, na ortodoxia de seus princípios, está caindo em franco descrédito” (1968, p. 88).

Ao invés da pena limitada ao seu sentido etimológico, ou da pena-castigo, como retribuição do mal pelo mal ou contragolpe do crime, ou como exclusivo mandamento de justiça, ou como imperativo categórico, ou com fundamento em transcendentais razões

Gama e Silva, e do vice-presidente da república (e penalista), Pedro Aleixo, que inclusive participou da mesa de abertura do evento.

²⁰² “Com uma firmeza e concatenação de princípios que ultrapassam as da chamada escola positiva, a corrente italiana do neo-defensivismo proclama que se deve ter em conta, não o fato de infringir a lei social, mas o agente, o homem, o violador do *modus vivendi* da coletividade, como *persona humana* a ser perquirida e avaliada em sua totalidade, para averiguar se se trata, ou não, de um indivíduo anti-social. (...) Não mais *pena*, mas *medidas de defesa social*, preventivas, educativas ou curativas, adequadas a cada pessoa. Não mais *repressão* ou *castigo*, mas *ressocialização*, *reclassificação social* dos transviados ou anti-sociais” (Hungria, 1968, p. 87).

filosóficas, o que se preconiza é a pena como meio e instrumento de utilidade social, atendendo, acima de tudo, ao fim prático de tentar, na medida do possível, a reclassificação social do delinqüente, pelos meios educativos ou ortopsíquicos indicados pela experiência. A recuperação social do criminoso, de simples epifenômeno, passa a ser o precípua escopo da pena (Hungria, 1968, p. 88).

Em definitivo, ao estilo de Hungria: “não mais, entre as paredes do cárcere, o drama do sofrimento de um culpado, por antecipação do Inferno, mas o edificante espetáculo de resgate e salvação de um ser humano” (1968, p. 88). Ao cabo, Hungria ainda informa que diversos Códigos Penais, tais como o suíço, o soviético e o tcheco-eslovaco, assim como o Anteprojeto Soler, de Código Penal argentino, além da constituição italiana - “país vanguardeiro no estudo da ciência penal” - já consagravam a função finalística da pena, de modo que a sua previsão legal, contemplada no Anteprojeto, estaria justificada (1968, p. 91).

A consagração da função finalística da pena no Anteprojeto de Código Penal não passou despercebida: de um lado, a medida foi criticada porque não conviria incluir em um Código posições doutrinárias; de outro, porque a previsão legal da função da pena, no sentido da recuperação do criminoso, possibilitaria a absolvição daqueles que cometessem algum crime, mas não necessitassem de emenda. No *Ciclo de Conferências*, Basileu Garcia, o *ilustre catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo*, que na ocasião tratou das *Penas e sua aplicação no Anteprojeto*, começou sua explanação por criticar formulação de uma “profissão de fé finalística, (...) excrescente num corpo de leis e destoante da realidade” (1965, p. 127). Conforme o autor, seria inteiramente “desaconselhável incluir preceitos de cunho doutrinário, e de inclinação pessoal num estatuto repressivo” (1965, p. 128). O pior, entretanto, é que este dispositivo legal poderia ser aproveitado “para o desencorajamento da repressão”, pois na medida em

que o “legislador faz supor que as penas privativas de liberdade não têm outro fim senão o de educação e recuperação”, poderão sobrevir absolvições em casos de delitos “cometidos todavia por agentes que parecem não precisar do influxo moralizador de âmbito individual cogitado no texto” (1965, p. 128). Heleno Fragoso, da mesma forma, no texto *A reforma da legislação penal – I*²⁰³, manifestava preocupação com o “perigo da exploração, principalmente no júri, da fórmula do anteprojeto”, pois seria fácil afirmar que a desnecessidade da pena nos casos em que “o réu não precisa de emenda, como aqueles que reconhecidamente não reincidem, entre os quais os delinquentes ocasionais” (Fragoso, 1963, p. 74). Por isso, “talvez conviesse rever a fórmula do art. 35, segunda parte, inclusive porque um código não é obra de doutrina e não deve conter enunciados puramente programáticos” (1963, p. 75).

As críticas indiciam que naquele contexto as ideias relativas à classificação dos criminosos, fruto do positivismo criminológico e incorporadas por Von Lizst em um modelo penalógico (incorrigíveis, corrigíveis e ocasionais), possuíam grande importância. O problema identificado por Basileu Garcia e por Heleno Fragoso referia-se aos delinquentes ocasionais, aqueles que não necessitam de emenda, que poderiam, diante do art. 35, eximir-se da pena.

Nélson Hungria, nas *respostas às objeções ao anteprojeto*, esclareceu que o art. 35 não negava o caráter retributivo da pena, tampouco sua função intimidatória; apenas declarava que, durante a execução, a pena deveria cumprir uma função educacional, “isto, é claro, quando o condenado se apresente socialmente desajustado” (1965, p. 467). A eliminação do desajuste é a finalidade da pena privativa de liberdade, mas não condição de sua imposição, “pois, de outro modo, estaria sendo fornecida aos não desajustados (...) um prévio salvo

²⁰³ Trata-se do primeiro de três artigos publicados por Heleno Fragoso nas edições dois, três e quatro da Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, todas de 1963, nos quais analisa integralmente o Anteprojeto Hungria. O texto é o resultado de um parecer elaborado por indicação da Ordem dos Advogados do Brasil, da Seção da Guanabara.

conduto para a prática de crime (“quod est absurdum”)” (1965, p. 467). De qualquer forma, transgiu com as críticas de Basileu Garcia e Heleno Fragoso, e propôs nova redação ao art. 35, para evitar este *desencorajamento da repressão*. Ao texto que já transcrevemos, Hungria incluiu a ideia de retribuição – “a pena... deve ter por fim não somente punição pelo crime praticado” – e inseriu uma condicionante - “não somente punição pelo crime praticado, senão também, *quando necessário*, exercer uma individualizada ação educacional sôbre o condenado, no sentido de sua recuperação social” (1965, p. 467). Assim restava claro que a punição deveria ser aplicada não somente ao desajustado, mas também ao *delinqüente ocasional*.

Na verdade, Hungria estava a produzir uma “teoria combinatória da pena” (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 140). Como veremos, o pano de fundo deste debate eram as propostas de abolição do duplo binário e a aglutinação entre pena e medida de segurança. Para os “neo-defensivistas radicais”, a resposta penal deveria ser compreendida sempre como medida de segurança, baseada no estado de anti-sociabilidade ou periculosidade, com vistas à defesa social. O *príncipe dos penalistas*, contudo, apesar de concordar com a necessidade de reeducação do apenado, não chegava ao ponto de defender a substituição plena da pena pela medida de segurança, pois entendia que, diante da subordinação da última “ao estado de periculosidade ou anti-sociabilidade do delinqüente”, ela não poderia abranger diversos *tipos de criminosos*:

(...) os criminosos de ocasião, episódicos ou de emergência, os passionais autênticos, os políticos, os simplesmente culposos, os autores de crimes meramente convencionais, os normais em geral (cuja existência os próprios positivistas ou defensivistas não negam), que não apresentam deformada personalidade ou intimidade psíquica, ou ineducação social, de modo que em relação a estas categorias, desapareceria a incontestável e imprescindível função

intimidativa ou de prevenção geral da pena (1967, p. 92).

Para o autor do Anteprojeto, “a pena, na sua função teleológica, não pode ficar confinada dentro de um princípio monolítico ou exclusivo”, pois seu “escopo é pluridimensional”, composto tanto da retribuição quanto da defesa social, de maneira que a pena “há de ser um *quid compositum*, transacionando entre *justiça* e *utilidade*, entre retribuição e defesa social, para evitar que fique truncada na sua função de utilidade prática” (1967, p. 92-93). Vale transcrever a narrativa de Hungria sobre a sua participação no Colóquio realizado em Coimbra, em 1967, que demonstra com clareza a defesa de uma *teoria combinatória da função da pena*:

No recentíssimo Colóquio realizado em Coimbra, para comemorar o centenário da abolição da pena de morte em Portugal, do qual tive a honra de participar, travou-se vivo debate entre os professores *FILLIPO GRAMMATICA* e *GIUSEPPE BETTIOL*, ali presentes, um defendendo a exclusividade do princípio de defesa social e outro sustentando o princípio da retribuição com o único admissível. Ao que declarou o ilustre *BETTIOL*, fôra tormentosa a sua vacilação entre os dois princípios, mas, afinal, se convencera de que, dentro da lógica dos princípios que disciplinam o *homo socialis*, sòmente havia lugar para a pena retributiva. Intervim no debate, para declarar que eu me eximira ao tormento sofrido por *BETTIOL*, adotando a política do Zadig de *VOLTAIRE*, que, resolvendo a grave controvérsia religiosa entre os persas, sòbre se se devia entrar no Templo com o pé direito ou com o pé esquerdo, entrou no sagrado recinto com ambos os pés. Tenho para mim que o fim da pena é retribuição e é defesa social (1967, p. 93).

Ao frisar sua posição combinatória, o autor acalmava os críticos da consagração da reeducação como função da pena no anteprojeto. Conforme Zaffaroni e Batista, a conjugação de funções diversas e incompatíveis é o recurso utilizado pelos penalistas diante do “fracasso de todas as teorias que concedem funções manifestas à pena” (2003, p. 140). Segundo os autores, esta incoerência teórica produz conseqüências práticas graves, pois dela deriva a permissão para que os operadores judiciais assumam “a decisão que bem lhes aprouver, racionalizando-a, depois, com a teoria de função manifesta que pareça mais adequada ao caso” (2003, p. 140). Assim, quando a culpabilidade pelo ato não for adequada à racionalização da punição, pode-se apelar para a culpabilidade de autor (para a periculosidade) e assim por diante, de modo que “as combinações teóricas incoerentes, em matéria de pena, são muito mais autoritárias do que qualquer uma das teorias puras, pois somam as objeções de todas as que pretendem combinar e permitem escolher a pior decisão em cada caso” (2003, p. 141).

Seja como for, a teoria combinatória defendida por Nélson Hungria avançou. Na sessão de vinte e nove de março de 1965, a Comissão Revisora discutiu o art. 35, e na ata ficou documentado o seguinte:

O artigo trinta e cinco toma a seguinte redação: “A pena de reclusão e a de detenção são cumpridas, sempre que possível, em estabelecimentos separados ou seções especiais do mesmo estabelecimento, e devem ser executados de modo que exerçam sôbre o condenado, quando necessário, uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social”. A rubrica marginal passou a ser “Fim da Pena” (1965, s/n).

Comparando com a redação proposta por Hungria após a crítica de Basileu Garcia, nota-se que a condicionante “quando necessário” permaneceu no texto, enquanto o reforço quanto à permanência do caráter retributivo da pena - “a pena... deve ter por fim

não somente punição pelo crime praticado” fora excluído. A ata não detalhou os diálogos entre os membros da comissão, mas é possível que tenha saído vencedora a posição de Fragoso, que defendia que a fórmula primitiva não significava uma “tomada de posição a respeito do grave problema relacionado com o sentido da pena no Direito Penal de nossos dias” e que “basta, para a afirmação do princípio retributivo, o fato de fundar-se a pena na idéia de culpa” (1963, RBCDP 2, p. 73). Ademais, a rubrica marginal, que no anteprojeto original era “Função Finalística da Pena Privativa de Liberdade” foi alterada para “Fim da Pena”.

O texto final do Código Penal de 1969, entretanto, por razões que não conseguimos rastrear²⁰⁴, retornou à redação original do anteprojeto, excluindo a condicionante “quando necessário”. A reforma de 1973 deixou intacta a previsão legal, que durou até a revogação definitiva do Código. A ideia de ressocialização estava presente no campo jurídico-penal, no mínimo, desde as concepções do positivismo criminológico e a tradução penal destas categorias, que resultou basicamente na distinção entre corrigíveis e incorrigíveis. De qualquer modo, os penalistas, ao longo dos anos sessenta e setenta, contribuíram para a consolidação - no compasso de um estado de bem-estar social que se apresentava menos na prática do que nos discursos - da ressocialização como *mitologia do castigo*²⁰⁵ dominante, legitimadora maior das práticas punitivas. Mais ou menos na mesma época, criminólogos críticos, como Roberto Lyra Filho, já denunciavam a falsidade das teorias sobre a função da pena e o caráter ideológico das

²⁰⁴ O já mencionado anteprojeto do Ministério Público de São Paulo, que parece ter servido de modelo para as propostas dos “juristas de São Paulo” trazidas por Alfredo Buzaid nos últimos dias dos trabalhos de revisão, que naquela altura era chefiada por Benjamin Moraes, não consagrava a condicionante. Para a íntegra do anteprojeto, cf. a edição n. 67 da Revista *Justitia*.

²⁰⁵ A expressão é de Iñaki Rivera Beiras: “Después de cuanto se ha visto, me parece que aquellas llamadas “teorías de la pena” han quedado, en efecto, en el estadio de simples “mitologías”, completamente superadas por visiones y herramientas inter-disciplinarias que ya no podrán ser desechadas en un estudio serio, global y comprensivo del problema de la punición (2003, p. 119).

teorias combinatórias: “pena, defesa social, reeducação, prevenção geral ou especial, intimidação, retribuição e medidas “assistenciais” enriqueciam a palheta, mas, ao fim e ao cabo, destinavam-se à mesma pintura” (LYRA FILHO, 1981, p. 60).

5.3.2 O fim do duplo binário, a classificação dos criminosos e a pena indeterminada

A afirmação de Nélson Hungria de que o Código Penal de 1940 era retribucionista é evidentemente falaciosa. Em verdade, aquela codificação foi a primeira a consagrar no sistema penal brasileiro a segregação por tempo indeterminado e baseada na periculosidade do agente, nos termos das ideias do positivismo criminológico. Este instituto, que permitia o seqüestro estatal de pessoas a partir da constatação da periculosidade, em alguns casos sem que fosse necessária a prática de nenhum delito, era chamado *medida de segurança*. Ela servia, basicamente, para garantir uma ampla discricionariedade repressiva, ao mesmo tempo em que, ideologicamente, se preservavam as bases do direito penal clássico. O sistema que combina pena e medidas de segurança, podendo ambas ser aplicadas ao mesmo infrator em razão da mesma infração, foi nominado duplo binário.

Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, subscrita por Francisco Campos e escrita por Nélson Hungria, é sustentada a noção de que o Código foi resultado de uma “política de transação ou de conciliação”, pois nele “os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva” (Pierangeli, p. 412)²⁰⁶. Na sequência, a Exposição de Motivos informa que o projeto “contém uma inovação capital”, qual seja o de fazer “ingressar na órbita da lei penal

²⁰⁶ Conforme Magalhães Noronha, Código Penal de 1940 “acende uma vela a Carrara e outra a Ferri” (1979, p. 72).

as medidas de segurança”. Segundo o autor do projeto, trata-se de um critério de política criminal “que paira acima do radicalismo de escolas” e que “está hoje definitivamente introduzido na legislação penal do mundo civilizado”, pois, “à parte a resistência dos clássicos, já ninguém mais de declara infenso a essa bilateralidade da reação legal contra o crime” (Pierangeli, p. 428). Francisco Campos/Hungria fazem questão de “insistir na afirmação de que as medidas de segurança não têm caráter repressivo, não são pena”, mas “medidas de prevenção e de assistência social relativamente ao ‘estado perigoso’ daqueles que, sejam ou não *penalmente responsáveis*, praticam ações previstas na lei como crime” (Pierangeli, p. 428). E por fim esclarecem que “o título consagrado às medidas de segurança (...) poderia ser denominado ‘o código de segurança dentro do código penal’” (Pierangeli, p. 428). Aqui, é interessante notar o esforço dos autores do texto oficial para excluir e ao mesmo tempo incluir as medidas de segurança no “horizonte de projeção do direito penal” (Zaffaroni; Batista, 2003, p. 91), com o objetivo de garantir a possibilidade da radical intervenção possibilitada pelas medidas de segurança e ao mesmo tempo manter hígido o discurso liberal do direito penal.

O Código Penal de 1940 dispunha que a aplicação de medida de segurança seria cabível quando um agente cometesse um crime e fosse considerado perigoso (art. 76). Entretanto, os autores de um “crime impossível” ou de meros atos preparatórios também poderiam ser submetidos às medidas de segurança, caso fosse reconhecida a periculosidade (art. 76, parágrafo único). Ou seja, o agente poderia ser submetido à medida de segurança mesmo sem ter praticado qualquer crime. Em alguns casos, a periculosidade, requisito da aplicação da medida de segurança, era presumida, como no caso dos reincidentes em crimes dolosos ou dos condenados por crimes cometidos no contexto de um “bando ou quadrilha de malfetores” (art. 78). Quando a periculosidade não fosse presumida, deveriam ser analisadas a personalidade, os antecedentes, os motivos e as circunstâncias e os motivos do crime, podendo daí decorrer a “suposição de que venha ou torne a delinquir”, razão que permitia a aplicação da medida de segurança por tempo indeterminado. Ademais, todos os condenados à

pena de reclusão por mais de cinco anos e todos os condenados a pena privativa de liberdade quando o crime estivesse relacionado à ociosidade, à vadiagem e à prostituição (art. 93) poderiam ser submetidos à medida de segurança. Nota-se, portanto, uma ampla margem de arbitrariedade: estava aberto o caminho para o sistema penal selecionar e sequestrar, por tempo indeterminado, qualquer tipo de *subcidadão* indesejável. A medida de segurança só poderia ser extinta após a realização de “exame” que atestasse a cessação da periculosidade. O discurso oficial era certamente benevolente e já aqui o objetivo declarado da forma de segregação chamada medida de segurança era a reeducação²⁰⁷.

O anteprojeto Hungria extinguiu o duplo binário, reservando a medida de segurança aos doentes mentais que praticassem crimes, que deveriam ser internados em manicômios por tempo indeterminado. Esta opção político-criminal era influenciada pelas ideias que triunfavam naquele período histórico. Sob o influxo da escola *neo-defensivista*, pena e medida de segurança deixavam de se constituir em respostas

²⁰⁷ De fato, é possível colocar em xeque a narrativa tradicional sobre a conciliação entre as escolas e o caráter liberal da codificação de 1940. A análise do título das medidas de segurança, que permitia a segregação por tempo indeterminado com grande facilidade, deixa pouca dúvida sobre o autoritarismo que inspirou o Código. A conclusão do estudo de Camila Prando sobre a relação entre o saber dos juristas e o controle penal no contexto da elaboração do Código Penal de 1940 foi a seguinte: “não houve polarização entre o discurso dos direitos individuais disposto no eixo de legitimidade pela legalidade e o discurso da defesa da ordem social referente ao eixo de legitimidade pela defesa social, sobre o qual se teria construído um equilibrado ‘compromisso’ ou uma ‘conciliação’ na doutrina penal. A *retórica criminológica* predominou no debate doutrinário e, submetida à tradução conservadora dos juristas, subordinou a legitimidade pela legalidade à defesa social. Os direitos individuais foram delimitados e justificados pela retórica das ciências criminológicas, de modo que as dimensões política e técnica da legalidade foram atravessadas pela legitimidade pela defesa social, em seu sentido repressivo, garantido pelo lugar dos juristas no discurso racionalizador do sistema penal” (2012, p. 240).

distintas à prática de crimes, pois a pena, compreendida, como vimos, como uma medida educativa, tornava-se idêntica à medida de segurança.

Em *Novas Diretrizes*, Hungria noticia que “nos mais recentes Congressos penais, no plano internacional”, estava sendo “debatida largamente a tese relativa à supressão do sistema de *dupla via* ou de *dois trilhos*, isto é, da aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, a ser substituída por um tratamento unitário” (1967, p. 91), e que no Congresso de Roma, em 1953, teria triunfado a tese da unificação integral das duas sanções, sob o nome de medida de segurança, “se *FILIPPO GRISPIGNI*, o saudoso Professor da Universidade Romana, que sempre evolui entre a escola positiva e a escola neo-clássica”, que foi o relator do tema, não tivesse proposto uma fórmula conciliatória ou transacional: “não mais o sistema de aplicação sucessiva de pena e medida de segurança, ou vice-versa, mas o sistema alternativo, ficando ao esclarecido e prudente arbítrio do juiz, em cada caso, aplicar, ou somente a pena ou somente a medida de segurança” (1967, p. 92)²⁰⁸.

O autor do anteprojeto posicionava-se a favor do *método unitário*, mas sob o nome de pena. O argumento central, como já vimos, referia-se ao fato de que a medida de segurança era “conceitualmente subordinada, na sua aplicação, ao estado de periculosidade ou anti-sociabilidade do delinqüente” (1967, p. 92), de modo que ficaria inviabilizada a sua aplicação a todos aqueles que cometessem crimes, mas que não fossem considerados perigosos ou anti-sociais. Adota, então, o chamado sistema vicariante, o modelo transacional proposto por Grispigni, unificando pena e medida de segurança, sob o nome de pena, e reservando a medida de segurança apenas aos “doentes mentais e inferiorizados psíquicos de natureza mórbida” (1967, p. 94). O fim do

²⁰⁸ Em meados do século XX, por pouco, a pena não foi abolida. Não pelas razões das teorias abolicionistas desenvolvidas a partir dos anos setenta, mas em nome da substituição da pena pelas medidas de segurança, indeterminadas e fundadas na periculosidade do agente, de acordo com as ideias da escola neo-defensivista. Não foi esta a opção de Hungria e da comissão revisora, que mantiveram a resposta punitiva sob o nome de pena, e de acordo com as tendências de seu tempo, procuraram aproximá-la das medidas de segurança.

duplo binário foi aplaudido por Heleno Fragoso, no parecer sobre o anteprojeto Hungria:

Corretíssima a solução do anteprojeto no abandono do sistema duplo binário (pena e medida de segurança detentiva sucessivamente aplicada). Esse sistema, que teve a missão histórica de conciliar duas tendências opostas, está em franco declínio por tôda parte. No Brasil, afora uma ou outra malograda experiência, êle realmente não chegou a ser pôsto em prática (Fragoso, 1963, p. 75).²⁰⁹

A supressão do duplo binário e da medida de segurança por tempo indeterminado para imputáveis foi criticada por diversos penalistas. Basileu Garcia, por exemplo, criticou e considerou inconvenientes os “cortes substanciais (...) na antiga estrutura jurídica das medidas de segurança, cuja utilidade na proteção coletiva é incontestável” (1965, p. 128). Hungria, nas *respostas às objeções*, sustentou que de nada vale a suposta maior proteção de tal sistema, se durante a vigência do Código Penal de 1940 “o capítulo sôbre medidas de segurança não representou mais do que um poema futurista que poderia ser assinado por Manuel Bandeira ou Carlos Drummond de Andrade” (1965, p. 467).

A extinção da medida de segurança para imputáveis vinha acompanhada da aproximação entre as duas vias de resposta penal. O foco na defesa social era mantido e a *antiga novidade* consagrada pelo anteprojeto era a *classificação dos criminosos*. As teorias sobre a classificação dos criminosos, juntamente com o critério da periculosidade, foram desenvolvidas pela escola positiva e desde então constituem a espinha dorsal da estrutura do direito penal. Tanto como

²⁰⁹ Anibal Bruno analisa cuidadosamente o assunto, no volume III de seu manual (1967, pp. 255 a 287). Segundo Bruno, “as medidas de segurança justificam-se porque necessárias à defesa da ordem jurídico-social contra o crime” (1967, p. 287).

regras quanto como metarregras, as *visões sobre o criminoso* determinam a resposta penal e carregam consigo a promessa de defesa da sociedade, que seria garantida por meio do conhecimento científico sobre o tipo de criminoso, que propiciaria a elaboração científica da resposta penal adequada a cada tipo.

No contexto da elaboração do Código Penal de 1940, o projeto da comissão revisora suprimiu o capítulo sobre a classificação dos criminosos constante no anteprojeto Alcântara Machado. O professor paulista criticou veementemente esta tomada de posição político-crimal, referindo que a classificação é “indispensável ao tratamento penal”, e que diante desta situação a “codificação brasileira nascerá atrasada de meio século...” (1957, p. 1051). Roberto Lyra respondeu a esta crítica sustentando que a “individualização do tratamento é mais do que classificação dos criminosos” e que os critérios individualizadores presentes no código são “consistentes e permeáveis” (1977, p. 51). Hungria nunca defendeu ferrenhamente a classificação dos criminosos. Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, Hungria justificou a tomada de posição da seguinte forma²¹⁰:

O projeto não faz *classificação penal* especial de criminosos. Na sua sistemática, apenas distingue, para diverso tratamento penal, entre o criminoso *primário* e o criminoso *reincidente* (genérico ou específico). O projeto Alcântara Machado dividia os delinquentes em quatro categorias: *ocasionais, por tendência, reincidentes e habituais*. Ora, para a identificação dos “tipos” das duas primeiras categorias, não há seguros critérios objetivos. Não existem características constantes ou indícios

²¹⁰ Apesar da supressão da classificação dos criminosos, o projeto da comissão revisora pouco alterou o capítulo das medidas de segurança elaborado por Alcântara Machado, que acolhia largamente “os postulados positivistas” (del Pozzo, 1940, p. 632).

infallíveis para diferenciar entre criminosos que o sejam *per accidens* e os que o sejam *por tendência*.

Quanto aos criminosos *por tendência*, nem mesmo se pode asseverar, incontestavelmente, que existam, isto é, não se pode afirmar que haja uma inclinação especial ou fatalística para o crime; mas, ainda que se pudesse admitir isso, não seria lógico que um código penal fundamentalmente informado na liberdade volitiva incluísse entre os *imputáveis* o delinqüente que o é por irresistível tendência. Quanto aos *criminosos habituais*, não há razão para destacá-los da *família* dos reincidentes, uma vez que a estes seja aplicado, como no sistema do projeto, um tratamento especialmente rigoroso.

Para a individualização da pena, não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o anteprojetado assume um sentido marcadamente *individualizador*. (...).

Com a adoção de tão extenso arbitrium judicis, na identificação ético-social do réu, visando o ajustamento das medidas de reação e defesa social ao indivíduo, para que rotular aprioristicamente subespécies de criminosos? (Pierangeli, xx, p. 424).

No anteprojetado de 1963, Hungria parece ter mudado de ideia. O anteprojetado previa a *classificação dos criminosos* e estabelecia que em se tratando de *criminoso habitual* ou por *tendência* a pena poderia ser aumentada até o dobro. A habitualidade presumida ocorria nos casos daquele que reincidisse pela segunda vez na prática de crime doloso da

mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade. A habitualidade deveria ser reconhecida pelo juiz, ou seja, não era presumida, nos casos nos quais o agente, mesmo sem ter condenação anterior, cometesse quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, no caso de suas condições de vida e circunstâncias dos fatos indicarem a *inclinação para a prática de crimes*. Já o criminoso por tendência era aquele que houvesse cometido homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, nos casos nos quais os motivos determinantes indicassem *extraordinária torpeza, perversão ou malvadez* (art. 60 e parágrafos).

Helena Fragoso, na parte dois do parecer sobre o anteprojeto, publicado na RBCDP n. 3, de outubro de 1963, admitia que o tratamento penal dos delinquentes habituais ou por tendência era preocupação constante em todos os países, mas salientava que “dentro da concepção clássica, de um rígido enquadramento do direito penal da culpa, ninguém pode ser punido pelo que *é*, mas pelo que *fêz*” (1963, p. 23). Deste modo, mesmo compreendendo que seria “necessário um tratamento especial para os criminosos habituais, dada a evidente ineficácia das penas em relação aos mesmos”, posicionava-se no sentido de que “a fórmula do anteprojeto não pode ser aceita (...) sem reservas”, pois seria “repugnante punir mais severamente o criminoso habitual, em virtude de uma condição de sua pessoa, que independe de culpa” (1963, p. 26). Salvo desconhecimento de nossa parte, Aníbal Bruno não se manifestou expressamente sobre a classificação dos criminosos adotada pelo anteprojeto Hungria. Contudo, da leitura do volume três de seu manual, que trata sobre as penas, é possível perceber que o autor estava de acordo com o critério da “perigosidade criminal”. Dissertando sobre os requisitos para a aplicação das medidas de segurança previstas no Código Penal de 1940, Aníbal Bruno refere que é correta a opção pela presunção de perigosidade dos reincidentes em crimes dolosos, pois ao se mostrar “insensível à severa advertência da condenação pelo primeiro crime”, o delinquentes “revela decidida inclinação para a prática de fatos puníveis e faz esperar que continue na carreira da criminalidade” (1967, p. 291). Da mesma forma, considera correta a presunção de perigosidade dos condenados que praticaram crimes no contexto de “bandos ou

quadrilha de malfeitores”, que “resulta naturalmente de que sejam membros de organizações constituídas e dirigidas para o crime, de caráter particularmente alarmante”, de maneira que “é justo que se presuma a probabilidade de prática de novos delitos e contra eles que a sociedade se defenda pela aplicação conveniente da medida de segurança” (1967, p. 292). Assim, no seio da comissão revisora, Nélson Hungria, Heleno Fragoso e Anibal Bruno, no que toca à classificação dos criminosos, produziram apenas algumas alterações em sentido restritivo, mas sem mudanças substanciais quanto à estrutura da classificação dos criminosos.

A atribuição positiva da classificação de criminoso habitual ou por tendência resultava, na prática, nos termos do anteprojeto Hungria, no aumento da pena daquele que fosse etiquetado. Ou seja, em princípio, Hungria colocava fim ao regime das medidas de segurança aplicadas a imputáveis, considerados perigosos, por tempo indeterminado, como ocorria conforme as regras do Código Penal de 1940²¹¹. Entretanto, nas últimas revisões do texto, sob a presidência de Alfredo Buzaid, adotou-se a *pena indeterminada* para os *criminosos habituais e por tendência*. O texto definitivo, promulgado em 1969, foi o seguinte:

Art. 64. Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima a da pena privativa de liberdade, não podendo ser, em caso algum, inferior a três anos (Criminoso habitual ou por tendência)

²¹¹ Não conhecemos nenhum estudo criminológico ou historiográfico que tenha descido aos arquivos e se debruçado sobre os processos criminais julgados sob a égide do Código Penal de 1940, nos quais a medida de segurança para imputáveis por tempo indeterminado tenha sido aplicada. Trata-se de uma pesquisa necessária, que esclareceria aspectos sociais e políticos da aplicação do direito penal, bem como as concepções ideológicas dos juízes e demais operadores do direito que atuaram neste período.

§1º A duração da pena indeterminada não poderá exceder a dez anos, após o cumprimento da pena imposta (limite da pena indeterminada)

No artigo *A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro*, Benjamin Moraes informa que “nas revisões sobre o anteprojeto, quer sob a presidência do próprio autor, quer, após sua morte, sob a orientação do Ministro ALFREDO BUZAID, a matéria evoluiu para a adoção clara da teoria da pena indeterminada” (1975, p. 76). Entretanto, não temos certeza quanto à correção desta afirmação. Na revisão de 1965, a pena indeterminada não foi adotada. Néelson Hungria, em *Novas Teorias...*, manifestou-se expressamente contra a indeterminação da pena, sustentando que “do ponto de vista político, seria desaconselhável, porque enseja demasiado arbítrio judicial, dada a atual precariedade ou relativa insegurança dos indícios psicológicos da cessação de anti-sociabilidade” (1967, p. 94). Além disso, segundo o autor, “para a recusa da pena indeterminada, existe até mesmo a censura da Lei Constitucional, que proíbe a ‘prisão perpétua’ como pena” (1967, p. 94). Posteriormente, não sabemos se nas últimas revisões, da qual participou apenas Heleno Fragoso, ocorreu esta decisão político-criminal, ou se ela foi tomada no último período anterior à promulgação, no qual as decisões eram tomadas por Alfredo Buzaid e por Benjamin Moraes.

Na Exposição de Motivos constou o seguinte:

Os criminosos habituais ou por tendência constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra esse tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficientes. (...) O projeto incorpora-se à legislação moderna, estabelecendo previsão especial quanto aos criminosos habituais ou por tendência, e um sistema repressivo eficaz, com a pena relativamente indeterminada (Pierangeli, p. 587).

A redação final do Código Penal de 1969 adotou, em verdade, a *pena relativamente indeterminada*, pois após o cumprimento da pena imposta, aquele que fosse considerado criminoso habitual ou por tendência, poderia ficar recluso indeterminadamente por até dez anos, depois de concluída a pena aplicada. Na reforma de 1973, a principal alteração foi a extinção da lista restrita de delitos que autorizava a classificação legal do *criminoso por tendência*. A partir da Lei 6016/73, deveria ser considerado *criminoso por tendência* não apenas o sujeito que praticou homicídio, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, mas todo aquele que “pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modos de execução do crime, revela extraordinárias torpeza, perversão ou malvadez” (art. 64, §3º). Na Exposição de Motivo, Buzaid esclarece: “tive presentes, ao propor esta alteração, algumas hipóteses de estupro ou de latrocínio, não abrangidos pelo Código” (1974, p. 12).

O anteprojeto alternativo sobre o sistema de penas, elaborado por membros do Ministério Público e do Judiciário de São Paulo (Manoel Pedro Pimentel e outros), que foi apresentado pelo Senador Accioly Filho por ocasião da tramitação da Lei 6016/73, repelia a classificação dos criminosos, considerada, “além de inconveniente, desnecessária, em razão da nova sistemática” (1973, p. 145). Ademais, repeliu a pena indeterminada. As diferenças, entretanto, não eram tão relevantes. Nos termos do anteprojeto alternativo, o juiz deveria declarar, na sentença, a periculosidade do réu, como acentuada, escassa ou nenhuma. Deveria ser considerado de acentuada periculosidade o agente que cujo seus antecedentes e personalidade, bem como os meios e os motivos do crime, evidenciasse inclinação para práticas delituosas; também aquela cuja ação criminosa revelasse torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral, e, por fim, o sujeito que tivesse sofrido duas condenações irrecorríveis a pena de prisão. O agente de escassa periculosidade seria aquele que poderia ser regenerado desde que submetido a medidas reeducativas e de proteção, ao passo que o de nenhuma periculosidade seria aquele que poderia ser regenerado independente de qualquer ação reeducativa estatal. Para declarar a periculosidade, o juiz deveria se valer dos elementos constantes nos autos e de exame psiquiátrico, que poderia requerer. O anteprojeto ainda

estabelecia que o Ministério Público deveria contar com um corpo de funcionários destinados à investigação dos elementos relativos à constatação da periculosidade. Conforme a Exposição de Motivos, a aferição da periculosidade seria “a pedra de toque do sistema, já que, com base em tal definição, que será provisória, o sentenciado receberá o tratamento adequado à sua periculosidade” (1973, p. 144).

Roberto Lyra costumava dizer que “a periculosidade (...) governa os instrumentos de política criminal” (1977, p. 52). De fato, apesar das divergências epidérmicas sobre as respostas penais que deveriam ser adotadas (medida de segurança, aumento da pena ou pena indeterminada) ou sobre a forma de classificação do *delinquente* (utilização de tipologia minuciosa ou de conceitos mais amplos), concordava-se quanto ao essencial. Ou seja, era praticamente unânime – antes do questionamento profundo do positivismo criminológico pela criminologia crítica – a noção sistematizada por V. Liszt: que existem criminosos perigosos e não-perigosos ou recuperáveis e irrecuperáveis; que a resposta penal deve adequar-se a esta tipologia; e, fundamentalmente, que o jurista, principalmente o juiz, é um agente legitimado a classificar, a nomear, a dizer quem é perigoso ou não, recuperável ou não, digno de crédito ou não. Ou seja, que o jurista, especificamente o penalista, é detentor desta parcela do poder simbólico de construção social da realidade.

Camila Prando demonstrou, no estudo sobre os debates jurídico-penais e criminológicos dos anos trinta, que “a periculosidade foi o capítulo consensual entre os juristas, dispostos a reproduzir a categoria como indicativo científico para a definição do arbítrio judicial” (2012, p. 244). Em nossa pesquisa a situação permanecia a mesma, apenas ligeiramente remodelada pelos influxos do neo-defensivismo. Talvez não seja exagerado afirmar que a periculosidade é, até hoje, a *pedra de toque* do sistema penal.²¹²

²¹² Grande parte dos encarceramentos provisórios, que constituem aproximadamente um terço do total dos encarceramentos atuais, é justificado por meio conceito de periculosidade.

Magalhães Noronha, em artigo intitulado *Culpabilidade e Periculosidade*, argumentou que o diagnóstico da periculosidade não deriva de “pura locubração cerebrina ou fantasia, pois a aferição da perigosidade funda-se em dados reais” (1964, p. 61). A passagem exemplifica a potência do modelo integrado de ciências criminais, no sentido da sua capacidade em produzir justificativas e legitimações da ordem e do controle social. O cientista do direito penal põe em suspenso o foco normativo e mobiliza o saber criminológico, que lhe confere competência tratar cientificamente da “realidade”. Assim, confere às suas visões sobre o criminoso o status científico, transformando o senso comum em ciência e dotando seu discurso de autoridade. Os indesejáveis que são tradicionalmente selecionados pelo sistema penal, transformados pelo poder simbólico de nomeação exercido pelo penalista em sujeitos perigosos, em criminosos habituais ou por tendência, isto é, em subcidadãos, suportam a violência simbólica exercida por aqueles que dominam dominando os instrumentos conceituais de construção social da realidade.

5.3.3 A pena privativa de liberdade, a prisão aberta e a diversificação penal

A crítica da instituição carcerária é paralela ao nascimento da prisão. A tarefa de rastrear as origens e o desenvolvimento da crítica à prisão no contexto das ciências criminais produzidas no Brasil ainda não mereceu um esforço sistemático, mas tal objetivo extrapolaria os limites deste estudo.

No contexto teórico que estamos investigando, a crítica aos efeitos perniciosos do cárcere já estava consolidada. No artigo intitulado *Direito Penal e Criminologia*, que abria a edição de inauguração da Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, em 1963, Nélson Hungria reconhecia os efeitos deletérios derivados do encarceramento:

Reconheceu-se, afinal, que, em relação a grande número de delinquentes, a prisão

fechada, com a sua rígida disciplina e o seu regime de trabalho como castigo é contra-producente: ao invés de recuperá-los, deforma-lhes cada vez mais a personalidade ou agrava-lhes o desajustamento social, inutilizando-os para a vida em liberdade. A severa disciplina carcerária suprime o espírito de iniciativa, a coragem de viver por conta própria e o restante sentimento de dignidade pessoal. Notadamente aos condenados a longo tempo, o penitenciarismo clássico atrofia nêles o *homo socialis*, pois representa o paradoxo de pretender reaparelhar para a liberdade mediante um regime de escravidão. Para ensinar a viver em liberdade, é preciso, obviamente, que se prepare para a vida livre, e isto não se obtém num ambiente de senzala (1963, p. 18).

Em *Novas Teorias e Diretrizes do Direito Penal*, Hungria reitera os argumentos, referindo que a “exacerbação da pena-castigo (...), ao invés de corrigir, somente serve para agravar a anti-sociabilidade de quem a ela é submetido, embrutecendo-o e incapacitando-o para a vida livre”. Ademais, o “regime de escravidão (...) fá-lo perder a confiança em si mesmo, leva-o à desgraça das perversões sexuais, distancia-o cada vez mais da compatibilidade com a vida social ou a ordem jurídica” (1967, p. 96). A crítica da prisão-fechada era consensual no campo jurídico-penal e os efeitos deletérios do cárcere estão nominados amplamente nos textos da época. Aníbal Bruno ressaltava os avanços da moderna penologia, que estava a demonstrar que a prisão “não reforma, nem reajusta, antes distancia cada vez mais o condenado das realidades sociais, submetido como êle é a um regime artificial, ou na solidão da célula, ou na promiscuidade da vida carcerária em comum” (1967, p. 63). Dizia o autor que “hoje as objeções se levantam não já em referência às formas em que se executam as penas detentivas, mas contra o próprio fato da privação de liberdade, contra as condições de vida em que a pena de prisão (...) necessariamente importa” (1967, p. 63). Segundo Anibal Bruno, a reunião dos criminosos na prisão gera faz

com que eles se corrompam mutuamente, “cada qual com sua própria experiência de crime, a vaidade das suas façanhas e os projetos de novos extravios”, de maneira que a “sugestão do ambiente é para fortalecer a perseverança no caminho do delito e aperfeiçoar a técnica do delinqüente” (1967, p. 66). O penalista, por fim, não deixava de notar o efeito estigmatizante da prisão, que “marca o condenado indelevelmente, exerce nêle uma ação desmoralizadora (...), o degrada perante a família e a sociedade, fatos que concorrem todos para impedir ou embaraçar sua desejada ressocialização” (1967, p. 66).²¹³

Mesmo diante desse quadro, o anteprojeto mantinha o foco no encarceramento, com apenas uma exceção, como veremos. Mas as penas principais continuavam sendo a reclusão e a detenção, com diferenças mínimas entre ambas, a primeira mais rigorosa do que a segunda, além da pena de multa. Quanto às medidas de diversificação penal, o anteprojeto apenas mantinha a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, institutos que o Código Penal de 1940 já previa. Ademais, a cominação das penas da parte especial mudou pouco.

No *Ciclo de Conferências Sobre o Anteprojeto de Código Penal Brasileiro*, a crítica mais veemente foi proferida por J. A. César Salgado. O promotor de justiça, que chegou a ser procurador-geral de justiça do Estado São Paulo, costumava escrever sobre problemas penalógicos, e na ocasião iniciou seu discurso da seguinte forma: “antes de mais nada quero confessar o meu desapontamento ao conhecer o capítulo relativo às penas no Anteprojeto Nelson Hungria” (1965, p. 42). O conferencista já nominava a “falência do sistema penal vigente” e dizia que diante desse quadro era de se esperar novos rumos quanto ao assunto, mas isso não aconteceu. As pequenas inovações previstas foram “timoratas, tênues, epidérmicas, não penetraram no âmago do problema”

²¹³ A crítica à prisão produzida naquele contexto tinha um caráter humanista e era influenciada principalmente pelas ideias do neo-defensivismo. O avanço teórico produzido pela criminologia crítica, ancorada principalmente em Foucault e em Rusche e Kirchheimer, consistiu em demonstrar as relações entre a prisão e os processos de reprodução da dominação de classe no sistema capitalista.

(1965, p. 42). Segundo o autor, a “inconveniência e os malefícios da prisão” era constatação ineludível e constituía opinião comum entre os estudiosos do tema, de maneira que um Código Penal moderno teria de adotar “outros processos, outros meios, outros sucedâneos da prisão, uma vez que esta não corresponde ao que se podia esperar de um sistema científico e humano de tratamento do delinqüente”, que deve “assegurar, precipuamente, a defesa social” (1965, p. 43). Em definitivo, Salgado perguntava: “se chegamos à enorme falência do cárcere, que se deve pedir a um Código Penal diante dessa realidade? Será demasia pretender-se eliminar nêle, o mais possível, o mal da prisão?” (1965, p. 44).

O anteprojeto, em verdade, refletia ideais penais e criminológicas antigas, que se apresentavam sob novo figurino. Para os criminosos considerados incorrigíveis, ou perigosos, chamados habituais, por tendência ou reincidentes, Hungria inclusive propôs o aumento do máximo abstrato da pena privativa de liberdade, de trinta para quarenta anos. Apenas os “irredutíveis aos empregados métodos humanitários de reforma” que deveriam ser “sujeitos à segregação como um fim em si mesma ou como um meio de neutralizar, pelo menos temporariamente, sua atividade maléfica” (Hungria, 1967, p. 97). Esta tomada de posição é que justificava o aumento da pena máxima abstrata, pois, após “tão demorada privação de liberdade, (...) “ao término da servidão penal”, os *delinqüentes incorrigíveis* estariam “fisicamente incapacitados, em razão da idade avançada, para retornar ao submundo da criminalidade” (Hungria, 1967, p. 97).

A proposta, contudo, foi derrotada na Comissão Revisora, em razão da objeção de Heleno Fragoso e de Anibal Bruno. Na sessão de 31 de março de 1965, a divergência foi aventada:

Em debate o parágrafo primeiro do artigo trinta e cinco que suscitou divergência em face da apenação de quarenta anos, dada como máximo, ao crime de reclusão. Os Professôres Anibal Bruno e Heleno Cláudio Fragoso acham excessiva a reclusão até

quarenta anos, argumentando que nos modernos Códigos penais há uma tendência em diminuir a pena. O Ministro Nélson Hungria explica que o parágrafo primeiro do artigo trinta e cinco só é aplicável em casos excepcionais. Os Professores sugerem uma apenação menor e que o livramento condicional seja dificultado. A Comissão, resolve suspender o debate do parágrafo primeiro do artigo trinta e cinco, para ser apreciado, para ser apreciado quando da revisão do livramento condicional (1965, s/n).

Na sessão de 28 de abril de 1965, a proposta de Hungria foi derrotada: “Com relação ao primeiro parágrafo do artigo trinta e cinco, que ficara em suspenso, (...) os membros da Comissão aprovam a redução da pena de quarenta para trinta anos” (1965, s/n).

Para os *corrigíveis*, entretanto, o anteprojeto propunha a adoção do *estabelecimento penal aberto*, proposta de raiz positivista, constante já nas teses de Enrico Ferri, e à época defendida, dentre tantos, pelo neo-defensivista Filippo Gramattica. De acordo com o anteprojeto Hungria, as penas de reclusão e de detenção poderiam ser cumpridas em *estabelecimento penal aberto*, sob o regime de semi-liberdade e confiança, desde que o condenado fosse primário e de nenhuma ou escassa periculosidade, e a duração da pena imposta não fosse superior a cinco anos. A internação em estabelecimento penal aberto poderia ser, também, uma fase da execução, que precede a concessão do livramento condicional, quando o condenado tivesse demonstrado bom comportamento e readaptabilidade.

Os destinatários da prisão aberta eram, portanto, os primários e de *escassa periculosidade*, bem como os considerados *readaptáveis*. Hungria, de acordo com a concepção da função da pena recém exposta, que identificava pena e medida de segurança, do que redundou o fim do duplo binário, compreendia a prisão aberta como “uma promissora conjugação entre a prisão tradicional e a medida de segurança” (1966, p.

17). Para o autor a inexistência de “guardas armadas, ferrolhos, trancas, grades, muralhas ou circunvalações” proporcionaria aos “reeducandos (...) uma demonstração de confiança dignificadora” (1966, p. 18). Na prisão aberta, “os condenados não são separados de suas famílias, que se instalam em modestas casinhas ao lado do estabelecimento penal”, de maneira que ela funcionaria “como se fôsse uma empresa de colonos livre, embora com a obrigação, para êstes, de não se mudarem senão depois de certo tempo” (1966, p. 18). Na prisão aberta, a reeducação dar-se ia pelo trabalho, preferencialmente de natureza agrícola, “pois, como diz Kellerhals, o apóstolo da ‘prisão aberta’, ‘se o homem melhora a terra, a terra melhora o homem’ e ‘quem se curva para a terra soergue-se’” (1966, p. 18). Nélson Hungria não deixava de “dar um testemunho de *visu*” sobre os estabelecimentos penais abertos que já existiam no país naquela ocasião, em Ribeirão das Neves (MG) e “nas Colônias paulistas de Bauru e São José do Rio Prêto”, nas quais “os internados trabalham, ou nas oficinas, sem outra vigilância que a dos contra-mestres, ou nas lavouras, para onde se encaminham pela manhã e somente voltam à tarde, sem a companhia de um só guarda armado” (1967, p. 96)²¹⁴.

Tratava-se de mais um momento da economia política do castigo, com a secular justificativa de reeducação pelo trabalho, que é manejada desde as origens do cárcere, quando incipientes Estados passaram a empregar os criminosos e indesejáveis em geral nas *RaspHuis* e nas *Workhouses*. De mais uma etapa do suposto processo de humanização da pena, cujo caráter ideológico foi demonstrado, sobretudo, por Foucault e Rusche e Kirchheimer. Não foi à toa que Hungria necessitou prestar contas aos argumentos derivados da chamada

²¹⁴ Armida Bergamini Miotto, que era professora de Direito Penal e Direito Penitenciário de Universidade Federal de Goiás, colaboradora do Ministério da Justiça ao longo dos anos setenta e uma das únicas mulheres a participar do campo jurídico-penal à época, foi uma entusiasta da prisão aberta. Para uma análise minuciosa sobre suas origens teóricas e sua implantação prática ao longo dos séculos XIX e XX, vale conferir seu artigo *A prisão aberta e sua contemplação no Código Penal de 1969*, publicado na Revista de Estudos Legislativos (1971, pp. 19-34).

lei de menor elegibilidade, pensada por Jeremy Bentham, que sustentava que as condições da execução da pena devem ser piores do que a condição dos mais pobres na sociedade, para que o castigo não se torne desejado, não melhore as condições de ninguém. Ao afastar este tipo de argumento – “dir-se-á (...) que ela representa uma afronta ou injustiça aos operários honestos, que não dispõem de tanta segurança e conforto quanto os hóspedes que lá se acham” – o autor do anteprojeto traz à tona a parábola bíblica do filho pródigo, argumentando, em nome do cristianismo, que “para salvar um só homem que seja, todos os membros da sociedade devem competir com uma cota de sacrifício”:

E toda a vez que tivermos de regresso ao convívio social e sinceramente disposto a colaborar, como homem de bem e de paz, aquele que anteriormente delinqüiu, devemos dizer, com a mesma alegria do pai do filho pródigo: *Hic filius meus mortuus erat, et revixit; perierat, et inventus est* (Hungria, 1966, p. 19).

No texto definitivo do Código, a prisão aberta foi contemplada nos termos do anteprojeto, apenas com uma alteração, produzida no seio da Comissão Revisora, que decidiu que apenas os condenados a penas não superiores a seis anos (e não cinco, como constava no anteprojeto original) poderiam ser remetidos aos estabelecimentos penais aberto²¹⁵. Na Exposição de Motivos constou a afirmação de que “a experiência com prisões abertas é definitivamente vitoriosa, em nosso país e no estrangeiro” (Pierangeli, xx, p. 586).

A crítica das prisões, ancorada nas ideais da *nova defesa social*, dominava os debates penalógicos do período. Nas recomendações resultantes do II Congresso Nacional de Direito Penal em Ciências Afins, ocorrido em Brasília, em 1967, constou a de que “se evite o quanto possível o ‘mal das prisões’, substituindo, sem prejuízo e antes atendendo à defesa social, as penas privativas de liberdade,

²¹⁵ Alteração promovida na décima segunda sessão da Comissão Revisora, em 31 de março de 1965.

especialmente nos delitos não volitivos” (1967, p. 233). Os anteprojetos alternativos de Código Penal, ambos provenientes de penalistas vinculados ao judiciário paulista, não apresentavam diferenças significativas quanto às ideias penalógicas. Ambos previam o estabelecimento penal aberto e ambos fundavam o recrutamento dos destinatários da pena mais branda na concepção de periculosidade. A Exposição de Motivos do anteprojeto subscrito por Manoel Pedro Pimentel e outros, denunciava a superlotação carcerária e defendia a necessidade de descarcerização e de adoção de outras espécies de pena, pois seria “impossível resolver tudo, ou quase tudo, com penas privativas de liberdade” (1973, p. 140). Manoel Pedro Pimentel, aliás, era um dos principais críticos da manutenção do foco na pena carcerária:

O crédito dado à pena, todavia, não levou em conta a *realidade brasileira*. Em primeiro lugar, porque apesar do desprestígio que vem atingindo a pena de prisão, observado em todos os congressos do mundo, o Código reforçou tôdas as penas cominadas aos crimes contra o patrimônio, numa demonstração de sua crença de que o crime mais praticado no Brasil, que é o crime contra o patrimônio, poderia ser punido com penas mais severas.

Ora, sabemos que o criminoso brasileiro, que pratica crimes contra o patrimônio, é geralmente o pobre diabo, aquêle que foi menor abandonado, jovem desviado e, afinal, o triste desviado. Imutáveis as condições que criam estes marginais, certamente êle continuará existindo. A repressão severa por mais tempo somente servirá para encher por mais tempo as já superlotadas cadeias (1971, p. 381).

Também a *Moção de Goiânia*, de 1973, sugeria a “limitação do uso da pena privativa de liberdade aos casos de penas mais graves e aos condenados realmente perigosos”, bem como “a adoção, para os

condenados de escassa ou de nenhuma periculosidade, do regime de prisão aberta e prisão-albergue”, além da “introdução de medidas humanísticas conducentes à reintegração social do condenado”, como a ampliação do perdão judicial, do sursis e do livramento condicional, e da adoção de outras medidas substitutivas da prisão (1981, p. 10). As conclusões do V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins, ocorrido no Largo São Francisco e coordenado por Manoel Pedro Pimentel, em 1975, foram no mesmo sentido, e recomendaram o fortalecimento da luta pela restrição da pena de prisão a “delinquentes que representam um perigo social, ou aos casos de comprovada necessidade, encontrando-se para os outros tipos de infratores substitutivos penais satisfatórios” (1974, p. 252)²¹⁶.

Em suma, existia um nítido consenso em torno à necessidade de restrição da prisão, sendo o critério essencial para a triagem entre os condenados o conceito de periculosidade. Entretanto, parece que ainda não estavam desenvolvidas teoricamente, no contexto do campo jurídico-penal brasileiro, as práticas punitivas adotadas a partir da reforma da parte geral do Código Penal, de 1984, que ficaram conhecidas como penas restritivas de direitos, consistentes, principalmente, na prestação de serviços à comunidade. Daí que a prisão aberta apresentava-se como única alternativa²¹⁷.

Ao longo dos anos setenta, também em razão da inexistência de um Código das Execuções Penais, cujas tentativas de elaboração naufragaram em meio aos escaninhos do governo ditatorial, consolidou-se a ideia de *crise carcerária*, que talvez sempre tenha existido com maior ou menor força, e que certamente se mantém até hoje. Já no

²¹⁶ Nas conclusões do V Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências afins, ao mesmo tempo em que se defendia a necessidade de descarcerização, constava o *ovo da serpente* do processo de hiper-encarceramento deflagrado a partir dos anos noventa, qual seja a defesa do aumento do rigor na punição do tráfico de drogas: “O traficante de entorpecentes deve ser punido com maior severidade, levando-se em conta a nocividade da droga e a extensão do tráfico” (1974, p. 253).

²¹⁷ O anteprojeto da Magistratura e do Ministério Público paulista, elaborado por Manoel Pedro Pimentel e outros, previa penas de interdição de direitos.

mandato de Ernesto Geisel, estando Armando Falcão na chefia do Ministério da Justiça, ocorreu a CPI do Sistema Penitenciário, que conclui oficialmente sobre o caráter criminógeno da instituição carcerária²¹⁸. Das conclusões desta CPI, resultou a Lei 6416/77, que foi redigida no seio de uma comissão composta por Francisco de Assis Toledo, então Subprocurador da República, Manoel Pedro Pimentel e Armida Miotto (Dotti, 1999, p. 361). A lei alterava o Código Penal de 1940, para instituir regras relativas à execução penal. Em tal lei foi consagrado, pela primeira vez no Brasil, o regime progressivo de penas, com a previsão do regime fechado, semi-aberto e aberto. O critério central para a triagem entre os condenados continuava a ser a noção de periculosidade.

5.3.4 A redução da menoridade penal

A discussão sobre a redução da menoridade penal, candente nos dias atuais, esteve presente no contexto em análise. O anteprojeto Néelson Hungria diminuiu a idade da responsabilidade penal em alguns casos, nos seguintes termos:

Art. 32. O menor de 18 anos é penalmente irresponsável, salvo se, já tendo completado 16 anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.

O tema, é claro, despertou controvérsias. Heleno Fragoso estava de acordo com a proposta: “nossa recente experiência com crimes praticados por pequenos bandidos mostra o acerto na redução da idade-limite para a imputabilidade” (1963, p. 70). Entretanto, Fragoso

²¹⁸ O relator da CPI foi o então Deputado Ibrahim Abi-Ackel, da ARENA, que veio a ser o Ministro da Justiça no governo Figueiredo, quando levou a cabo a reforma da parte geral do Código Penal, em 1984.

considerou “tímida” a forma pela qual a redução foi promovida, apenas nos casos nos quais o agente revelasse suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar sua própria conduta, e salientou que ela geraria dificuldades práticas, “sendo necessário que o Código de Processo Penal indique claramente como deverá proceder a autoridade policial no inquirido em que o indiciado tiver mais de 16 e menos de 18 anos” (1963, p. 69). O penalista carioca argumentou que o melhor seria inverter a exceção e a regra, e sugeriu a seguinte redação, seguindo o “sistema do Código búlgaro”:

O menor de dezesseis anos é inimputável. Exclui-se a imputabilidade, se o agente, tendo mais de 16 e menos de 18 anos, não revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar sua própria conduta (1963, p. 70).

O debate travado no seio da Comissão Revisora não ficou documentado, mas a proposta de Heleno Fragoso saiu derrotada e a matéria continuou regulada mais ou menos nos termos do anteprojeto. As únicas alterações promovidas foram a substituição do termo *irresponsável* pelo termo *inimputável*²¹⁹ e da expressão *governar sua própria conduta* pela expressão *determinar-se de acordo com esse entendimento*. No texto definitivo, promulgado em 1969, promoveu-se a redução da menoridade penal, justificada pelo argumento, disposto na Exposição de Motivos, de que esta seria a tendência geral da legislação e, ademais, esta medida aumentaria a “consciência da responsabilidade social dos jovens” (Pierangeli, xx, p. 584). Eis a redação final:

Art. 33. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o

²¹⁹ Esta alteração parece ter sido proveniente da crítica de Fragoso: “Não nos parece deva ser mantida a expressão ‘Responsabilidade penal’ para designar a imputabilidade. Responsabilidade e imputabilidade são coisas diversas. Raros são os autores que identificam as duas noções” (1963, p. 67).

caráter ilícito do fato e determinar-se de acôrdo com esse entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.

Esta decisão político-criminal estava longe de ser pacífica. Helio Bicudo, no artigo *O menor no anteprojeto de Código Penal do Ministro Néelson Hungria*, de 1964, criticou veementemente a redução da menoridade, afirmando que se tratava de uma “posição realmente indefensável” e de uma “atitude que constitui verdadeiro retrocesso” (1964, p. 30). Segundo o membro do Ministério Público de São Paulo, o anteprojeto estava “cedendo ao clamor de quantos se impressionam com o aumento da criminalidade na faixa dos *teenagers*” e contemplando um “retorno à legislação do império”, fazendo depender a aferição da menoridade da “avaliação de um vago discernimento tantas vezes criticado, pela fluidez de conceito a que conduz a interpretação do dispositivo proposto” (Bicudo, 1964, p. 30). Para Bicudo, o país já contava com o avançado “equipamento legislativo (...) para o combate à delinqüência juvenil”, que não estava sendo utilizado com a necessária eficiência, mas que consistia num modelo adequado, “reflexo de uma posição doutrinária, devidamente consolidada pela experiência” (1964, p. 33). Entretanto, “como sempre, ao invés de fazermos funcionar o aparelho existente (...), entramos em pânico e enveredamos, sem maiores indagações, para soluções que poderiam ser chamadas de simplistas” (1964, p. 32). Segundo o autor, o problema da criminalidade dos menores “é resultado da estrutura injusta da sociedade, visto do ângulo amplamente humano, com seus temas espirituais, legais e econômicos” (1964, p. 33). E concluía:

Modificar o Código, para quê? Teríamos apenas um preceito legal mais estreito; um juiz necessariamente mais severo e um policial mais diligente, como conseqüência natural dos fatos, processos e circunstância, que introduziriam o menor transgressor em um dos nossos estabelecimentos penais, para

uma redenção muito problemática (Bicudo, 1964, p. 34).

Também Manoel Pedro Pimentel criticou severamente a redução da menoridade penal. Segundo o penalista, “aos 16 anos o jovem brasileiro do interior não está em condições de ser responsável penalmente pelos atos que praticar” e, além disso, “a técnica de redação do artigo 33 é altamente censurável pela imprecisão de conceitos e pela nebulosidade da solução aventada” (1971, p. 380). Também atento à questão social, Pimentel dizia que estávamos diante de uma “perigosa inovação *frente à realidade brasileira*, pela ausência de meios habilitadores da infância desprotegida, pelo abandono moral de muitos jovens, pelo analfabetismo”, fatores que segundo o autor “conduzem o homem a um estado de vida típico, que não lhe pode ser imputado, inteiramente, mas também à própria sociedade” (1971, p. 380).

No *Ciclo de Conferências*, respondendo a críticas quanto ao tema, Hungria esclareceu que naquele momento havia no Brasil “um grande abalo em razão de um ou dois crimes de certa gravidade praticados por menores de dezoito anos”, do que decorreu, “principalmente por obra do sensacionalismo da imprensa”, a ideia que o país estava padecendo do “câncer social da ‘juventude transvida’” (1965, p. 473). Deste modo, diante da grande repercussão da campanha jornalística, se “formou na consciência geral a ideia da necessidade de uma reação drástica” e assim, “neste particular, o meu anteprojeto, até certo ponto, é um reflexo da opinião pública, de que não pode divorciar-se um Código Penal” (1965, p. 473). É relevante notar, em primeiro lugar, que a criação do *pânico moral* que, após algum delito grave cometido por um menor de idade dá ensejo às campanhas pela redução da menoridade penal, tal como a que esta em curso atualmente, não é uma situação nova. Em segundo lugar, é interessante perceber que Hungria admite que estes *pânicos morais*, criados pelo *sensacionalismo da imprensa*, influenciaram a elaboração do anteprojeto.

Diante das críticas a esta tomada de posição político-criminal, a Lei 6016/73 alterou o dispositivo do Código penal de 1969,

reconstituindo a idade de dezoito anos para a fixação da maioridade penal. Segundo a Exposição de Motivos, de Alfredo Buzaid/Benjamin Moraes, a norma antiga acolhia a “tendência da legislação comparada e recomendação do VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, reunido em Roma, em 1953” (1974, p. 11). Entretanto, não deveria ser mantida:

Não obstante tão valiosos antecedentes, é desaconselhável a redução proposta, tendo em vista as diversidades regionais do País. Além disso, a elasticidade do princípio compromete a segurança de sua aplicação, porque sujeita a imputabilidade do menor entre 16 e 18 anos à verificação de seu desenvolvimento psíquico, matéria em que ainda são imperfeitos os critérios de aferição, que sempre dependem da apreciação subjetiva dos peritos. Nesse ponto, preferiu o projeto atender as prudentes ponderações dos Juízes de Menores e de significativa parcela dos estudiosos do País, que alertaram sobre os perigos da nova opção e recomendaram a manutenção do sistema vigente, fixando-se em 18 anos o limite mínimo da imputabilidade penal (1974, p. 11).

Portanto, durante a elaboração legislativa da ditadura civil-militar, a redução da menoridade penal foi implantada e extinta. O estudo dos debates daquele período, bastante semelhantes aos atuais, nos ajuda a ver que, em se tratando de respostas penais, as *novidades* podem ser *antigas*.

5.3.5 A reforma da parte especial e a condição da mulher no Código Penal de 1969

Não trataremos pormenorizadamente das opções político-criminais tomadas por ocasião da elaboração do Código Penal de 1969

no que toca à criminalização primária. Em termos gerais, a reforma da parte especial não recebeu qualquer influência dos influxos descriminalizadores, que naquele período histórico já encontravam eco em alguns lugares, principalmente no contexto europeu.

Ao contrário; os elaboradores do Código promoveram novas criminalizações, de condutas que até então estavam alheias ao controle penal. Nos crimes patrimoniais, foi incluído o furto de uso, bem como o abigeato, como uma modalidade específica de furto qualificado²²⁰. Em relação aos crimes contra a família, o incesto foi criminalizado; ademais, a inventividade do redator do anteprojeto e a sua preocupação em reprimir todas as hipóteses de filiação ilegítima, o levaram a se preocupar com a conduta da mulher casada que permitisse, sem a autorização do marido, a fecundação artificial com o sêmen de outro homem. Vale salientar também que o anteprojeto mantinha a mesma técnica de criminalização da venda e do uso de drogas adotada pelo Código Penal de 1940, sem adotar qualquer tipo de diferenciação entre a conduta daquele que vende e daquele que consome: ambas as condutas eram passíveis da mesma sanção.

Focaremos nossa análise nas tomadas de posição político-criminal relativas aos delitos que envolvem a condição moral da mulher. Isso porque, conforme salientamos, nesse ponto vislumbramos afinidades entre a concepção moral que influencia a decisão político-criminal do penalista e as concepções morais mais amplas defendidas e

²²⁰ No anteprojeto original, não constava o abigeato. O delito foi incluído pela Comissão Revisora, tendo sido acolhida sugestão de Magalhães Noronha. No *Ciclo de Conferências*, Noronha ponderou: “Senhores, por que não voltamos ao Código de 1890 que havia trilhado bom caminho, não olharmos um pouco para a legislação comparada, a fim de articular como agravante o abigeato, o furto de animais nos campos e plantação? Eu fui Promotor Público, comecei em comarca de sertão e sei que flagelo é o ladrão de cavalos, indivíduo perigoso que em regra, resiste à polícia, tiroteia e luta com ela” (1965, p. 62). Nas *respostas às objeções*, Hungria acolheu a sugestão: “É preciso reconhecer que no Brasil, mesmo nos setores da vida do campo, já não vigora a tremenda prevenção contra os ladrões de gado, outrora considerados piores que os assassinos; mas não tenho dúvidas em admitir que no futuro Código figure o abigeato como furto especialmente agravado” (1965, p. 479).

difundidas pela ditadura civil-militar. Os anos sessenta ficaram conhecidos pelas intensas transformações promovidas quanto à moral sexual e o papel da mulher, graças, principalmente, à luta feminista. Estas transformações, contudo, não repercutiram na reforma penal do mesmo período.

A honra feminina seguiu sendo compreendida nos termos das concepções que investigamos nos manuais de direito penal. O conceito de *mulher honesta* continuou presente na lei penal, como categoria diferenciadora de vítimas dignas ou indignas, nos delitos de posse sexual mediante fraude e rapto. O casamento do agente acusado de estupro com a vítima também permaneceu sendo causa de extinção da punibilidade, compreendido como ressarcimento do dano. A *virgindade* continuou a ser tutelada.

Infanticídio

Ao longo da história do saber jurídico-penal, os penalistas debateram sobre o melhor critério para a tipificação do infanticídio, que é uma espécie de homicídio privilegiado. Entende-se que a mulher que, logo após o parto, mata seu próprio filho, deve ter uma pena diminuída. De um lado, o critério fisiológico, que leva em conta o chamado estado puerperal que a mulher experimenta logo após o parto, que de algum modo lhe diminui o discernimento e, conseqüentemente, a culpabilidade. De outro lado, o critério psicológico. Nesse caso, entende-se que a diminuição da pena justifica-se na hipótese da mulher ter praticado o infanticídio para *ocultar a própria desonra*. A desonra, na tradição jurídico-penal, ocorre quando a mulher solteira tem um filho. Apenas a mulher casada pode engravidar legitimamente, de acordo com a moral e os bons costumes.

Em pleno anos sessenta, Néelson Hungria optou por ressuscitar o critério psicológico. Em seu anteprojeto, o infanticídio ficou assim tipificado: *Matar a mãe o próprio filho, para ocultar sua desonra, durante o logo após o parto*. Na Comissão Revisora, o critério psicológico foi mantido. Fragoso também concordava com o critério

psicológico: “a melhor orientação parece ser a que limita o infanticídio ao motivo de honra” (1964, p. 92). O delito foi definitivamente tipificado, nestes termos, quando da promulgação do Código, em 1969. A mãe solteira continuava ainda naquela ocasião sendo vista como desonrada.

Aborto

Também no delito de aborto, o motivo de honra foi incluído. Hungria criou uma espécie de aborto privilegiado, tipificado da seguinte forma: *provocar abôrto em si mesma, para ocultar desonra própria*. Fragoso considerou este novo delito uma “inovação feliz” e citou Sebastian Soler, que sustentava que “si se admite la poderosa atenuación de esa causa en el infanticídio, no puede dejarse de lado su consideración en el aborto” (Fragoso, 1964, p. 93).

O anteprojeto mantinha a permissão do *aborto em caso de estupro*, hipótese de exclusão do crime que era alvo de inúmeras críticas desde o Código Penal de 1940. Entretanto, para estes casos, o anteprojeto exigia, para a comprovação do estupro, precedente decisão judicial reconhecendo a existência do crime. Esta previsão do anteprojeto foi severamente criticada por Heleno Fragoso:

Tal disposição é absolutamente injustificável. Como se sabe, só é possível realizar o abôrto com certa segurança, ao início da gravidez. Se, no Brasil, alguém devesse esperar por sentença condenatória em processo penal para a prática de abôrto resultante de estupro, poderia estar certo que em vez de abôrto veria nascimento. E se assim não fôsse estaria diante da perigosíssima intervenção que constitui o abôrto após o terceiro mês. O legislador penal seria insincero se oferecesse uma permissão de que ninguém poderia valer-se e estimularia, com isso, o caminho mais fácil do abôrto criminoso. Seria melhor

suprimir, de uma vez, o abôrto sentimental (1964, p. 94).

Nas atas dos trabalhos da Comissão Revisora não constaram os debates sobre este tema. Parece, no entanto, que a posição de Heleno Fragoso foi ouvida e contemplada, pois na redação final a exigência, para a realização do aborto lícito, nos casos de gravidez resultante de estupro, passou a ser apenas a *comprovação do crime*, sem menção à necessidade de decisão judicial. O que se colocava aqui era a desconfiança quanto à honestidade da mulher. Imaginava-se que ela poderia estar mentindo quanto ao estupro, apenas para poder realizar o aborto de maneira lícita. Anibal Bruno argumentava que esta espécie de aborto gerava dificuldades de natureza processual, pois seria difícil constituir a prova do pressuposto fundamental do aborto, “de que, por exemplo, a gestação não tivesse decorrido de relações ilícitas, mas consentidas, alegando-se estupro só para justificar a morte do feto” (1967, p. 174). Na Exposição de Motivos de Gama e Silva/Fragoso, constou apenas a explicação de que “cuidados especiais foram tomados para a verificação da honestidade das alegações” (Pierangeli, xx, p. 592).

A permissão do chamado *aborto sentimental ou aborto de estuprada*, constante no anteprojeto Hungria e no Código Penal de 1940, estava longe de ser ponto pacífico. O próprio Anibal Bruno, membro da Comissão Revisora, era contrário à causa de exclusão do crime:

Tem se procurado legitimar essa causa de exclusão do ilícito no abôrto pela aversão que se pode desenvolver na gestante ao fruto da violência, gerado sem amor, e que se tornará a imagem viva da ofensa e humilhação de que foi vítima; pela situação aflitiva criada por aquêle permanente testemunho de sua desonra. Mas, por mais respeitáveis que sejam êsses sentimentos, tomar a situação como justificativa da morte do ser que se gerou é uma conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta

com a ideia do Direito e a decidida proteção que êle concede à vida do homem e aos interesses humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados por razões de ordem pessoal, que, por mais legítimas que possam parecer não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano (1967, p. 174).

José Frederico Marques, da mesma forma, posicionava-se contrariamente à permissão:

Concordamos plenamente com a crítica irresponsável de Leonídio Ribeiro à adoção, pelo estatuto penal vigente, de tal espécie de aborto lícito. Não nos parece que se possa transigir, desse modo, com respeito à vida do *infans conceptu*, para submetê-la a tão brutal sacrifício. A “inviolabilidade da vida humana desde o seu alvorecer (como falava CARVALHO MOURÃO), sofre, aqui, violento atentado. Consoante magistral lição de ALCÂNTARA MACHADO, “todas as maternidades são sagradas, todas as vidas são invioláveis, pelo que que incompreensível é que o produto do amplexo de dois desconhecidos ou de dois adúlteros seja forçosamente inferior ao que desabrocha de uma união abençoada por Deus ou sancionada pelo Estado”. E AFRÂNIO PEIXOTO, em página inexcusável, assim se exprime: “É santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criatura que sobreveio a essa violência, é dar largas ao amor-próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo (1961, p. 178).

Quanto a esta questão, portanto, Néelson Hungria não compartilhava das posições de outros notáveis do direito penal e da criminologia, tais como Afrânio Peixoto, Alcântara Machado, José Frederico Marques e Anibal Bruno.

Outro *empreendedor moral* que defendia com ardor a criminalização do aborto em caso de gravidez resultante de estupro era o médico e criminologista Leonídio Ribeiro. Em artigo publicado na *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* n. 7, de outubro de 1964, o autor renovava sua “recusa em aprovar os anteprojetos de Código Penal e do Código de Ética²²¹ que admitem, sem penalidades, a prática de abôrto, pelo médico, em caso de estupro” (1964, p. 81). Seus argumentos eram basicamente os mesmos das passagens recém transcritas, de Anibal Bruno e José Frederico Marques. Para tais autores, *razões de ordem pessoal*, tais como o fato da mulher ter de suportar uma gravidez resultante de estupro, não podem justificar o aborto, o *sacrifício de uma vida humana*. A mulher que tomasse tal opção estaria sendo *demasiadamente individualista*.

Estes argumentos que sustentavam a necessidade de tornar ilícito o aborto em caso de gravidez resultante de estupro, repercutiram no debate legislativo em torno à Lei 6016/73, que reformou o Código Penal de 1969. Na proposta elaborada por Benjamin Moraes, a pedido de Alfredo Buzaid, não constou a alteração. Entretanto, durante a tramitação legislativa, o Deputado Nina Ribeiro, da ARENA, da Guanabara, apresentou emenda suprimindo a hipótese de exclusão do crime. Na justificativa, o Deputado dizia ser “profundamente chocante que se permita assassinar um ser humano”, principalmente num “país de arraigadas tradições cristãs ou elementarmente humanitárias” (1974, p. 48). Para o Deputado, “não interessa ao ser humano que vai nascer o estado emocional de seus pais no momento da concepção” e “se a mãe foi vítima de violência, é de se lamentar, mas isso em nenhuma hipótese retira o seu Direito à Vida” (1974, p. 48). O relator da projeto, Deputado

²²¹ Tratava-se do Código de Ética médica, que na ocasião também estava em discussão.

Élcio Alvarez, da ARENA, do Espírito Santo, no parecer apresentado à Comissão de Constituição e Justiça, citou as passagens que recém transcrevemos, de Leonídio Ribeiro e Anibal Bruno, e entendeu “ponderabilíssimas as razões para se abolir a permissibilidade do aborto sentimental, que decorre de estupro, dado o reconhecimento do valor que representa a vida humana” (1974, p. 127). O texto foi aprovado, de modo que com a reforma de 1973, o Código Penal brasileiro, que teve sua vigência adiada e acabou nunca entrando em vigor, passou a não permitir o aborto em caso de estupro.

Helena Fragozo era voz destoante quanto a este tema. No artigo *A reforma da legislação penal – III*, o penalista sustentou que o “anteprojeto Hungria constitui um evidente retrocesso, ao tornar mais difícil o aborto terapêutico e sentimental” (1964, p. 96). No seu parecer, problematizou a manutenção da criminalização do aborto, defendendo a ampliação das hipóteses de aborto legal²²².

Adultério

Roberto Lyra conta que por ocasião da elaboração do Código Penal de 1940, posicionou-se “contra a incriminação do adultério, sem prejuízo das sanções morais e civis” (1977, p. 54). Diz que, tendo sido vencido, contribuiu para “evitar a iniquidade do código de 1890”, que

²²² “É possível, no entanto, que isso não passe de rematada hipocrisia. O problema está aí, diante de nós, e a lei penal tem sido absolutamente impotente para resolvê-lo. Todos sabem que o aborto criminoso é praticado livremente, conduzindo a incriminação do fato à proliferação de abortantes sem qualificação médica e à realização de abortos por métodos primitivos e extremamente perigosos. Existe nítida consciência da necessidade de mais ampla permissão legal para a interrupção da gravidez por indicação social. É inegável que há, na vida da mulher, situações em que o aborto é o único caminho que lhe impõe a honra, a estima no corpo social, a tranqüilidade, a paz e o bem-estar da prole numerosa ou da família arruinada pela perda ou invalidez do chefe. Com ou sem lei penal esses casos conduzirão sempre ao aborto. A ameaça penal não funciona e é afrontada com maior tranqüilidade inclusive por pessoas de alta posição social, no momento em que precisam livrar a filha, a mulher ou a amante da gravidez ilegítima e intolerável. Não será o momento de dar seriedade à lei penal nessa matéria?” (Fragoso, 1964, p. 94).

“punia a infidelidade sexual da mulher, porém, quanto ao homem, somente considerava crime o fato de ter ou manter concubina” (1977, p. 54). Para Lyra, “o compromisso é idêntico para ambos”. Nesta ocasião, a posição de Roberto Lyra foi vencida pela de Néelson Hungria, que era um ferrenho defensor da criminalização do adultério.

Pouco mais de vinte anos depois, em novo empreendimento de codificação penal, Hungria posicionou-se contrariamente à tentativa de seus colegas de Comissão Revisora, Heleno Fragoso e Anibal Bruno, de descriminalizar o adultério. Os debates quanto ao ponto não ficaram registrados na ata dos trabalhos da comissão, mas Fragoso narra que Hungria “insurgiu-se tenazmente contra a opinião de seus colegas, (...) que se pretendia, contra seu voto, eliminar” (1976, p. 303). Em sua tese sobre o assunto, Ester Kosovski conta:

O Professor Benjamin Moraes, um dos intensos participantes da elaboração do revogado Código, principalmente na parte especial e na exposição de motivos, certa vez relatou que quando todos os membros da comissão se pronunciavam no sentido de que não havia condenações (e raríssimos processos de adultério), Nelson Hungria retirou do bolso uma sentença condenatória do Juiz Dr. Fernando Whitaker, e com isso manteve a incriminação (1983, p. 23).

Posteriormente, analisando o assunto em suas *Lições*, Fragoso refere que “o CP de 1969 (art. 264), evidentemente anacrônico, manteve a incriminação do fato” (1984, p. 110). O episódio exemplifica com muita clareza a atuação de um *empreendedor moral*. Em duas ocasiões a posição de Néelson Hungria sobre o adultério restou vencedora, mesmo diante da tentativa de seus colegas de demovê-lo dessa ideia. O adultério, dessa forma, permaneceu criminalizado, em grande parte em razão do empreendimento moral protagonizado por Hungria.

Na Exposição de Motivos, redigida por Heleno Fragoso, o autor parece ter colocado em suspenso sua posição pessoal e

argumentado conforme o entendimento do *príncipe dos penalistas*. No documento constou que “apesar das fortes correntes que no Brasil que insistem em retirar o ilícito penal para conservá-lo apenas como ilícito civil” convém manter a incriminação, pois “é falso dizer-se que a moral média do povo brasileiro se contenta com a prova obtida em inquérito policial para promover o desquite na esfera civil” e que a ausência de condenações por tal delito “deve-se mais à permanência da mentalidade que nos vem das velhas Ordenações, de o ofendido fazer justiça com as próprias mãos quando toma conhecimento do adultério do seu cônjuge”. Assim, a manutenção da criminalização do adultério teria uma “função pedagógica” e estaria destinada a “educar o nosso povo a buscar no processo criminal, uma solução mais humana para os seus propósitos de vindita” (Pierangeli, xx, p. 596).

Na tramitação da Lei 6016/73, o Deputado Cantídio Sampaio, da ARENA/SP, ofereceu emenda para descriminalizar o adultério, justificando que “o estágio atual de nossa sociedade está a recomendar que não mais se castigue o adultério” e que melhor é a sanção civil, pois “a via penal é escandalosa e desmoralizante, quer para os cônjuges como, principalmente, para os filhos (1974, p. 49). O relator, contudo, opinou pela rejeição da emenda, sob o argumento de que “a manutenção do adultério nos crimes contra o casamento, aliás, o mais grave deles, nos parece mais em harmonia com a consciência da família brasileira”. Ademais, a manutenção da criminalização do adultério poderia contribuir para “conter a prática de crime mais graves (homicídio, tentativa de homicídio), quando o cônjuge enganado encontra no processo criminal uma solução mais adequada” (1974, p. 130).

De maneira que o adultério permaneceu criminalizado, até o ano de 2005, quando finalmente deixou de ser considerado crime.

CONCLUSÃO

O primeiro impulso para a escrita deste estudo foi derivado da necessidade do ineditismo da tese de doutoramento. As ideias jurídico-penais, criminológicas e político-criminais, ou seja, as ideias produzidas em nome das ciências criminais, no Brasil, têm sido investigadas constantemente por pesquisadores do campo da criminologia crítica e da sociologia e da história do direito, e sobre estes temas já dispomos de uma considerável produção científica. Contudo, os discursos dos cientistas do direito penal atuantes durante o período da ditadura civil-militar ainda não foram investigados. Conforme demonstramos, o tema é tratado de forma bastante resumida pelos autores que se propuseram, retrospectivamente, a tecer considerações sobre aquele contexto, e estas aproximações centram seu foco nas transformações da legislação penal ocorridas durante os anos sessenta e setenta. De maneira que vislumbramos aí um vazio teórico-empírico, que procuramos começar a preencher. Ademais, a ausência de estudos sobre o tema despertou nossa curiosidade, a *libido sciendi*.

NA chegada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, levei a sério o intento de minha orientadora, de unir os orientandos-pesquisadores em torno à compreensão da mesma problemática, qual seja a especificidade do campo jurídico-penal e criminológico no Brasil, o que estava a ocorrer no seio do grupo de pesquisa intitulado *Bases para uma criminologia do controle penal no Brasil: em busca da brasilidade criminológica*. Desta forma, inseri minha investigação no contexto mais amplo da pesquisa levada a cabo no grupo de pesquisa, e as discussões cotidianas, principalmente nos dois primeiros anos do doutorado, sobre os demais trabalhos produzidos pelos colegas (mestrandos e doutorandos) proporcionaram uma fértil troca de informações, bem como um diálogo profícuo sobre o tema. A pesquisa sobre a qual teço estas considerações finais foi realizada, portanto, no contexto de um grupo de pesquisa, e esta experiência serviu para a superação definitiva do individualismo acadêmico, da “visão literária da ‘criação’ como ato singular do pesquisador isolado” (Bourdieu, 2005, p. 53).

Passada a qualificação do projeto, dediquei-me à elaboração da tese, inicialmente trabalhando em duas frentes. De um lado, estudando o referencial teórico adotado, e de outro coletando o material empírico. A coleta do material empírico foi permeada de dificuldades. Em primeiro lugar, de dificuldades práticas, pois foi necessário viajar para visitar bibliotecas dos grandes centros do país, e isso sem haver verba disponível para tal fim. Tais barreiras, entretanto, foram superadas, e em viagens ao Rio de Janeiro, à Brasília e a Porto Alegre, em pesquisas na biblioteca do Instituto dos Advogados do Brasil, da UFRJ e da UERJ; na biblioteca do Congresso Nacional; e na biblioteca da UFRGS, da PUCRS e da OAB/RS, coletamos grande parte do material. Também foram realizadas incursões à biblioteca pessoal do Dr. Nilo Batista e à biblioteca do escritório de Heleno Cláudio Fragoço, ambas no Rio de Janeiro.

O desafio maior, contudo, iniciou após a coleta do material. A vastidão da produção jurídico-penal, criminológica e político-criminal do período exigiu um esforço de delimitação. Trata-se do recorte dado ao trabalho, o que não foi realizado sem a necessidade dos *lutos*, na expressão de minha orientadora, a respeito de tudo aquilo que ficou de fora. Em suma, o material coletado excede o constante nesta tese. Nas *sobras* da pesquisa empírico-documental, há material para a continuidade da investigação de nosso objeto.

O trabalho ficou dividido em duas partes. Na primeira investigamos os conceitos de ideologia, legitimidade e violência simbólica, em Marx, Weber e Boudieu, respectivamente, procurando demonstrar os pontos em comuns das análises destes três pensadores, bem como suas contribuições para a compreensão da relação entre o Estado e a dominação social. Além disso, levando em conta que as ações e os discursos dos juristas e, especificamente, dos penalistas, são objetos de análise científica na tradição da criminologia crítica, intentamos acrescentar ao cabedal conceitual da criminologia crítica os instrumentos teóricos desenvolvidos por Pierre Bourdieu, na perspectiva que o sociólogo francês chamou de *materialismo simbólico*, bem como em sua análise pontual sobre a força do direito e o campo jurídico.

Nesse sentido, analisamos a formação histórica das ciências criminais no contexto das *disputas corporativas pela propriedade do crime* na qual os penalistas engajaram-se, a partir da noção de campo jurídico, de Bourdieu, e de campo jurídico-penal, que procuramos desenvolver. Trata-se de pensar a formação das ciências criminais, nas disputas travadas por clássicos, positivistas e seus herdeiros, a partir da compreensão do interesse que move os agentes sociais que monopolizam este campo, ou seja, os penalistas. Cremos que a primeira parte do trabalho pode ser lida, inclusive, de maneira relativamente autônoma quanto à segunda parte, pois nosso objetivo foi contribuir conceitualmente à formulação das análises sobre o campo jurídico-penal e o papel dos penalistas na *divisão do trabalho de dominação simbólica*.

Nossa investida teórica, constante na primeira parte do trabalho, serviu de substrato à análise empírica constante na segunda parte do trabalho – ademais de ter sido retroalimentada pela análise empírica. Na segunda parte, portanto, passamos à investigação de nosso objeto, qual seja o discurso dos penalistas notáveis atuantes durante o período da ditadura civil-militar. Nesse ponto, dividimos a análise em três eixos. No primeiro, estudamos os discursos dos penalistas sobre a própria ditadura, ou seja, suas visões sobre o golpe e a continuidade do regime. No segundo, investigamos os manuais de direito penal que circulavam no período abrangido pela tese, buscando entender o conteúdo latente destes produtos culturais, ou seja, o *marco geral da concepção de mundo* desde o qual o penalista profere seu discurso supostamente técnico. No último eixo, investigamos a *história da criação de uma regra*, qual seja da edição do Código Penal de 1969.

Quanto ao primeiro eixo, foi possível notar a diferença das posições entre os dois principais nomes das ciências criminais brasileira do século XX, Nélson Hungria, o *príncipe dos penalistas*, e Roberto Lyra, que também fora chamado de *príncipe dos promotores de justiça*. Hungria, apesar de não ter se manifestado publicamente sobre o golpe civil-militar de 1964 e sobre a continuidade do regime, não parece ter vislumbrado ilegitimidade, pois continuou a trabalhar na revisão de seu anteprojeto de Código Penal e, pouco antes de falecer, declarou que

gostaria de aproveitar a suspensão do Congresso Nacional, constante no AI-5, para ver o “seu Código” aprovado por decreto. Já Roberto Lyra, declarou publicamente seu repúdio ao golpe e retirou-se da Comissão Revisora do anteprojeto de Código Penal, negando-se a trabalhar para o governo militar.

A posição tomada por Heleno Fragoso, no calor da hora, em 1965, em *A justiça penal e a revolução*, é representativa da visão liberal sobre o golpe. O penalista considerou o golpe legítimo, por ter colocado fim ao *descalabro do governo anterior*, e manifestou a sua crença de que os militares que assumiram o poder logo devolveriam o país aos trilhos da democracia, no que se equivocou. É certo que, alguns anos depois, Fragoso foi um dos principais críticos do regime militar, defendendo presos políticos e redigindo críticas às arbitrariedades do governo. No mais, foi possível perceber que ideia havia um nítido consenso sobre a inexistência de ilegitimidade do golpe, dado que já em 1971, penalistas como Benjamin Moraes e Manoel Pedro Pimentel ainda falavam, sem rubores, nos júbilos da *Revolução de 1964*. Nesse sentido, os penalistas contribuíram para a transubstanciação simbólica do golpe em revolução e participaram da construção ideológica da aparência de normalidade institucional, que era um dos principais objetivos simbólicos da ditadura civil-militar.

Ao prestarmos atenção nos manuais de direito penal mais utilizados durante o período em análise, procuramos dar a tais instrumentos de poder cultural o seu devido valor. Ou seja, reconhecer que, apesar de seu baixo grau de densidade científica, este tipo de obra é um dos principais componentes da reprodução pedagógica e da socialização jurídica. Além disso, constituem um repositório da *sensibilidade jurídica* de certa época, ou seja, nele estão plasmadas as *escrituras do direito penal*, que consagram as narrativas legítimas, justas, sobre a ordem social, que são constitutivas da violência simbólica. Nos manuais de direito penal, para além da dimensão técnica, os penalistas formulam o código moral de uma sociedade, as visões sobre o certo e o errado, sobre o justo e o injusto, bem como a imagem do criminoso.

Ao analisarmos o conteúdo latente dos manuais, aquilo que sobra, que fica na sombra da técnica, da retórica científica, descobrimos afinidades entre as visões dos penalistas e as concepções que a ditadura civil-militar procurava difundir e incentivar. Em primeiro lugar, percebemos que, apesar do manejo da retórica da ciência pura do direito, que defende que os textos dos manuais ciências criminais estariam desprovidos de considerações de índole ética ou empírica, este tipo de consideração ingressa constantemente de contrabando nos escritos dos penalistas, que se entende legitimado, por sua posição e por suas disposições, a tratar, de modo descontrolado, daquilo que chama de *realidade*. Assim, os manuais contemplam uma visão sobre o Estado e sobre a relação entre Estado e sociedade civil, que não é problematizada e que dogmatiza estes difíceis temas. Além disso, os textos dos manuais são informados pelo *marco geral da concepção de mundo* do autor, que consagra visões sobre a sociedade – o bandido, o traidor da pátria etc. – contribuindo para a construção social da subcidadania e para a legitimação da dominação; e sobre a dimensão moral, sobretudo no que toca à condição da mulher, que consagra o código de certo e errado quanto às condutas femininas. Os manuais de direito penal, portanto, são os principais instrumentos utilizados pelos penalistas, aqui considerados *empreendedores morais*, no contexto da luta simbólica pela imposição das visões dominantes sobre a ordem social.

No último eixo, investigamos a *história da criação de uma regra*, qual seja a do Código Penal de 1969. Este empreendimento mobilizou o engajamento dos penalistas notáveis e dominou os debates das ciências criminais daquele contexto. Nosso objetivo, primeiramente, foi demonstrar o processo de monopolização por parte dos penalistas do poder simbólico de criminalização primária, aproveitando a ocasião para tratar da luta simbólica travada entre os penalistas em torno à constituição do código moral de dada sociedade. Foi possível desenvolver teoricamente, em termos mais amplos, a questão da relação de legitimação travada entre os penalistas e o Estado e, de modo mais restrito, a relação de legitimação travada entre os penalistas e o Estado autocrático-burguês.

A empreitada codificadora, iniciada antes do golpe de 1964, continuou após a tomada de poder pelos militares. Os penalistas que participaram da segunda comissão revisora (Nélson Hungria, Heleno Fragoso e Anibal Bruno) não vislumbraram problemas em contribuir com o governo militar, e nossa hipótese é que tal tomada de posição deriva da crença na autonomia do campo jurídico, ou seja, da ideia de que, mesmo num contexto de ditadura, seria possível fazer *avançar as ciências criminais*. No segundo momento, já com o regime ainda mais enrijecido, outros penalistas foram chamados a colaborar, e então foi possível perceber que um Código é sempre elaborado no contexto de disputas travadas no seio do campo jurídico-penal. Concluímos, quanto ao ponto que a manutenção das discussões jurídico-penais, criminológicas e político-criminais em torno à elaboração de um novo Código Penal, contribuía para a criação do *clima de normalidade institucional*, de que já tratamos.

Propusemo-nos a entender o conteúdo das ideias jurídico-penais, criminológicas e político-criminais dominantes naquele período histórico. Nesse ponto, descobrimos que naquele período estava ocorrendo a transformação da concepção dominante sobre a função da pena, da retribuição à ressocialização, o que condicionou os debates quanto à extinção do duplo binário. Também notamos que a extinção do duplo binário (da medida de segurança para imputáveis) veio acompanhada da transformação do sentido atribuído à pena, do que decorreu a adoção da classificação dos criminosos e da pena indeterminada. Além disso, percebemos que o critério da periculosidade e da ideia de ressocialização para os corrigíveis e de incapacitação/neutralização para os incorrigíveis continuava sendo dominante naquele momento histórico. E para nos prevenir de tomarmos *antiguidades por novidades*, demonstramos que as discussões sobre a redução da menoridade penal estavam presentes nos anos sessenta e setenta e que o anteprojeto Hungria consagrou a redução de menoridade para dezesseis anos. Por fim, analisamos as decisões tomadas em sede de criminalização primária, focando na demonstração de que, quanto à condição da mulher e à moral sexual, as tomadas de posição dos penalistas envolvidos na codificação pouco se diferenciavam das

concepções morais que a ditadura civil-militar procurou defender simbolicamente.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

ALVAREZ, Marcos Cézár; SALLA, Fernando. SOUZA, Luiz Antônio F. **A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República**. In Revista História e Justiça. Porto Alegre: TJRS, v. 06, n. 03, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

_____. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

_____. **Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003c.

_____. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Liberdade**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

AXT, Gunter. **A Faculdade de Direito de Porto Alegre. UFRGS: Memória, Ensino e Política desde 1900**. Porto Alegre: Leitura XXI/Paiol, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal.** In: Revista de Direito Penal. Número 31, Janeiro-Julho. Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 5-37.

_____. **Enfoque critico del sistema penal y la criminologia em Europa.** In: **Criminología Crítica. I Seminario.** Medellín: Universidad de Medellín, 1984, p. 1-21.

_____. **Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal.** In Poder y Control. Barcelona, n. 0, pp. 77-92, 1986.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Criminología y Sistema Penal.** Buenos Aires/Montevidео: B de f, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Pena pública e escravismo.** In Revista Capítulo Criminológico, Volume 34, n. 3, 2001.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penas brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Hemus, 1983.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BERGER, Peter; Luckmann, Thomas. **A construção social da realidade.** Petrópolis: Vozes, 2009.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, O Ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOLTANSKI, Luc; Chiapello, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção. Crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2008.

_____. **O poder simbólico**. 15 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

_____. *homo academicus*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2011.

_____. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

_____. **Esboço de auto-análise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. **Sobre o Estado**. Cursos no Collège de France (1989-92). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

_____. **Razões práticas**. Sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 1997.

BUZZONI, Henrique D`Aragona (org.). **Arcadas no tempo da ditadura**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMUS, Albert. **O Estrangeiro**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **A criminologia radical.** Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

_____. **Raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CLASTRES, Pierre. **Sociedade contra o Estado.** São Paulo: Cosac Naify, 2003.

COWAN, Benjamin. **Sex and the Security State. Gender, Sexuality, and “Subversion” at Brazil’s Escola Superior de Guerra, 1964-1985.** Journal of the History of Sexuality, Sep 2007, 16, 3.

DA CUNHA, Rosa Maria Cardoso. **O caráter retórico do princípio da legalidade.** *Mimeo.*

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

DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DREIFUSS, René Armand. **1964: A conquista do Estado. Ação Política, Poder e Golpe de Classe.** Petrópolis: Vozes, 1987.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** São Paulo: Editora Escala, S/A.

_____; MARX, Karl. **Manifesto Comunista.** São Paulo: Boitempo, 1998.

ELIAS, Norbert. **A sociedade de corte. Investigação sobre a sociologia da realeza e da aristocracia da corte.** Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **O processo civilizador. Volume 2. Formação do Estado e Civilização.** Rio de Janeiro, Zahar. 1993.

ENGELMANN, Fabiano. **Diversificação no espaço jurídico das lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul.** Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil. Ensaio de interpretação sociológica.** 5 edição. São Paulo: Globo, 2005.

_____. **A ditadura em questão.** São Paulo: T.A. Queiroz, 1982.

FICO, Carlos. **Reinventando o otimismo: ditadura, propaganda e imaginário social no Brasil.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na literatura.** Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1916.

FILGUEIRAS, Juliana. **A educação moral e cívica e sua produção didática: 1969-1993.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Educação, História, Política, Sociedade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano.** São Paulo: Global, 2006.

FONSECA, Rubem. **Feliz Ano Novo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 30ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira Garcia. **A criminologia no ensino jurídico no Brasil**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa da Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.

GARLAND, David. **Crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARÓFALO, Raffaele. **La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión**. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2005.

GEERTZ, Clifford. **O saber local. Novos ensaios de antropologia interpretativa**. Petrópolis: Vozes, 2001.

HIRSCH, Joaquim. **Teoria Materialista do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HOBSBAWN, Eric. **Bandidos**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

KANTOROWICZ, Ernest. **Os dois corpos do rei. Um estudo sobre teologia política medieval**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LA BOETIE, Ètienne. **Discurso sobre a servidão voluntária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LENIN, Vladimir Ilich Ulianov. **El estado y la Revolución**. Buenos Aires: Arte Gráfico Editorial Argentino, 2012.

LISZT, Franz Von. **La ideia de fin en el derecho penal**. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1994.

LYRA, Roberto. **O ensino do direito penal e a doutrina contemporânea (aula inaugural)**. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Comércio, 1935.

_____. **Expressão mais simples do Direito Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953.

_____. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

_____. **Direito Penal Científico**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

_____. **Carta aberta a um jovem criminólogo...**

MACHADO NETO, Zahidé. **Direito Penal e estrutura social: comentário sociológico ao Código criminal de 1830**. São Paulo: Saraiva/Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Tradução de Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

_____. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

_____. **As lutas de classes na França de 1848 a 1850**. São Paulo: Boitempo, 2012.

_____. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MÉNDEZ, Emilio García. **Autoritarismo y control social**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1987.

MERTON, Robert K. **Ensaio de sociologia da ciência**. São Paulo: Editora 34, 2013.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Estampa, 1988.

MISSE, Michel. **Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”**. In Revista Lua Nova. São Paulo: n. 79, 2010.

MORAIS, Fernando. **Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

MOTA, Carlos Guilherme; Salinas, Natasha S. C (orgs.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **As universidades e o regime militar. Cultura política brasileira e modernização autoritária**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **El papel de la Criminología en la formación del jurista (Al mismo tiempo, informe sobre la Criminología em los planes de estudios de las Facultades de Derecho españolas: pasado, presente y futuro)**. In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Numero 3. Extraordinário. Abril. San Sebastián, 1990, pp. 173-183.

NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

NEUMAN, Elías. **El estudio de la Criminología en Latinoamérica y la necesidad de soluciones prácticas.** *In: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología.* Número 3. Extraordinário. Abril. San Sebastián, 1990, pp. 269-287.

OLMO, Rosa del. **Criminología y Derecho Penal: aspectos gnoseológicos de una relación necesaria em la América Latina actual.** *In: Doctrina Penal,* Buenos Aires, Año 10, n. 37, p. 75-96, 1987.

_____. **A América Latina e sua criminologia.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PACHUKANIS, E.B. **Teoria geral do direito e marxismo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.** Buenos Aires: Siglo XXXI, 2002.

PEREIRA, Carlos Olavo da Cunha. **Nas terras do rio sem dono.** Belo Horizonte: Codecri, 1988.

PINTO, Leonor Souza. **Cinema Brasileiro e censura durante a ditadura militar.** Disponível em www.memoriacine.com.br, 2006, acesso em 23 de outubro de 2015.

PRADO JUNIOR, Caio; Fernandes, Florestan. **Clássicos sobre a revolução brasileira.** São Paulo: Expressão Popular, 2012.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal: o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social.** 2012. Tese defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

_____ ; SANTOS, Rogerio Dutra dos. **Por que estudar criminologia hoje? Apontamentos sobre um discurso contra-hegemônico à dogmática penal tradicional.** Florianópolis: Cadernos Cesusc, 2006.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Historia y legitimación del castigo. ¿Hacia dónde vamos?** In BERGALI, Roberto. Sistema Penal y Problemas Sociales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal.** Bogotá: Editorial Temis, 1982.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social.** Tradução de Gizlene Neder: Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. **Social class and the definition of crime.** In Crime and social justice, n. 7, 1977, pp. 4 – 13.

SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica. Marx, Weber e Durkheim.** Petrópolis: Vozes, 2009.

SEELANDER, Airton Cerqueira Leite. **Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira.** In Fonseca, Ricardo Marcelo; Seelander, Airton Cerqueira Leite (orgs.). História do direito em perspectiva. Do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.

SERRA, Carlos Henrique Aguiar. **Criminologia e Direito Penal em Roberto Lyra e Néelson Hungria. Uma proposta indisciplinada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

SOUZA, Jessé. **A Ralé Brasileira. Quem é e Como Vive.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

_____. **Os Batalhadores Brasileiros. Nova classe média ou nova classe trabalhadora?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

_____. **A construção social da subcidadania: para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

THOMPSON, Edward Palmer. **A formação da classe operária inglesa. A árvore da liberdade.** São Paulo: Paz e Terra, 2011.

VELOSO, Caetano. **Verdade Tropical.** São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

VIGARELLO, Georges. **História do Estupro. Violência Sexual nos Séculos XVI – XX.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

WANDER BASTOS, Aurélio. **Ordem dos Advogados e o Estado de Segurança Nacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WEBER, Max. **Weber.** São Paulo: Ática, 1997.

_____. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

_____. **Ensaio de Sociologia**. 4 ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

_____. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Oitava Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WRIGHT MILLS, C. **Os marxistas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología. Aproximación desde un margen**. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1988.

_____. **La Enseñanza Universitaria de la Criminología em America Latina**. In: **Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**. Numero 3. Extraordinário. Abril. San Sebastián, 1990, pp. 59-73.

_____. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires/Montevidéo: BdeF, 2005.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA Alejandro; Alejandro, SLOKAR. **Direito Penal Brasileiro**. Volume I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZIZEK, Slavoj (org.). **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

FONTES PRIMÁRIAS

BARBOSA, Licínio Leal. **Benjamin Moraes – Traços para o perfil de sua vida e obra.** *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, 1981.

BATISTA, Nilo. **Anibal Bruno (Penalista).** Coleção Biografias - nº 1. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1978.

BICUDO, Hélio Pereira. **O menor no anteprojeto de Código Penal do Ministro Néelson Hungria.** *In* Revista Justitia, 1964.

BOUERY, Charles Marie Antoine. JORGE, Dr. Fernando. **Curso Básico Integrado. Educação Moral e Cívica.** S/L: Sagitarius Editorial, 1972.

BRASIL. Ato Institucional n. 1, de 09 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações produzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Ato Institucional n. 3, de 03 de fevereiro de 1966. Fixa datas para as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição,

suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Ato Institucional n. 12, de 1 de setembro de 1969. Dispõe sobre o exercício temporário das funções de Presidente da República pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, enquanto durar o impedimento, por motivo de saúde, do Marechal Artur da Costa e Silva, e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Ato Institucional n. 16, de 14 de outubro de 1969. Declara a vacância dos cargos e fixa data para as eleições e posse de Presidente e Vice-Presidente da República, e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Decreto n. 51.005. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Decreto-Lei n. 477/69. Define infrações disciplinares praticadas por professores, alunos, funcionários ou empregados de estabelecimentos de ensino público ou particulares, e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Decreto-Lei n. 869/69. Dispõe sobre a inclusão da Educação Moral e Cívica como disciplina obrigatória, nas escolas de todos os graus e modalidades, dos sistemas de ensino no País, e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Decreto-Lei n. 898/69. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1004/69. Código Penal. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1077/70. Dispõe sobre a execução do artigo 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Lei n. 6016/73. Altera dispositivos do Decreto-lei número 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Lei n. 6416/77. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. **Lex:** www.planalto.gov.br.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei n. 636/1975 (do Poder Executivo). Mensagem n. 158/1975. Altera dispositivos do Código Penal, instituído pelo Decreto-lei n. 1004, de 21 de outubro de 1969, com as modificações da Lei n. 6016, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em www2.camara.leg.br. Acesso em 11 de setembro de 2015.

BRASIL. Diário Oficial da União, de 10 de fevereiro de 1965.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo 1º. Introdução, Norma Penal, Fato Punível.** Terceira Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Direito Penal. Parte Geral. Tomo 3º. Pena e medida de segurança.** Terceira Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. **Direito Penal. Parte Especial. Tomo 4º.** Rio de Janeiro: Forense, 1966.

_____. FRAGOSO, Heleno; HUNGRIA, Néelson. **Atas da Comissão de Reforma do Código Penal.** 1965, *passim*.

BUZAID, Alfredo. **O Ministério da Justiça. Relatório de 1969 a 1974.** Brasília: 1974.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **O direito penal na Constituição de 1967.** In Anais do II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Brasília: Ministério da Justiça, 1968.

Del POZZO, Carlos Umberto. **O projeto de Código Criminal Brasileiro (A caminho do positivismo criminológico)**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 35, n. 03, 1940.

GARCIA, Basileu. **As penas e sua aplicação no anteprojeto**. In Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nélson Hungria São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo I. Arts. 1º a 10**. Quarta Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. **Comentários ao Código Penal. Volume VII. Arts. 155 a 196**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. **Direito Penal e Criminologia**. In Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 1, abril-junho, 1963.

_____. **Respostas às objeções ao anteprojeto. Primeira, segunda e terceira conferências**. In Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nélson Hungria São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.

_____. **Novas teorias e diretrizes do direito penal**. In Anais do II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Brasília: Ministério da Justiça, 1968.

_____. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. Volume I, Tomo I, Arts. 1º a 10**. Quinta Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136**. Quinta Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____ ; Lacerda, Romão Cortes. **Comentários ao Código Penal. Volume VIII. Arts. 197 a 249.** Quinta Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A reforma da legislação penal brasileira – I.** *In* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 02, 1963.

_____. **A reforma da legislação penal brasileira – II.** *In* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 03, 1963.

_____. **A reforma da legislação penal brasileira – III.** *In* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 04, 1964.

_____. **A justiça penal e a revolução.** Rio de Janeiro: 1965.

_____. **Subsídios para a história do novo código penal brasileiro.** *In* Revista de Direito Penal, 1970.

_____. **Lições de Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Bushatski, 1976.

_____. **Lições de Direito Penal. Parte Especial, Volume I.** Quarta Edição. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

_____. **Lições de Direito Penal. Parte Especial, Volume II.** Terceira Edição. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

_____. **Lições de Direito Penal. Parte Especial, Volume II (Arts. 213 a 359).** Quarta Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Lei de segurança nacional. Uma experiência antidemocrática.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.

_____. **Advocacia da Liberdade.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal. Volume I. Propedêutica e Norma Penal.** Segunda Edição. São Paulo: Saraiva, 1964.

_____. **Tratado de Direito Penal. Volume III. Penas e medidas de segurança.** Segunda Edição. São Paulo: Saraiva, 1966.

_____. **Tratado de Direito Penal. Volume IV. Crimes em Espécie.** São Paulo: Saraiva, 1961.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** São Paulo: José Bushatski, 1972.

KOSOVSKI, Ester. **Adultério.** Rio de Janeiro: Codecri, 1983.

KUJAWSKI, Luis de Mello. **O Ministério Público de São Paulo e o Novo Código Penal.** In Revista *Justitia*, vol. 67, 1969.

LINS E SILVA, Evandro. **O salão dos passos perdidos. Depoimento ao CPDOC.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira/FGV, 1997.

LYRA, Roberto. **Atualidade de minhas posições e propostas em Direito Penal e Criminologia.** In Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n, 13, abril-junho de 1966.

_____. **Conferência do Professor Roberto Lyra sôbre seu Anteprojeto de Código das Execuções.** In Anais do II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Brasília: Ministério da Justiça, 1968.

_____. **Direito Penal Normativo.** Segunda Edição. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977.

_____. **Contribuição para a história do primeiro governo de esquerda no Brasil.** Rio de Janeiro: Sophia Rosa Editora, 1980.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Direito Penal. Volume 1 (Introdução e Parte Geral)**. Décima Sétima edição. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Direito Penal. Volume 2 (Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio)**. Décima Sexta Edição. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Direito Penal. Volume 3 (De crimes contra a propriedade imaterial a Crimes contra a segurança de comunicação e transporte e outros serviços públicos)**. Décima Edição. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. **Culpabilidade e periculosidade**. *In* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 5, abril-junho, 1964.

_____. **“Trottoir e contravenção**. *In* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 16, janeiro-março, 1967.

MEDEIROS, Maria Augusta de. **“Festa da Justiça**. *In* Anais do II Congresso Nacional de Direito Penal e Ciências Afins. Brasília: Ministério da Justiça, 1968.

MIOTTO, Arminda Bergamini. **A prisão aberta e sua contemplação no Código Penal de 1969**. *In* Revista de Estudos Legislativos, 1971.

MORAES, Benjamin. **Visão Panorâmica do Novo Código Penal**. *In* Revista de Informação Legislativa, Julho-Setembro, 1970.

_____. **A aplicação da pena indeterminada no novo Código Penal Brasileiro**. *In* Revista de Informação Legislativa, Abril-Junho, 1975.

_____. **O futuro do direito penal brasileiro**. *In* Revista de Informação Legislativa, Julho-Setembro, 1975.

_____. **As novas leis penais do Brasil.** *In* Revista de Informação Legislativa, Abril-Junho, 1981.

MUNHOZ NETO, Alcidez. **Aníbal Bruno e a Reforma penal.** *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, vol. 18, 1976.

NEVES, Serrano. **Heleno Cláudio Fragoso, A Justiça Penal e a Revolução, Rio de Janeiro, 1965.** *In* Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, vol. 12, Janeiro-Março, 1963.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil.**

PIMENTEL, Manoel Pedro. **A reforma penal.** *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970.

REALE, Miguel. **A elaboração legislativa num Estado de Cultura.** *In* Revista *Justitia*...

_____. **Discurso de instalação do Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nélson Hungria.** *In* Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nélson Hungria São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.

REALE JUNIOR, Miguel. **Interpretação do Ato Institucional e Habeas Corpus.** *In* Revista Ciência Penal, n. 1. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

RIBEIRO, Leonídio. **Criminologia. 2º Volume.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

RODRIGUES DE MORAES, Sanyr. DA SILVA, João Balbino. **Enciclopédia ilustrada do lar e da arte culinária. Volume I. A mulher e suas funções no lar.** Sexta Edição. São Paulo: Edições Fortaleza Crédito Brasileiro de Livros S/A, 1972.

SALGADO, J.A Cesar. **As penas no anteprojeto Nelson Hungria.** *In* Anais Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, de autoria do Ministro Nélson Hungria São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1965.

SCARTEZZINI, Cid Flaquer. **Nélson Hungria, o homem e o jurista.** Brasília: STJ, 2000.